

1

UNIVERSIDAD NACIONAL Y  
POPULAR DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE  
PUBLICACIONES

SAMPAY ARTURO  
SOLARI YRIGOYEN HIPOLITO  
COSSIO CARLOS  
POULANTZAS NICOS  
MACHADO NETO A. LUIS  
ORTEGA PEÑA RODOLFO y  
DUHALDE EDUARDO LUIS  
RODRIGUEZ ENRIQUE  
ETALA CARLOS ALBERTO  
KREIMER CARLOS ALBERTO  
SANDLER HECTOR  
ARIAS CESAR

# LIBERACION Y DERECHO

**FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES**

Delegado Interventor:  
Dr. Mario J. Kestelboim

Secretario Académico:  
Dr. Mario A. Hernández

Secretario de Asuntos  
Estudiantiles:  
Dr. Eduardo Pesci

Secretario de Supervisión  
Administrativa:  
Sr. Carlos María Duhalde

**DEPARTAMENTO  
DE PUBLICACIONES**

Director Interventor:  
Dr. Horacio R. Vega

Sub-Director Interventor:  
Dr. Luis Kon

# LIBERACION Y DERECHO

PUBLICACION CUATRIMESTRAL

AÑO 1 - NUMERO 1. - ENERO A ABRIL DE 1974

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
Y POPULAR DE BUENOS AIRES**

**AVDA. FIGUEROA ALCORTA 2263 - BUENOS AIRES**

REPUBLICA ARGENTINA

## LIBERACION Y DERECHO

Director: Dr. Horacio R. Vega

Secretario de Redacción: Dr. Gabriel Binstein

Consejo de Redacción: Dr. Alberto Serebrisky  
Dra. Gladys Romero  
Dr. Alberto González Arzac  
Dra. Marta Fernández  
Dr. Armando Blasco  
Dr. Jesús A. Otero  
Sr. Guillermo García  
Sr. Enrique Luis Basile  
Sr. Mario Alejandro Peres  
Sr. Oscar Hergott

## INDICE

Mensaje a la publicación del Compañero Delegado Interventor Doctor Mario Kestelboim	7
<b>EDITORIAL</b>	9
SAMPAY ARTURO	Constitución, justicia y revolución del mundo contemporáneo 13 Violencia y cambio social 25
SOLARI YRIGOYEN HIPOLITO	La lógica jurídica y su denominación 35
COSSIO CARLOS POULANTZAS NICOS	La dialéctica hegeliana-marxista y lógica jurídica moderna 69
MACHADO NETO ANTONIO LUIS	Fundamentación egológica de la teoría general del derecho 83
ORTEGA PEÑA RODOLFO y DUHALDE EDUARDO LUIS RODRIGUEZ ENRIQUE	Historia del derecho y liberación nacional 105
ETALA CARLOS ALBERTO	Sobre el bien jurídico protegido en el derecho del trabajo 111
KREIMER CARLOS ALBERTO	Introducción al estudio del derecho colectivo del trabajo 131
SANDLER HECTOR	Trabajo y salarios 143
ARIAS CESAR	Reflexiones para un estudio crítico del derecho civil 169
FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION	Apuntes para una reelaboración del concepto de familia 197
	Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C. s/Recurso de apelación 211
	Compañía Swift de La Plata S.A. Frigorífica s/Convocatoria de acreedores 221
	Meller Goodwin S.A.C.I. y F. s/ Impuesto a las ventas. Recurso ordinario de apelación 237
TERCERA REUNION NACIONAL DE ABOGADOS "NESTOR MARTINS"	I. Derecho Societario (Subtema 4) 253
Los monopolios en la Argentina Aspectos legislativos (Comisión 4)	II. Dependencia tecnológica (Subtema 6) 261
Carta de un preso común a la Asociación Gremial de Abogados de la Capital Federal	267

**A LOS COMPAÑEROS DEL CONSEJO DE REDACCION DE  
"LIBERACION Y DERECHO"**

A los lectores

La Revista que hoy nace es un nuevo síntoma del proceso de transformación que vive nuestra Patria y su Universidad.

Por su temática habrán de desfilar los aportes concretos del Nuevo Derecho que la Liberación exige de la labor creativa del jurista comprometido con su realidad.

El trabajo en equipo de docentes, graduados y estudiantes la ha forjado y de ese equipo humano habrá de ser el mérito de esta realización.

Nuestra tarea, al frente de la Facultad de Derecho, ha tenido como punto de partida y tiene como destino final la apertura de cauces para la inserción de la participación solidarista de la comunidad universitaria en el proceso nacional.

Y si pretendemos esa participación para que nunca jamás se reitere la situación de una Universidad de espaldas al Pueblo y a la Nación, nuestra metodología interna en la conducción universitaria debe poner principal acento en la integración de los sectores que forman dicha comunidad.

Con mis mejores deseos.

Dr. Mario J. Kestelboim

El pueblo argentino aborda en perspectiva dinámica un proyecto de liberación nacional, cuya etapa actual, la reconstrucción nacional, lejos de consentir el estado esencialmente irracional e injusto de la sociedad, debe apuntar precisamente a sentar las bases de la transformación sustancial de las estructuras económicas, jurídicas, políticas y culturales.

Durante 18 años la Argentina fue puesta reiteradamente al servicio de una legalidad impostada que intentaba convalidar todas las formas de usurpación, penetración y despojo.

Las perspectivas abiertas actualmente en torno a la Universidad y —en cuanto nos atañe— a la enseñanza y fines del derecho, constituyen epifenómenos de ese otro fenómeno mucho más amplio y complejo que se manifiesta el 11 de marzo y se reafirma el 23 de setiembre de 1973: la voluntad libertaria de nuestro pueblo.

La Universidad no ha de ser, por cierto, ajena a esa voluntad. Pero si no se advierte la magnitud de los eventos que nos han traído a este momento, difícilmente pueda comprenderse la responsabilidad que le cabe, como institución inserta en una sociedad que huye de un pasado, buscando formas inéditas de organización y convivencia.

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales estuvo encargada por mucho tiempo de “crear” abogados, enseñando mecánicamente un derecho positivo antagónico a los intereses del pueblo y una concepción jurídica para su sustento. La enseñanza del de-

recho se encarnó en las formas más acabadas de autoritarismo y falsas jerarquías subordinantes, que relegaban al educando al rol pasivo de receptor individual e inhabilitado. El academicismo, enquistado en ésta y otras facultades, desparramó por las aulas y las revistas especializadas la ficción de la neutralidad ideológica, en aras de váyase a saber qué intangible pedestal científico, que pretendió el curioso hecho de que el producto de las elucubraciones de algunos hombres se eleve por sobre sus causas y sus efectos y se sostenga inmutable, ajeno al tiempo y a los otros hombres concretos. Es que la meta de gestar conciencias inquietas, superadoras, progresistas, se substituyó por la transmisión del quietismo como consigna. Un mecanismo represivo, de castigos y recompensas, bajo el nombre de valuaciones (enseñanza) y prestigio (investigación), hizo el resto, imitando en lo que se refiere a la apropiación de los conocimientos, la forma en que los explotadores se apropian de la riqueza.

Como en todos los países en desarrollo deformado y dependiente, la Facultad de Derecho constituyó una fábrica de dirigentes, en distintos niveles y áreas, fábrica que los sectores beneficiados con el régimen de dependencia no se resignan a perder.

Si antes nuestra Facultad creaba dirigentes de una sociedad alienada, ahora es el tiempo de ayudar al nacimiento de abogados partícipes en el proceso de liberación.

En esta tarea, al Departamento de Publicaciones, y en particular a la publicación "Liberación y Derecho" le cabe como modesta pero significativa misión, editar las expresiones técnicas y científicas que como principales objetivos tendrán el cuestionamiento profundo de nuestro derecho positivo, las concepciones que lo fundamentan, la doctrina jurídica y realidad vigente, como también, la formulación de las ideas y alternativas que en el orden jurídico se enmarquen en defensa de los intereses populares.

Este primer número, primer proyecto a reelaborar de la publicación, se integra con trabajos sobre teorías, instituciones o temas generales del derecho y privilegia —en grado inverso al de publicaciones anteriores— temas de la teoría del derecho laboral.

Se transcriben tres fallos de la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación, que marcan nítidamente la trayectoria transformadora de la misma. Se incorporan dos ponencias aprobadas en la Tercera Reunión Nacional de Abogados "Néstor Martins", documentos significativos de dicha reunión. También se incluye el aporte (carta a la Asociación Gremial de Abogados de la Capital Federal) de un hombre común de nuestro pueblo en relación a una temática compleja socio-jurídica, como muestra clara que la teoría no empieza ni acaba en un gabinete o en una biblioteca.

Es de destacar la importante participación de los estudiantes en la elaboración de esta publicación, que, no por casualidad coincide históricamente con la inserción de la comunidad estudiantil universitaria en el marco del proceso nacional de liberación que caracteriza la Argentina actual, hecho político superador de las circunstancias contradictorias de décadas pasadas.

#### CONSEJO DE REDACCION

## CONSTITUCION, JUSTICIA Y REVOLUCION DEL MUNDO CONTEMPORANEO

ARTURO ENRIQUE SAMPAY

La voz "constitución" proviene de la expresión latina *cum-statuire* ("junto estatuir"), por lo que etimológicamente significa con una pluralidad de individuos *instituir* algo. Constitución, pues, es el modo de ser que adopta una comunidad política en el acto de crearse, de recrearse o de reformarse. Este acto fundador o refundador de la comunidad política puede ser de lento o de súbito desarrollo, conforme sea el ritmo que lleve el curso de la historia.

Los individuos que instituyen una comunidad política buscan como fin el bien cuyo anhelo de obtenerlo causa esta asociación. Tal fin es el bienestar de cada uno de esos individuos. Bienestar es la vida abastecida de los bienes exteriores que la persona humana necesita para entonces tender libremente a su desarrollo de ser espiritual e inteligente, esto es, a la obtención de los bienes interiores que la perfeccionan y hacen feliz.

Los individuos que constituyen la comunidad política pueden ser la totalidad de sus elementos humanos con capacidad para disponer lo atinente al bien común, o pueden ser sólo los miembros de un sector de esa totalidad, participando los demás del bien común en la medida en que se lo confiere el sector social constituyente de la comunidad.

Para ordenar las acciones de los miembros de la comunidad al fin propuesto, algunos individuos offician de gobierno. El gobierno se caracteriza porque sus órdenes, en caso de ser incumplidas, son impuestas coercitivamente, a cuyo efecto dispone de instrumentos incontrastables de compulsión.

Según que el gobierno actúe sistemáticamente con el propósito de obtener aquella finalidad para todos los miembros de la comunidad o sólo para los miembros de una clase social, es representante genuino de la comunidad o de tal sector social. De consiguiente, la elección popular de los gobernantes no pertenece a la esencia de la representación, pero en nuestra época, en la que por los motivos que más adelante se verá la gente únicamente acepta la *legitimación democrática de la autoridad*,<sup>1</sup> es un elemento indispensable de su técnica, ya que conforma la garantía más eficaz para conseguir la identidad que debe existir entre las miras de la acción de los gobernantes y el consciente anhelo de bienestar de los gobernados. Aquí resta agregar que son aristócratas, esto es, gobernantes excelentes (*áristos*), aquellos que persiguen el bienestar de la comunidad entera.

Antes de continuar vamos a volver a considerar el caso en que sólo un sector del total de la población procede a constituir la comunidad política soberana. Ordinariamente, debido a que ni la producción espontánea de la naturaleza ni la producción humana de las cosas necesarias al bienestar son suficientes para todos y a que en consecuencia estas cosas despiertan codicia, el sector social constituyente hace de modo que los otros sectores sean los suministradores mayores del trabajo productor de esas cosas y los consumidores menores de ellas, por lo que tal situación se mantiene o por la astucia con que aquel sector constituyente reviste de aparentes razones el desequilibrio o por la violencia. Cuando esos otros sectores descubren, en virtud del progreso de la cultura, el natural destino distributivo de los bienes y que el desequilibrio es injustificado, la situación, si aquel sector constituyente no se aviene a transformarla —lo cual es difícil—, sólo se conserva por la violencia institucionalizada en el orden establecido, orden que subsiste en tanto esa violencia sea más intensa que la que puedan ejercer los afectados por el desequili-

brio —afectados en su conciencia de la justicia o en su situación material.

Después de lo someramente expuesto aparecerá diáfano el concepto de Constitución formulado por el genio de Aristóteles y aceptado por la ciencia política actual después que Lassalle lo restauró el siglo pasado.<sup>2</sup>

Consignamos la definición de Aristóteles:

"La Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social dominante".<sup>3</sup> Y puesto que el sector social dominante conforma el régimen político, "Constitución y sector social dominante significan lo mismo".<sup>4</sup>

El bienestar de los miembros de la comunidad política se obtiene por los cambios de cosas y de servicios dirigidos a producir y a distribuir bienes cuyo consumo comporta tal bienestar. Estos bienes, pues, son productos del trabajo humano, y el trabajo humano estrictamente necesario a la sazón para producirlos es el elemento común que los hace equiparables y medibles en los cambios.

Los cambios son voluntarios cuando sus agentes los realizan a sabiendas y con libertad; e involuntarios cuando uno de los agentes no los consiente a conciencia y con autodeterminación.

Los objetos de los cambios son primordialmente, ya lo dijimos, bienes producidos por el trabajo humano con materiales naturales; pero también los son, especialmente en los cambios involuntarios, el cuerpo, integrado por su parte física y por su parte psíquica, y el honor. Es el cuerpo humano, como compuesto psi-

<sup>2</sup> Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen*, Berlín 1862. Ferdinand Lassalle, *Was nun? Zweiter Vortrag über Verfassungswesen*, Zürich 1863. Gaetano Mosca, *Studi ausiliari del diritto costituzionale*, en *Il Circolo Giuridico*, vol. XVII, Palermo 1886, págs. 101-110. Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959, págs. 3-6.

<sup>3</sup> Aristóteles, *Política*, 1289 a 15-18.

<sup>4</sup> Aristóteles, *Política*, 1279 a 25-27.

<sup>1</sup> Guglielmo Ferrero, *Pouvoir*, New York 1942, págs. 299-345. Jean-Jacques Chevalier, *La légitimité chez G. Ferrero*, en *Annales de Philosophie Politique*, N° 7, 1967, págs. 211-221.

quico-somático, porque considerado en el plano de los cambios es el bien de producción primario y simple; y el honor porque consistiendo en la reputación general sobre la habitual rectitud del individuo, motiva el crédito de la conducta honesta que guardan los agentes en los cambios.

La universalidad del bienestar es posible cuando la producción de los bienes basta para todos los miembros de la comunidad.

La justicia es la virtud que ordena los cambios con miras a obtener dicha universalidad del bienestar; o sea, la justicia es el "bienestar general" que dice el preámbulo de la Constitución Argentina. Por tanto, promover la justicia debe ser el fin de la Constitución. Veamos, pues, con mayor profundidad el fundamento y el contenido de la justicia.

Como por esencia los seres humanos son iguales y libres, no aceptan voluntariamente, una vez adquirida conciencia de esa igualdad y de esa libertad, que se les impongan cambios de un bien suyo por otro ajeno de menor valor, ni carecer de bienestar, ni tampoco que se los excluya de codecidir políticamente acerca de la manera de alcanzar ese bienestar.

Más como las personas humanas tienen distinta individualidad, cada una posee, según su aptitud, una capacidad de producir socialmente, esto es, de dar bienes a los otros a cambio de los bienes que necesita; y cada una tiene, según su compleción y estado, necesidades que la sociedad le debe satisfacer en los susodichos cambios. De aquí que la justicia regule con igualdad proporcional los cambios globales de los individuos, cambios globales que abarcan el total de la actividad productiva de cada individuo para la sociedad y el total de los bienes exteriores que cada individuo recibe de los demás. Por lo que cada uno debe dar a la sociedad cuanto puede conforme al grado de desarrollo de sus aptitudes productivas y recibir, según la cantidad y la calidad de lo que aporta a la sociedad y según sus necesidades, cuanto la sociedad puede darle conforme al grado de desarrollo de sus fuerzas productivas.

Los cambios estrictamente particularizados, que hacen abstracción de los individuos para sólo considerar el valor de los bienes, están regidos por la igualdad aritmética, es decir, se debe dar algo del mismo valor que el valor del bien que se recibe. Esta justicia conmutativa resguarda los bienes de cada uno o los manda reparar, por lo que Leibniz la denomina "justicia conservadora".<sup>4</sup>

Los derechos sobre los bienes adquiridos en las conmutaciones particularizadas y en las apropiaciones privadas originarias quedan subordinados al derecho al bienestar, que todos tienen, y que es el fin cardinal de la justicia. De la obstinación de los poseyentes interesados en resistir cualquier concreta efectividad de esta subordinación, dimanán las revoluciones sociales, que entonces impulsan por medio de la fuerza el progreso de la justicia.

Los miembros del sector constituyente de la comunidad política que aprovechan de los demás y que consideran que el móvil exclusivo de la actividad humana es el egoísmo, sostienen que justo es lo que imponen a la guisa de sus intereses los más poderosos adueñados del gobierno, y que la fórmula clásica definitoria de la justicia que concibió el poeta Simónides, "dar a cada uno lo suyo", comparta la intangibilidad de los bienes adquiridos en los cambios particularizados y en las apropiaciones privadas originarias. Siendo que acorde con las más profundas disposiciones del ser humano que inclinan a la solidaridad entre los congéneres, "dar a cada uno lo suyo" significa la obligación de promover en conjunto las condiciones para que cada uno de los miembros de la comunidad reciba lo que necesita para desarrollarse integralmente, siento esto "lo suyo que a cada uno le es debido".<sup>5</sup>

Aquel sector social que explota a los demás es lógicamente

<sup>4</sup> Leibniz, *Textes inédits*, publiés par Gaston Grua, Presses Universitaires de France, Paris 1948, pág. 700.

<sup>5</sup> Sócrates, en PLATON, *Politeia*, 321e-322c. Aristóteles, *Etica nicomaquea*, 1134 a 25. Vojtech Polacek, "Suum cuique tribuere", en *Studi in onore di Biondo Biondi*, Milano 1965, vol. II, págs. 485-493.

una minoría, y la forma constitucional que impone a la comunidad se llama *oligarquía*, vocablo de origen griego compuesto de *olígon*, pocos, y *arké*, dominador. A este predominio de pocos lo ejercen directamente a veces, pero siempre lo sustentan, gentes codiciosas de riquezas y afanosas de negocios,<sup>7</sup> que "aprovechan en su propia utilidad lo que pertenece a todos".<sup>8</sup> La Constitución democrática es la que para alcanzar el bienestar general conforman los sectores populares, o sea, la multitud de las personas con género de vida retrasado respecto al grado de civilización alcanzado.

La concepción de la justicia reducida a salvaguardar los derechos de los propietarios privados y a que éstos dispongan discrecionalmente de sus bienes, es la idea de *justicia oligárquica*. Y la concepción que ordena el trabajo social y los bienes primordialmente al logro del bienestar de todos, es la idea de *justicia política* según el léxico de Aristóteles, o *justicia social* o *justicia del bien común* como se la llama ahora. Debido a todo lo cual Aristóteles afirma que "hay una idea de justicia adecuada a cada Constitución",<sup>9</sup> aunque producto de un convencionalismo la justicia oligárquica y emergente de la naturaleza humana la justicia política. Agregando que los interesados en una y otra justicia "se presentan como clases antagónicas dentro de la comunidad, de suerte que establecen la Constitución con vistas a su respectiva supremacía".<sup>10</sup>

El alto pensamiento griego descubrió que la amistad, virtud interpersonal que consiste en hacerse recíprocamente el bien por pura benevolencia, complementa la virtud altruista por mutuo provecho que es la justicia, ya que la más alta expresión de ésta, a saber, dar cada individuo todo cuanto puede para que todos tengan cuanto necesitan, es una forma de amistad.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Sócrates, en PLATON, *Politeia*, 555 a.

<sup>8</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 1160 b 13-15. Santo Tomás de Aquino, *In Politicorum*, Lect. VII, 242.

<sup>9</sup> Aristóteles, *Política*, 1309 a 36-38.

<sup>10</sup> Aristóteles, *Política*, 1291 b 11-13.

<sup>11</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 1155 a 28.

Como nos venimos ocupando del desarrollo político en el ámbito de cultura cuyo elemento religioso es la concepción judeo-cristiana de la vida, necesario es recordar que Jesús sublimó la virtud natural de la amistad, porque consideró que amando al prójimo, a quien Dios ama, se ama a Dios mismo, siendo este amor al prójimo la virtud sobrenatural de la caridad fraterna. Entonces, para los que siguen con su conducta a Cristo, la más excelsa forma de la justicia asume la naturaleza de la caridad.

De lo esencial que hasta aquí hemos dicho se infiere que el ser humano va colmando su ansia natural de justicia en la medida que aumentan su cultura y la producción social de los bienes que satisfacen sus necesidades, y que la progresiva realización de dicha virtud imprime sentido al desenvolvimiento de la civilización.<sup>12</sup>

Por tanto, en un mundo de escasez no es dable llevar plenamente a término la justicia, desde que en él no hay ni pueden haber bienes suficientes para todos debido a las atrasadas técnicas de producir; ni tampoco todos pueden ser iguales y libres, ya que forzosamente, sobre la base de la absoluta dedicación del grueso de la gente a la producción material, puede un pequeño grupo, así liberado de esa dedicación absorbente y de las necesidades materiales, ocuparse del gobierno de la comunidad y de la producción espiritual, atento a que sin producción espiritual no hay progreso de la civilización, incluido en este progreso el de los instrumentos de trabajo.

Durante milenios, en tales sociedades de escasez y desigualdad estabilizadas, se era, desde el nacimiento hasta la muerte, o bien amo o esclavo, o bien brahmán o pária, o bien señor o siervo. Se pertenecía permanentemente a otro por un accidente de la condición humana, cual es la categoría social a que pertenecen los padres.

<sup>12</sup> Maurice Haurion, *L'ordre social, la justice et le droit* (Extr. de la "Revue Trimestrielle de Droit Civil", tome 26, année 1927, p. 795-825). Santino Caramella, *La giustizia in progresso (Nota sull'idea di giustizia in relazione all'idea di progresso)*, en RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO, 1962, p. 72-78.

Los componentes de estas clases productoras de bienes exteriores eran mantenidos en la más absoluta ignorancia. Primero, porque trabajando mientras no dormían o comían les faltaba ocio para cultivarse; segundo, porque los modos casi animales de producir no se los aprendía mediante la educación profesional, sino por mera imitación rutinaria; y por último, porque tal ignorancia contribuía a que esos infelices soportasen con mansedumbre su fatalidad servil. En este punto estimamos también necesario recordar que el mensaje de Jesucristo divinizando al hombre implicó la descalificación moral de la esclavitud directa y de la esclavitud indirecta de los prójimos, lo cual, además de operar como ideal, mejoró en casos particulares la suerte de los esclavos; pero la abolición efectiva de la esclavitud, la plena realización del ideal, será factible cuando se establezcan las condiciones materiales que la hagan innecesarias.

Semejantes sociedades directamente esclavistas se organizaban por medios de Constituciones oligárquicas, de lenta formación y que a lo largo del tiempo experimentaban cambios insustanciales, pues las transformaciones constitucionales consistían en el reemplazo del predominio de una minoría cerrada por otra igual, o por el de otra más abierta dentro del estrecho marco de los hombres libres. Aludiendo a ese despacioso proceso de formación y a esa sustantiva inmutabilidad de los regímenes políticos, fue que Cicerón dijera, repitiendo a Platón y conceptuando la realidad sociológica de entonces, que "la Constitución de la comunidad no es hecha en una sola época ni por una sola generación".<sup>13</sup>

Como resultante de una serie de factores, cuya enunciación y análisis no caben aquí,<sup>14</sup> en la segunda mitad del siglo XVIII principia la conquista científica de las ingentes energías conte-

<sup>13</sup> Cicerón, *De re publica*, lib. II, XXI.

<sup>14</sup> Paul Mantoux, *Le révolution industrielle au XVIIe siècle*, Paris 1905. T. S. Ashton, *The Industrial Revolution*, London 1948. John U. Nef, *Cultural Foundations of Industrial Civilization*, London 1957. Max Pitsch, *Die industrielle Revolution*, Freiburg in Breisgau 1961.

nidas en la naturaleza para aplicarlas en la producción, en relevo de la limitada energía muscular de los hombres. Con esto se ponían los gérmenes de una civilización que ha de acabar con la escasez de los bienes exteriores, que ha de transformar la lucha entre los hombres por la posesión de esos bienes en lucha de los hombres contra la naturaleza para obtenerlos suficientes para todos, y que generalizará el ocio para que cada uno de los miembros de la comunidad pueda desarrollarse libre e integralmente. Aquí estimamos conveniente intercalar la digresión siguiente: Cuando gracias al progreso de la técnica del trabajo y al régimen de utilización pública de los instrumentos modernos de producción, todos y cada uno de los miembros de la comunidad dispongan de los bienes que necesitan conforme al nivel de vida propio de una alta civilización, y cuando debido al progreso de la cultura general hayan adquirido un alto grado de perfección moral, la virtud de la amistad, y no el débito estricto de la justicia, regulará predominantemente las relaciones sociales.<sup>15</sup>

Como consecuencia de aquel suceso históricamente trascendental, las sociedades más adelantadas se revolucionaron, esto es, se vieron constreñidas a modificarse por la fuerza, porque, por una parte, la adopción de esas nuevas técnicas encontraba la resistencia de los interesados en conservar las inveteradas estructuras de producción y distribución y las correspondientes formas políticas, y, por otra parte, porque los principales beneficiarios de esa adopción pujaban decididamente para lograrla, ya que el rápido crecimiento de la producción y de la distribución de los bienes exteriores, incluidos los instrumentos de difusión de la cultura, les permitía ascender al género de vida y al predominio político reservados hasta entonces a reducidos núcleos compuestos por burócratas y feudales dinásticos. Además, aquellos nuevos modos de producir hacían factible la liberación inmediata de los sectores de la población directamente esclavizados, y hacían *facturable* —según el neologismo de Bertrand de Jouvenel—, esto es,

<sup>15</sup> Santo Tomás de Aquino, *In Eth. Arist. ad Nicomachum*, lib. VIII, lect. I, n. 1543. Karl Marx, *Kritik des Gothär Programs*, III, 3.

posible en el futuro, efectuar la justicia a todos los miembros de la comunidad.

Los nuevos medios de producir y de distribuir los bienes exteriores y de difundir la cultura comenzaron a acelerar la evolución histórica engendrando nuevas y dinámicas formas de vida. Por ende, las comunidades políticas se reforman con Constituciones que garanten el ejercicio de aquellas libertades y aseguren el predominio del sector revolucionario compuesto por propietarios de los instrumentos modernos de producir, por los encargados de distribuir en grandes circuitos comerciales una producción notablemente aumentada, por intelectuales surgidos de esos grupos sociales o simplemente adictos de la justicia, y por el "bajo clero" cristiano, cuyo desempeño en los ambientes pobres le permite evaluar la legitimidad de las luchas contra los regímenes inicuos entronizados y, consecuentemente, actuar acorde con las exigencias progresivas de la justicia.

En las tres últimas décadas del siglo XVIII, en los Estados Unidos y en Francia, y en los tres primeros lustros del siglo XIX, en América del Sur, comenzaron a aparecer las *Constituciones escritas*, así llamadas porque a tales estructuras legales de los nuevos regímenes políticos se las codificaba en una sola y solemne acta legislativa;<sup>16</sup> a diferencia de las Constituciones antiguas, consuetudinarias o esporádicamente articuladas por leyes fundamentales que formalizaban la autoridad omnímoda del Rey, compartida en algunos asuntos de gobierno por los tres órdenes de la Nación, o sea, el Alto Clero, la Nobleza y el Estado Común formado por los ricos productores, por los grandes comerciantes y por determinados profesionales universitarios. Y precisamente, fue este "tercer estado" innovador con miras al moderno progreso social y por lo cual se presentaba a sí mismo como el "todo" de

<sup>16</sup> William C. Morey, *The genesis of a written Constitution*, en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. I, Philadelphia 1890, p. 529-557. Charles Borgeaud, *The origin and development of written Constitutions*, en *Political Science Quarterly*, vol. VII, 1892, n° 4, p. 613-632. Pierre Duclos, *La Notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, París, 1932, p. 233-244.

la comunidad,<sup>17</sup> el que abolió por la fuerza las antiguas Constituciones, porque no podía cambiarlas por los procedimientos legales, pues para tomar semejante decisión era menester el acuerdo unánime de los tres estados, y la coalición de la realeza, de los nobles y de los obispos cerraba el paso a los intentos de establecer una nueva Constitución.

Pero esa clase social revolucionaria que instauró las nuevas Constituciones, no obstante asumir en su lucha, según lo destacamos, la representación de todos los sectores oprimidos por los sectores hasta entonces dominantes, era una minoría que excluía del gobierno a las ignaras clases populares, ya que éstas no contaban como entidad política en los nuevos regímenes, a semejanza de lo que ocurría en los viejos. Porque en la etapa inicial de la revolución del mundo contemporáneo, el mecanismo para desarrollar la producción consistía en agrandar al máximo las ganancias bajando al mínimo, con la utilización de los medios modernos de trabajo, el coste de los bienes en relación con el coste de la producción artesanal del mismo género de bienes, manteniendo en el subconsumo a los grandes sectores de la población, para invertir tales consiguientes beneficios extraordinarios en nuevos medios de producción, medios seleccionados atendiendo sólo al afán de lucro de los propietarios privados de esos recursos. Empero, este mecanismo para desarrollar la producción requería transformar en trabajadores modernos y, en alguna medida, en consumidores modernos a los componentes de los mayoritarios sectores ignaros de la población. Lo cual se alcanzaría mediante la educación de dicha parte de la población, y esta generalización de la educación habría de acarrear, al cabo de algunas generaciones, el crecimiento cualitativo y cuantitativo de las necesidades de estos sectores populares, el desarrollo de su capacidad de juzgar, el descubrimiento de poder juntos progresar y, por fin, llevados por una necesidad intrínseca, la exigencia de ejercer el gobierno político y, por su intermedio, la administración de las cosas para ordenar los recursos productivos con vistas a cubrir

<sup>17</sup> Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, París 1888, p. 28-32.

las necesidades modernas de todos. Queremos decir que al final, para consumar la revolución del mundo contemporáneo, habría de sobrevenir la articulación de una Constitución democrática para efectuar plenamente la justicia del bien común. Y realizado esto, cuando el progreso de los medios productivos y de la cultura general creen la suficiencia de bienes y el hábito común de las virtudes cooperativas, se ha de desembocar en una sociedad solidaria, no "escindida por la incesante lucha entre el pueblo y la oligarquía",<sup>18</sup> sino animada principalmente por la amistad.

<sup>18</sup> Sócrates, en Platón, *Polítika*, 551 d.

## VIOLENCIA Y CAMBIO SOCIAL

HIPOLITO SOLARI YRIGOYEN

### **Intervención en el debate sobre Ley de Amnistía y derogación de leyes represivas.**

Aborda hoy el Senado de la Nación el estudio de su primera ley. Es la ley de amnistía, que ha sido calificada con razón como el instrumento inicial de la pacificación del país.

El bloque del radicalismo, como lo ha señalado ya el señor senador por la Capital, doctor De la Rúa, ha manifestado en su proyecto sobre el tema el deseo de que esta ley sirva efectivamente a la unión y la paz social entre todos los argentinos. Sabemos que no logrará por sí sola tan altos objetivos, decimos en los fundamentos, pero sabemos también que ayudará a lograrlos.

La amnistía, que ya Trasíbulo aplicó en la antigüedad a los gobernantes por él derrocados, significa un acto de olvido sobre conductas y hechos de un período anterior. Ella nos sumerge necesariamente en la consideración de la etapa histórica inmediata que hoy nos conmina a considerar este proyecto. Y lo hacemos con alta responsabilidad y sin más presión que la nos dicta nuestra conciencia de hombres militantes del pueblo y de representantes de él en el Parlamento.

Aspiramos todos, señor presidente, a que ayer, 25 de mayo de 1973, se haya cerrado definitivamente en la República un período histórico signado por la intervención de las fuerzas armadas en la vida política de la Nación marginando la voluntad soberana del pueblo, como viene sucediendo desde aquel nefasto 6 de septiembre de 1930, y cuyo último capítulo, con caracteres

que a poco andar se teñirían de sangre, se empezó a escribir cuando el 28 de junio de 1966 los intereses imperialistas, en connubio con sus aliados nativos, derrocaron al gobierno constitucional que presidía con honor el doctor Arturo Illia.

El análisis profundo y no meramente cronológico de este período al que hoy nosotros estamos ofrendando la amnistía, nos obliga a desentrañar su nota característica y fundamental que es sin duda la violencia y que no se da aislada en la Argentina sino en el contexto de una realidad mucho más amplia en la que se enfrentan opresores y oprimidos en un clima que rompe evidentemente la convivencia humana.

Sería un desatino afirmar que el fenómeno de la violencia irrumpe como algo desconocido en la vida moderna. Pero no lo es, en cambio, señalar que en este siglo la violencia se enseñorea por doquier. No bastó extender por todo el orbe en dos ocasiones la vieja violencia admitida por los hombres, que es la que las naciones ejercitan entre sí mediante la guerra. La fuerza violenta se practica también en el seno mismo de los países para reprimir y oprimir al servicio de sistemas económico-sociales marcadamente injustos.

La extensión de la violencia a las sociedades definidas como civilizadas ha roto la vieja tesis que reservaba la manifestación del fenómeno a los pueblos en lucha para romper sus estructuras de atraso, preservadoras del privilegio.

El "mayo francés" de 1968 puso en evidencia que elementos a los que no se podría calificar de marginados, ni tampoco de inadaptados, también podían rechazar los conflictos y las contradicciones de una sociedad altamente industrializada y próspera, mediante el empleo de la violencia.

La violencia está por todas partes omnipresente y multiforme, brutal, abierta, sutil, insidiosa, disimulada, racionalizada, científica, condensada, solidificada, consolidada, anónima, abstracta e irresponsable, ha dicho monseñor Helder Cámara; y agrega: no es el momento de preguntarse si la revolución estructural que el mundo precisa supone necesariamente la violencia. Es preciso observar que la violencia así existe y es ejercida de

modo inconsciente algunas veces por aquellos mismos que la denuncian como un flagelo para la sociedad.

Si bien nosotros aceptamos tal realidad, desechamos de plano la conclusión fácil de quienes afirman que la violencia es algo ínsito a la personalidad humana como consecuencia de la difusión de la misma.

La violencia, su espíritu y su deseo, no caracterizan al hombre; y, por el contrario, si algo hay íntimamente unido al ser racional es su tendencia, su vocación y hasta su amor, diría, por la paz.

Si nosotros aceptásemos que la violencia es algo propio del hombre, tendríamos que admitir en consecuencia que constituye un fenómeno inevitable y que la convivencia humana es una utopía; y no es así, señor presidente. La violencia surge donde impera la injusticia social. Si un gobierno elegido por el pueblo no defiende e interpreta al mismo, lo traiciona, y necesariamente crea una situación violenta para mantenerse contrariando las aspiraciones populares. Si se llega al gobierno por la fuerza, usurpando el poder que al pueblo sólo pertenece, con más razón hará falta la violencia ab initio para proteger a la clase dominante que usurpó aquél.

El hombre es dinámico por naturaleza y los pueblos por esa esencia misma de sus componentes individuales anhelan cambiar, cada uno, a su ritmo; cada cual a su manera y con su alcance distinto; pero todos llevan el germen de sociedades e instituciones dinámicas.

Los países estables son aquellos que cambian de acuerdo a las necesidades y a los deseos de sus pueblos, y de ninguna manera lo son los que se estratifican y los que se detienen.

Cuando una nación paraliza su marcha o sus gobernantes le imponen un ritmo de cambio que no es el querido por los pueblos, que no condice con los reclamos populares, nace la violencia. Los que manejan el timón del Estado necesariamente, en este caso, tendrán que crear las estructuras indispensables, adecuadas para desarticular la voluntad de cambio que emana de los integrantes de toda esa sociedad. Y la consecuencia es inevitable:

se ha roto entonces la solidaridad humana, reina la coacción para sostener el statu quo y se difunde la contraviolencia en distintas manifestaciones para lograr los cambios que se niegan desde el gobierno.

El fenómeno de la violencia tiene características diferentes según se trate de países desarrollados o de países en vías de desarrollo. En los primeros se crean las situaciones de violencia que se exportan por la penetración imperialista a las naciones dependientes que deben soportarlas. Sin perjuicio de ello, las propias contradicciones de estas sociedades desarrolladas incuban en su seno situaciones de arrebató que se oponen al descontento del pueblo por necesidades insatisfechas, entre las que deben mencionarse las inquietudes de las nuevas generaciones que anhelan una sociedad más justa, regida por valores auténticos, que chocan con las líneas colonialistas predominantes en esas sociedades desarrolladas.

En las sociedades subdesarrolladas, las estructuras vigentes no responden a las necesidades de la población, ni en lo político, ni en lo educacional, ni en lo económico, ni en lo social. El poder se concentra en manos de una clase dominante integrada por minorías oligárquicas que van rotando sucesivamente en el poder. Son los opresores que en la explotación y en la injusticia ejercen coacción contra los oprimidos; temen a la libertad porque su ejercicio es el riesgo de un cambio de la relación arbitraria existente hasta ese momento. Como dice Paulo Freire, una vez establecida la relación opresora está instaurada la violencia. De ahí que en la historia ésta jamás haya sido iniciada por los oprimidos. ¿Cómo podrían los oprimidos iniciar la violencia si, precisamente, la existencia misma de esos oprimidos es el resultado de la violencia? Son los que oprimen los que engendran la coacción; son los que explotan, los que odian, los que tiranizan, los que abusan de la fuerza.

El grupo opresor teje toda una red con los hilos de la violencia. La policía y las fuerzas armadas se ponen a su servicio. Los medios de comunicación colectiva se censuran o se autocensuran. Cualquiera que pretenda abrir o romper esta red en pos de

condiciones de vida más humanas es un enemigo del régimen. La hipocresía de éste pretende cambiar los términos de la situación: quien resiste a la opresión pone en peligro la legalidad e incurre en la subversión. El sistema sólo admite a los complacientes o a los indiferentes que no molestan; el que se opone si es obrero es extremista, si es político es destructivo, si es intelectual es disolvente. No cabe duda alguna, entonces, que esta violencia que califica la vida moderna es el resultado de una sociedad injusta en la que unos seres humanos oprimen a los otros. Y en esta situación opresora la violencia toma distintas formas. Hay violencia estructural cuando una minoría usufructúa para sí todo el acervo tecnológico, que pertenece a toda la humanidad, y cuando pone los resortes económicos a su servicio. Hay violencia institucionalizada cuando se racionaliza y se ordena la opresión en estructuras que engarzan a las sociedades subdesarrolladas en la dependencia económica de las naciones industrializadas. Hay violencia educativa cuando la enseñanza sirve a los intereses de la minoría gobernante; se prepara al joven para que tenga éxito en la sociedad de consumo o para que la acepte o para que, en definitiva, se resigne ante la misma.

En el contexto descrito de la violencia, la rebeldía juvenil ante una sociedad enferma no admite comprensión; la sociedad opresora puede matar impunemente la vida nueva o industrializarla en el alcohol, la pornografía y las drogas, y la hipocresía del sistema vuelve una vez más a aflorar mostrando como una sociedad justa la que se asienta sobre bases corrompidas. La violencia sistemática, estructura, institucionalizada es la que engendra también la contraviolencia.

El panorama sociológico-político analizado en el ámbito amplio mundial es el que marca así mismo las notas de la violencia en la Argentina en los últimos siete años.

El 28 de junio de 1966 fue desalojado del poder —como ya se ha dicho antes— el presidente Arturo Illia. Su gobierno se había caracterizado por el enfrentamiento a los monopolios internacionales o empresas multinacionales, como se las llama ahora con una benignidad digna de mejor causa. Ese enfrentamiento

se había hecho crítico en el campo de los hidrocarburos, de la energía eléctrica y del comercio exterior, particularmente de granos, al igual que en otros aspectos en que los intereses extranacionales y sus aliados locales habían sido seriamente lesionados por las medidas económicas de un gobierno que reivindicaba en todos y cada uno de sus actos nuestra soberanía nacional.

Los monopolios internacionales afectados no podían entonces perdonar el desplazamiento del poder económico al campo nacional que se estaba operando que prometía la consolidación de un sistema en el que la economía salía de su postración. La satisfacción de las necesidades populares era un imperativo; las elecciones libres y la plena vigencia de las libertades y derechos fundamentales eran la esencia del sistema democrático. Y empleo el término "democracia" con su auténtica acepción y no en la manoseada tergiversación de quienes lo han identificado con concepciones capitalistas y liberales y quienes pese a sus invocaciones no han titubeado en escarnecer a esa democracia que mentan.

No he de hacer aquí el análisis de ese período positivo de nuestra historia en consideración a la celeridad que queremos imprimir a este debate. Pero sí debemos señalar sin agravios, pero con auténtica objetividad, que fueron esos intereses ocultos y bastardos los que derrocaron, al cabo de treinta y dos meses de realizaciones, al gobierno de Arturo Illia, valiéndose de un grupo de hombres de armas que, aspiro, pasen a ser en la hora de la reconstrucción de la República, maestros negativos de las nuevas generaciones militares, o ejemplo de lo que nunca se debe hacer: usurpar el poder popular cuando lo ejerce un gobierno respetuoso de la Constitución Nacional.

Y anhelo, así mismo, que cuando se desentrañe el alcance del rol militar de aquel entonces, los ejemplos de las jóvenes generaciones de las fuerzas armadas sean generales como Rosas, Soria y Caro, que supieron pasar a retiro cuando se marginó la Ley Fundamental, que ellos juraron defender.

El nuevo sistema instaurado por los grupos triunfantes en 1966 significaba un regreso imposible en la historia a un sistema

capitalista despiadado y a una economía de dependencia y sate-lismo. A poco andar, los resultados quedaron a la vista. El incremento de la desocupación, la expansión de la marginalidad social y la desigualdad clasista de ingresos en desmedro de los sectores populares mostraban la esencia del régimen de la denominada "revolución argentina".

El gobierno militar, necesitaba contar con una clase dirigente económica, política, sindical y universitaria alienada y contó con ella y con su complacencia. El ejercicio de las libertades quedó en manos de la policía y de las fuerzas armadas. Para quienes no entraron en la complacencia o en el consenso, como se lo llamó con jactancia y hasta con falacia, se construyó paso a paso el aparato represivo apto para ejecutar la violencia necesaria para desarticular cualquier movilización popular.

Con el tiempo no dudo que la exégesis histórica coincidirá en resaltar que lo más positivo que ha tenido esta época que termino de reseñar, es la rebeldía popular que se manifestó en diversos hechos, pero fundamentalmente en esa síntesis de la resistencia a la opresión y en favor de los derechos del pueblo conculcados o suprimidos, que fue el Cordobazo.

Un integrante del Ejército, colaborador del gobierno de facto, ha dicho con razón —me refiero al general Juan Guglielmi— en un estudio sobre las fuerzas armadas y la subversión interior, que si se acepta que los conflictos y rupturas de la cohesión de la comunidad nacional se originan en la opresión que sufren los sectores sociales angustiados por una situación económica que no satisface sus propias aspiraciones, la función de las fuerzas armadas, como parte de la comunidad, no debe limitarse a resguardar el orden o reprimir la subversión. Expresa el mismo militar que nuestra Nación se ha forjado a través de largas y cruentas guerras civiles.

De ellas salieron nuestras instituciones. Recuerda las revoluciones violentas como las del 74, 80, 90, 93 y 1905, estas tres últimas inspiradas por el radicalismo y que estuvieron motivadas por razones profundas que existían con anticipación a los

estallidos espontáneos. Y luego recomienda Guglielmelli efectuar el análisis de los fenómenos actuales con igual serenidad.

Nosotros discrepamos con la posición de los teóricos de la violencia revolucionaria que, desde Sorel a Fanon, la indican como el único medio de oponerse a un orden social congelado por minorías que no admiten ningún traspaso del poder; pero aquí hay que ser claros en poner al descubierto, así descarnadamente, que en el ciclo que ayer concluyó la principal fuente de violencia provenía de las minorías que no aceptaron en modo alguno coartar sus privilegios. Y sobre esta afirmación hay que insistir, puesto que quienes la ejercitaron trataron de recubrir la verdad que estoy denunciando con apelación a "vocación de sacrificio" y otras semejantes mientras la violencia institucionalizada que había depuesto al presidente constitucional con policías lanzagases, había irrumpido en la universidad a golpes y cachiporrazos y había tomado los sindicatos disidentes a punta de ametralladora como comienzo de un período signado por el empleo de la fuerza; estos cuerpos tuvieron la pretensión de constituir "la legalidad". A estos herejes del cuerpo político, usando la terminología de Maritain, hay que decirles que de nada vale la tergiversación permanente de los conceptos. Bien lo decía Cristo, según lo registra San Mateo: "No todo aquel que me dice ¡Señor! ¡Señor! entrará en el reino de los cielos, sino el que hace la voluntad de mi Padre que está en los cielos."

En la hora del triunfo de la soberanía popular, tras múltiples sacrificios y sacrificados para lograrla, queremos iniciar una nueva etapa de concordia, una etapa que tiene fines superiores y que reclama cambios trascendentes. Es justo entonces que nuestra primera preocupación sea cerrar el ciclo con una amnistía amplia y generosa para los delitos políticos, los delitos comunes conexos y los delitos militares también conexos.

El olvido comprende a todos sin excepción, tanto a los perseguidos de ayer como a los perseguidores que hubieran cometido este tipo de delito. De más está decir —como lo ha señalado mi compañero de bloque— que damos al delito político el alcance real de quienes han sido impulsados por un ideal noble y al-

truista, como se expresa en los fundamentos de nuestro proyecto, excluyendo de la ley a los delitos comunes que no tienen esas notas distintivas, como no las tienen las torturas, por ejemplo, o los casos que ha señalado el señor senador Martiarena de abuso de poder.

Deseamos también terminar con ese tribunal repugnante a nuestra Constitución, que conozco muy bien por haber actuado en él intensamente como defensor en su triste existencia. Ese tribunal repugna a nuestra Constitución porque ésta prohíbe el juzgamiento por comisiones especiales y en provincia extraña a la que se hubiere cometido el delito, como se consigna en los artículos 18 y 102 de la Carta Magna.

Queremos también concluir con toda la legislación represiva. Aún más, deseamos hacer un estudio a fondo de todas las normas que tengan esa connotación y que en este momento no se derogan, para que con urgencia podamos hacerlo y no quede ni vestigio de ese tipo de legislación en el país.

Como legisladores del radicalismo cumplimos con un mandato de nuestra doctrina, recogida en todos los documentos partidarios, particularmente los del comité nacional en estos últimos tiempos, y también en la práctica auténtica de la democracia que han hecho todos los gobiernos nacionales, provinciales y municipales del radicalismo en los 83 años de su historia.

Pero nuestro reclamo, señor presidente, para terminar, no se agota en la restauración de las libertades fundamentales, de las libertades públicas, por cierto bien importantes. Somos radicales que creemos en el avance continuo de nuestras ideas, y por eso nosotros también hoy lanzamos nuestro desafío a todos los sectores populares que integran este Parlamento, libremente elegido, para trabajar en una tarea legislativa, que tienda a remover desde sus cimientos, en todo lo que haga falta, las bases de la sociedad en que vivimos para terminar con los privilegios que están negando permanentemente la libertad y también la justicia. (*Aplausos.*)

## LA LOGICA JURIDICA Y SU DENOMINACION

CARLOS COSSIO

La Lógica jurídica tiene ganada, en los últimos 30 años, su carta de ciudadanía en las más altas cumbres de la meditación filosófica actual. "Lógica del deber ser", "Lógica normativa" y "Lógica deóntica" con los tres nombres sinónimos con que a ella se la denomina en la tematización que a su respecto hacen los más distinguidos lógicos, filósofos y iusfilósofos de nuestra época. Agréguese a este avalamiento de las mejores firmas, el uso del extraordinario aparato publicitario que la Lógica simbólica tiene a su disposición en el mundo contemporáneo a través de revistas, universidades, institutos y congresos (y que ha podido ser usado por el interés iusfilosófico debido al hecho fortuito de que uno de los lógicos más eminentes del mundo contemporáneo volcó de lleno su atención en este tema como lógica modal) y se comprenderá entonces sin dificultad cómo, sobre este tema, la filosofía general ha entrado en un diálogo sin recelos con la iusfilosofía. El hecho es auspicioso por que en general el mero filósofo juzga a la Filosofía del Derecho como un suburbio filosófico carente de interés para él no sólo por la presunta insignificancia de sus problemas sino además (cosa en gran medida perfectamente justificada), por la inautenticidad filosófica y la inmadurez mental que domina en los tratados de Filosofía del Derecho, como un débito de los autores.

Siendo todo esto así, resulta pertinente una investigación destinada a aclarar los horizontes que esta maduración de la Lógica jurídica ha abierto a quien toma la tarea de profundizar el tema. No se trata de trabajar analíticamente ningún problema

particular de esa Lógica; se trata de alcanzar el encuadre general que permita ver, por sus fundamentos ontológicos, las direcciones convergentes o divergentes que ha tomado aquella maduración por virtud del hecho obvio de que toda investigación de una verdad está condicionada por la racionalidad del ente que estuviere en juego y que se patentiza con la investigación misma. Esta apoyatura en el ser del ente, esto es, en aquello en que un ente consiste, nos remite a la consigna fenomenológica de ir a las cosas mismas.<sup>1</sup> Tal ente está dado, para nuestro tema, por el *logos* del pensamiento jurídico.

El presente ensayo permitirá ver, en sendos capítulos, los tres horizontes que respaldan, hasta la fecha, el desarrollo impreso a la Lógica normativa por quienes se han puesto en la tarea de presentar como Lógica al pensamiento normativo. Hablo de tres horizontes en el sentido de que todo desenvolvimiento tiene *ab initio* limitadas sus posibilidades de desarrollo por el contenido material de su punto de partida, sea que esta potencial limitación esté impuesta por convención, sea que lo esté por el ser del ente en cuestión. En razón de esto verá el lector que los dos horizontes más importantes que voy a destacar (el abierto por Georg von Wright y el abierto por Jean Pucelle), son incompatibles entre sí; en cambio, el tercer horizonte (el abierto por Chaïm Perelman) puede entrelazarse en sus resultados con ambos porque ambos pueden subordinarlo.

Además y en cuanto que yo tengo partido tomado por la idea de Pucelle, deseo expresar desde el comienzo que el análisis expositivo de aquellos horizontes irá integrado con la crítica total del uno y la defensa radical del otro, pues ambas cosas vierten, a su modo, luz y vida en la comprensión del tema: luz como objetividad humana si hubiere alguien que comparta mis puntos de vista; y vida como verdad cultural si en mi vida hubiere una vocación filosófica que la sustenta a pesar de sus errores.

<sup>1</sup> Husserl, *Investigaciones lógicas*, Introducción especial a las Investigaciones propiamente dichas, § 2; Heilegger, *El ser y el tiempo*, § 7 y Husserl, *Ideas*, § 19.

Por último también deseo expresar en este exordio que siendo filosóficamente necesario comenzar siempre por el comienzo, los tres capítulos aludidos han de ir precedidos por un capítulo referente a la denominación de la disciplina, atento la importancia fundamental que tienen, con relación al *logos* en general, el nombre y el acto lógico de nombrar.

Ya hemos señalado las tres denominaciones sinónimas que están en circulación: lógica del deber ser, lógica normativa y lógica deóntica. Son sinónimas en cuanto que aluden a la misma cosa y en la medida en que las tres por igual sustituyen la copulación proporcional del verbo *ser* por la copulación del verbo *deber ser* (*sollen* en alemán, *must* en inglés), radicando en ello un peculiar y exclusivo punto de partida como base de un desarrollo lógico definitivamente autónomo.

Por otra parte conviene recordar que la contraposición temática entre el ser y el deber ser es, originariamente, de cuño germano en cuanto que fue Kant quien la incorporó al lenguaje filosófico con el designio de fijar por principio la autonomía del mundo moral frente a la Naturaleza mecánica: aquí el ser que sólo como hecho es por carecer de valor y allí el deber ser que en razón de su intrínseco valimiento merecería llegar a ser. Y así como toda la Europa continental del siglo XIX sintió la poderosa gravitación de esta idea kantiana que en su instaurador se limitaba al juego de un deber ser axiológico, así también el mundo de habla inglesa fue reacto a ella y la eludió sistemáticamente en sus filósofos más significativos. Señalamos con esto el bloque idiomático que los filósofos de habla inglesa han ido interponiendo para hablar, en el lenguaje técnico, de una lógica del deber ser e incluso para aceptar una comunicación revestida verbalmente con este giro idiomático.

A su vez los filósofos y juristas franco-alemanes y sus numerosos epígonos de todo el Occidente, coincidían, desde la época de Savigny, en tematizar abiertamente el problema de las normas preguntando por la normatividad; con lo cual la posibilidad verbal de hablar de una lógica normativa venía a ser una posibilidad abierta, cosa que la aceptación de la Jurisprudencia co-

mo una *ciencia normativa* y el intento en boga de definir bien esta locución lo evidencian. Como es sabido este análisis toma su vía definitiva con Hans Kelsen y la solución llega cuando se pone en claro que la normatividad reside en el carácter simplemente lógico y no axiológico del deber ser copulativo de cualquier norma al señalar, en forma adiáfora, que si estuviere dado cierto antecedente entonces y sólo entonces debe ser también cierta consecuencia determinada. Así como Kant, al contraponer el ser físico y el deber ser moral, determinó la tematización sistemática del deber ser axiológico, así Kelsen, al contraponer el deber ser axiológico y el deber ser lógico determinó la tematización sistemática de este último. Pero aquí también encontramos a los filósofos y juristas de habla inglesa desprovistos de una familiaridad, lingüística con esta locución, con lo cual ellos perdían en la comunicación no sólo los ecos latentes en las palabras vivas sino que también el unitario meollo significativo destinado a ser expresado mediante el vocablo "norma" gracias al aporte analítico inaugurado por Hans Kelsen. En el habla inglesa, en efecto, los técnicos usaban casi con exclusividad, llegando hasta su fosilización, lingüística, el término "rule of law" (regla de derecho), carente de derivados verbales directos; y parecía serles suficientes para sus necesidades analíticas, los vocablos "command" (mandato, orden) y "duty" (deber) que ellos prodigaban sin mucho rigor mental.

Con referencia a nuestro tema, el mundo de habla inglesa tenía, por cierto, su propia tradición idiomática. Bentham, en un famoso y a veces estafalario afán de reajustar las denominaciones científicas fundamentales a un rigor etimológico, creó el vocablo "deontología" para denominar a la ciencia de lo conveniente, esto es, a una ciencia que trabajando sobre la tendencia de obtener el placer y eludir el dolor, resulta ser una moral que prescinde por completo de toda apelación a la conciencia y al deber. Dentro de la nutrida propuesta terminológica de Bentham, el vocablo "deontología" ha sido el de mayor fortuna; incluso fue incorporado a la Escolástica por Rosmini para designar a todas las ciencias que fundamentan deberes (las que indagan "cómo debe

ser el ente para ser perfecto"), atento a la posibilidad etimológica en este sentido contenida en la propia palabra. Y hoy reverdece en el campo de la Lógica entre los autores que escriben en idioma inglés (entre ellos uno que nos interesa especialmente en este momento: Georg Henrik von Wright), sobre la base de distinguir una forma antigua y otra moderna de su uso en dicho campo. La forma antigua concluye en 1950; la moderna comienza en 1951. La primera, como vocablo del lenguaje lógico, se mantiene dentro del horizonte benthamita sin superar sus imprecisiones ni el teleologismo. La segunda se definiría por el estricto planteamiento que el mismo von Wright formuló en su ensayo *Deontic Logic*<sup>2</sup> donde la cópula "debe ser" (en inglés *must*, del anglosajón *mot*; también *ought to be*, del anglosajón *agan*) va entendida exclusivamente como un mero enlace lógico de los términos de una proposición al margen de toda connotación axiológica; o sea, coincidiendo plenamente con el alcance dado por Kelsen al vocablo alemán *Sollen* dentro de la Teoría pura del Derecho.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> G. H. von Wright. *Deontic Logic* en la revista *Mind*, enero de 1951. Durante el primer semestre de ese año efectué un seminario sobre este ensayo de mi cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>3</sup> La obra de von Wright que se cita en la siguiente nota, comienza con estas palabras: "Por lógica deóntica entendemos el estudio lógico-formal de los conceptos normativos." Y luego: "Es importante distinguir, con más agudeza de lo que se hace de ordinario, entre conceptos normativos o deontológicos por un lado y conceptos axiológicos o estimativos por otro." Y aclara nuestro autor que los conceptos de "obligación", "permisión", "prohibición", "facultad jurídica", "pretensión" y "privilegio", son conceptos normativos en tanto que "bueno", "malo", "útil", "agradable", "bello", "feo" y el tan importante de "preferencia" son conceptos axiológicos.

Aclara también que los conceptos normativos se usan de dos formas: prescriptivamente cuando enuncian reglas de actuación (conceder una permisión, imponer una obligación o garantizar un facultamiento); y descriptivamente refiriéndose a normas que en cuanto tales existen, como cuando se afirma que de acuerdo a un determinado código cierta acción está prohibida. Las fórmulas simbólicas de la lógica deóntica son, nos previene, descriptivas.

Ahora bien; en un curso dictado por von Wright en la Universidad de La Plata en el año 1968, el eximio maestro finés manifestó que creía ser el primero en haber tematizado debidamente la materia de esta novedad lógica en 1951, así como también el primero en haber efectuado un amplio desarrollo de la misma en el exitoso ensayo de aquel entonces, e incluso en ser el primero en haberla nombrado al denominarla *Lógica deóntica*, respecto de lo cual reconoció haber aceptado la sugerencia nominativa que en esa oportunidad le hiciera C. B. Broad.<sup>4</sup>

Corresponde rectificar estas afirmaciones de von Wright.

En primer lugar porque desde diez años antes que él, esto es desde 1941, vengo usando por mi propia cuenta la expresión sinónima "lógica del deber ser",<sup>5</sup> que es una expresión denomi-

<sup>4</sup> Georg Henrik von Wright. *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, 1968, edición mimeográfica de la Universidad invitante, notas 1 y 2 de la primera sección y 1, 2 y 3 de la segunda sección.

<sup>5</sup> Carlos Cossio. *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, capítulo II, toda su segunda sección, publicado en 1941 en la revista "Universidad" N° 8, de la Universidad del Litoral; luego editado ese mismo año en un volumen por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social; y reeditado en 1954 por la Editorial Arayú de Buenos Aires; publicado también en Caracas, en 1942, en la revista "Cultura Jurídica", N° 2. Ver también, del mismo año 1941, mis ensayos *Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea*, publicado simultáneamente en el suplemento dominical del diario "La Nación" del día 12 de octubre y los "Anales", tomo XIII, de la Facultad de Derecho de La Plata (y luego en 1944 como Apéndice de mi libro *La Teoría egológica del Derecho*; y en 1954 como Apéndice de la edición de Arayú que acabo de recordar) y *Las lagunas del Derecho*, publicado en 1941, en Córdoba, en el Boletín jurídico de su afamada Universidad; luego en 1943 en La Habana, en los números 4° y 5° de la revista de su Universidad; y luego editado en 1947, en Buenos Aires, por la Editorial Losada como segunda parte de mi volumen *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Después de 1941, la denominación "lógica del deber ser" aparece en todas mis publicaciones, incluso tomando gran extensión en las dos ediciones de mi libro *La Teoría egológica del Derecho*. Pero aquí quiero recordar de modo especial mi ensayo *Ciencia del Derecho y sociología jurídica* (en cuyo parágrafo 13 desarrollo el tema una vez más), en razón de existir traducción inglesa del mismo publicada en una revista de alta jerar-

nativa tan excelente como la que usa von Wright; y porque desde 1944<sup>6</sup> vengo alternando con ésta la expresión "lógica normativa", igualmente excelente y perfectamente sinónima que von Wright asimismo también emplea en la actualidad.

En segundo lugar porque la materia por mí significada con estas denominaciones, en cuanto que la derivó de la contraposición entre los verbos ser y deber ser reducidos, a su pura función lógico-copulativa, coincide exactamente con la materia lógica tematizada por von Wright. Por eso, respecto de las tres cosas cuya pertenencia, se atribuye von Wright, sólo cabe reconocérsele, muy a justo título, lo que concierne al desarrollo por él impreso al tema dentro de la línea de la moderna lógica como cálculo y combinatoria simbólicos.

En tercer lugar porque ya desde 1911, con sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Hans Kelsen había implantado toda la pureza metódica de su teoría jurídica en un "deber ser" puramente lógico que juega como cópula definitoria de las proposiciones normativas y cuya validez *a priori* se radicaba en la teoría kantiana de las categorías, con objeto de superar en forma objetiva toda contingencia que pudiese conmovérsele la fijeza de aquel punto de partida. Por eso, frente a este "deber ser" meramente lógico de la teorización kelsiana, yo me sentí obligado a decir, en mis escritos de 1941, que Kelsen era el descubridor de la lógica jurídica en cuanto que su pensamiento recurría, para manifestarse, a una nueva lógica, esto es, a la idea de una lógica del deber ser contrapuesta y diferente de la vieja lógica del ser "acuñada por Aristóteles, que conocieron los juristas romanos y que a través de modelos tan eminentes fue aceptada sin

quía con el título de *Jurisprudence and the Sociology of Law* ("Columbia Law Review", vol 52, march and april, 1952, § "i" en las pp. 380/31). Su primera publicación en castellano data de 1950, en Buenos Aires; luego otra vez en esta ciudad en 1959 y en España en 1960.

<sup>6</sup> Ver especialmente Carlos Cossio. *La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad, passim* (1ª edición 1944; 2ª edición 1964, editoriales Losada y Abeledo-Perrot, respectivamente).

reservas por el pensamiento jurídico ulterior".<sup>7</sup> (Obviamente en este juicio mío se contenía el programa, formulado expresamente en 1944, de hacer kelseniano a Kelsen a pesar de Kelsen; programa que se difundió muchísimo a través de este *slogan* y cuyo significado programático era, parafraseando el famoso juicio de Marx sobre la dialéctica hegeliana, el de haber encontrado en Kelsen una lógica del deber ser patas arriba, por lo cual procedía sentarla sobre el suelo en debida forma mediante un giro de 180° que la colocara con los pies para abajo.) Por otra parte, sorprende que von Wright tomara contacto tan tardíamente con el pensamiento kelseniano;<sup>8</sup> y de modo especial sorprende que después de este contacto tampoco hiciera ninguna referencia a Kelsen en 1968, cuando en La Plata señaló que el carácter copulativo del "deber ser" era una novedad lógica cuya tematización recién se percibe en 1951 por los estudiosos con motivo, va de suyo, de la publicación efectuada por von Wright en la revista "Mind". Me parece que en esa oportunidad se imponía recordar a Kelsen como el descubridor de esa nueva cópula proposicional, porque si bien es cierto que este maestro, que hizo efectivo uso de ella dentro de la teoría jurídica, no le dio identidad en el dominio del *logos* asignándole un nombre ni hizo sobre ella ningún desarrollo propiamente lógico mediante la combinatoria y el cálculo simbólicos, es indudable que al menos recorrió totalmente el velo del problema en conjunto inherente, como ámbito de significaciones, al dato lógico de una nueva cópula; cosa que nosotros hoy podemos apreciar con certeza en la medida en que ya poseemos denominación adecuada para el dato y desarrollos de combinatoria y cálculo proposicional relativos a él.

De cualquier manera, atento a la polémica que hube de afrontar en 1949 contra el maestro vienés, corresponde hacer constar que Kelsen declaró estar perfectamente interpretado por

<sup>7</sup> Carlos Cossio. *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, p. 53, Buenos Aires, 1954, ed. Arayú.

<sup>8</sup> Recién lo conoce en 1963, en su libro *Norm and Action* (ed. Routledge & Kegan Paul, London), atento a las críticas de sus pp. 87 y 86.

el análisis egológico cuando yo consignaba que la cópula normativa de la Teoría Pura del Derecho era un mero deber ser lógico —nada más pero tampoco nada menos— a la vez contrapuesto al "ser" lógico y al "deber ser axiológico"; pero que rechazó enérgicamente que este deber ser lógico implicase hablar de una lógica del deber ser como de otra lógica diferente de la lógica del ser puesta de manifiesto por Aristóteles y única lógica que Kelsen se allanó a admitir.<sup>9</sup> Pero al propio tiempo también corresponde agregar que una vez aceptado lo primero, el rechazo de lo segundo por parte de Kelsen (cosa que él hace incurriendo en ambigüedad verbal), sólo demuestra que el maestro austriaco no está fenomenológicamente preparado para ir a las cosas mismas, pues en la medida en que, según su fe neokantiana, el método sería creador del objeto creándolo en el caos fluyente de la conciencia, justo en esa medida Kelsen viene a quedar desarmado en ese caos si se le impugna aquel supuesto metódico y además se le dijese que él no ha analizado el Derecho sino sólo el pensamiento que lo mienta, pues si una expresión normativa, siendo un juicio,<sup>10</sup> dice algo acerca de algo, el Derecho como

<sup>9</sup> Todo esto está expresado en el volumen Kelsen-Cossio (Buenos Aires, 1952, ed. Kraft), conteniendo el curso dictado por Kelsen en 1949 en la Facultad de Derecho de Buenos Aires bajo el título *Problemas escogidos de la Teoría pura del Derecho* y un balance provisional del mismo que yo efectué con el título *Teoría egológica y Teoría pura*, así como también, extremando los análisis por ambas partes, en los artículos polémicos que de aquellos derivaron con los títulos *Teoría para el Derecho y Teoría egológica*, el de Kelsen; y *La polémica anti-egológica*, el mío, ambas publicados en Buenos Aires, México, Madrid, Viena (en traducción alemana) y Milán (en traducción italiana), entre los años 1953 a 1957.

<sup>10</sup> Se ha de tener presente que recién en 1945, con la publicación de su *General Theory of Law and State* por la Harvard University, comienza Kelsen a abandonar su idea de que la norma es un juicio, cosa que consuma con la magnitud de un escándalo de doctrina recién en 1949, con motivo de su polémica con la Escuela egológica en la Universidad de Buenos Aires. Con anterioridad a estas fechas y durante cinco lustros Kelsen afirmó terminantemente que la norma jurídica era un juicio hipotético. Para el primer Kelsen mi argumento es fulminante; y para el segundo Kelsen es sabido que la Teoría pura del Derecho ha dejado de ser pura en la medida en

realidad existencial estaría en el segundo algo, en tanto que el pensamiento como idealidad significativa está en el algo que lo precede dentro de esta básica enunciación fenomenológica. Frente a un análisis como el de von Wright, para Kelsen menos alarmante (mucho menos alarmante que el que le creaba la Teoría egológica), Kelsen no podría haber negado que, al menos como *lógica modal*, la lógica del deber ser era cosa bien diversa a la tradicional lógica del ser, pues la obra cumplida por von Wright en este sentido, que acredita tal diversidad, hoy es ya un hecho en sí misma. Y cabe decir que el maestro finés aprovechó con brillo la misma coyuntura que el maestro austriaco no supo aprovechar en cuarenta años. Kelsen descubrió algo sin hacerse cargo bien acerca de la situación en que lo dejaba su propio descubrimiento; von Wright se lanza a la conquista de este algo sabiendo bien lo que pretende. Von Wright, que no es el descubridor de la nueva cúpula lógica ni el primero en haberle dado un nombre como él ha expresado, es, en cambio, quien primero intenta poner de manifiesto las implicaciones lógicas contenidas en ella como horizonte o virtualidades que una tematización sistemática podría esclarecer al pormenor. Para von Wright no era un problema ni una amenaza positiva el quedarse sin un objeto a conocer, como lo era para Kelsen, porque aquél tenía cabal conciencia de la naturaleza lógica, puramente lógica, de la investigación en perspectiva, siendo, de consiguiente, un ente lógico el objeto dado para cumplir su tarea y siendo, al menos, un sistema de lógica modal el logro que podría obtener con justo título sobre aquella base.

Estoy desarrollando mi tercer argumento para fundar una rectificación de las apreciaciones de von Wright relativas a la Lógica deóntica en sus referencias de 1968 concerniente al nombre adecuado, al dato lógico de la tematización y al análisis simbólico pormenorizado. En este tercer argumento se trata de fijar

que ha retornado al imperativismo. (Ver A. L. Machado Neto. *Teoría pura e Teoria geral do Direito*, en "Rev. Bras. de Filosofia", XVI, pp. 518/48, 1966.)

la concordancia recíproca que hubiere entre von Wright, Kelsen y yo en el aporte que cada cual habría hecho sobre el tema en su momento. Por ello no está demás agregar todavía lo siguiente: Von Wright, en su libro de 1963,<sup>11</sup> hace a Kelsen dos críticas fundamentales de puro alcance lógico; Por un lado, impugna la idea kelseniana de que se podría indistintamente clausurar el ordenamiento jurídico tanto con una norma que dijese "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido" como con otra norma que al revés dijera "todo lo que no está permitido está jurídicamente prohibido", entendiéndolo Kelsen que ambas enunciaciones significan lo mismo;<sup>12</sup> la impugnación declara que la tesis kelseniana es "una imposibilidad lógica" y que la segunda enunciación "debe ser rechazada como absurda". Por otro lado von Wright ataca la actual idea kelseniana (tomada de la Teoría egológica en 1949) de que el orden normativo carece de lagunas por virtud de aquella norma de clausura; lo cual es impugnado por von Wright en mérito de que "no cabe inventariar todas las posibilidades de la conducta humana porque se trata de un todo objetivo, es decir, de una infinitud". Ahora bien; desde la primera edición de mi *Teoría egológica del Derecho* (1944), he afrontado a Kelsen sobre estas dos cuestiones esgrimiendo exactamente los mismos argumentos que von Wright (amén de otros de índole ontológico-existencial) y llegando a la misma conclusión que él para la primera objeción y a otra conclusión más pulcra para la segunda; es decir: por un lado, las dos presuntas normas de clausura kelsenianas no significan lógicamente lo mismo, pues la segunda, la que es cosecha de Kelsen, expresa una imposibilidad lógica y existencial, por lo cual resulta doblemente absurda; y por otro lado, la impugnación de von Wright a las lagunas de un orden normativo es correcta únicamente cuando se recurre para clausurarlo a la segunda norma de clausura, pero está equivocada si para ello se recurre a la primera norma de clausu-

<sup>11</sup> *Norm and Action*, ed. cit., pp. 87 y 88.

<sup>12</sup> Ver el citado artículo de Kelsen, *Teoría pura del Derecho y Teoría egológica*, § 2.

ra, la cual no sólo es compatible con el todo de la conducta en cuanto que un todo abierto, sino que además expresa adecuadamente su infinitud, derivándose ontológicamente, como mención, de la libertad existencial que da sustento fenoménico a esa infinitud. En tal sentido la infinitud de la libertad, siendo creadora la libertad misma, refuerza y dilata con un título propio y peculiar la infinitud empírica que encontramos en cualquier trozo finito de la Naturaleza y, *a fortiori*, en el cosmos físico como un todo.

En cuarto lugar debo considerar que von Wright, para dar una exacta situación a su pensamiento normativo, habla actualmente de tres planos analíticos diferentes pero interconectados: el plano normativo o deontológico, el valorativo o axiológico y el antropológico o praxiológico.

Los conceptos normativos y los conceptos valorativos, aunque diversos, están al propio tiempo relacionados también... Me inclino hacia la posición según la cual los valores son básicos y primarios, las normas derivadas y secundarias... También debe efectuarse aquí una mención de un tercer gran grupo de conceptos, los cuales se conectan a la vez con las normas y con los valores. Los llamaré conceptos *praxiológicos* (o antropológicos). Guardan relación con el hombre como sujeto actuante. A ellos pertenecen, en primer lugar, las nociones de actuación, acto y actividad (conducta) pero también los de elección y decisión, deseo, libertad y voluntad. El estudio de los conceptos praxiológicos debe ser llamado praxiología.<sup>13</sup>

Pero ocurre que desde la primera edición de mi libro *La Teoría egológica del Derecho* (1944), yo vengo insistiendo en la necesidad de diferenciar el deber ser lógico, el deber ser axiológico y el deber ser existencial como tres planos diversos aunque interconectados; y ocurre también que la caracterización da-

<sup>13</sup> Von Wright. *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, chapter, I, § 1, La Plata, 1968 ed. mimeográfica de la Universidad.

da por von Wright del tema praxiológico es, exactamente la misma que la que yo he dado para el deber ser existencial.<sup>14</sup>

Por último, en quinto lugar, como observación final, corresponde destacar bien la deficiente información de von Wright relativa a lo que en idioma castellano habíase trabajado sobre el tema que él abordaba,<sup>15</sup> para explicarnos mejor cómo pudo co-

<sup>14</sup> Basta ver el índice analítico de mi citada obra, por las voces, "deber ser algo lógico", "deber ser axiológico" y "deber ser existencial" para advertir cuán detalladamente la Egología ha tematizado esta cuestión. El siguiente escolio que transcribo es de 1948 e integra, como primera nota de la primera proposición un breve ensayo de 18 proposiciones titulado *Panorama de la Teoría egológica del Derecho*: "La teoría egológica distingue tres clases de *deber ser*, cuya articulación sistemática le permite zanjar las dificultades que presenta la teoría jurídica: 1) El deber ser axiológico, o sea el intrínseco valor de algo por cuya virtud ese algo merece ser Derecho. A esto, que ya está advertido en Kant, se alude ahora en el texto. 2) El deber ser existencial, que es la libertad del ser humano en su presencia bruta o mero existir, la cual no es un desnudo *poder ser*, como se verá más adelante en los párrafos x y xiv. 3) El deber ser lógico, que es una simple cópula proposicional que nos permite pensar con normas, como se muestra en el párrafo vi."

De este ensayo, amén de sus varias impresiones en castellano, hay una traducción italiana (en *Scritti in Onore id Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, ed. Cedam), por eso me sorprende que el dato se le haya pasado al distinguido iusfilósofo italiano Dr. A. G. Conte, quien, según von Wright lo consigna, asesoró al maestro finés sobre algunos antecedentes no felices de denominación que surgieron en Italia. Por lo demás mi referido ensayo tiene dos impresiones en idioma alemán; en *Archiv...* (1952) y en el volumen *Die Ontologische Begründung des Rechts* (1965), Darmstadt, que estaban muy a la mano de von Wright.

<sup>15</sup> Los libros dedicados a la Lógica jurídica por el profesor mexicano Eduardo García Máynez, tienen sin duda una dimensión mundial. El capítulo que dedica al tema el profesor argentino José Vilanova en su obra *Curso de filosofía del Derecho* (1970), luce por su inigualada exposición didáctica del asunto, si bien su referencia a la egología es contradictoria y contiene una visible inexactitud, bien percibida y glosada por el iusfilósofo brasileiro A. L. Machado Neto. También son merecedores de alta consideración los libros dedicados a la Lógica normativa, uno por el profesor peruano Francisco Miró Quesada y otro por el profesor argentino Roberto J. Vernengo. En otro sentido cabe recordar especialmente también el extenso ensayo del profesor español Luis Legaz y Lacambra titulado *La lógica como*

menzar su curso en la Universidad platense con una afirmación tan inexacta y temeraria, siendo que semejante afirmación le concernía directamente a él mismo, con el riesgo de presentarlo como descubridor del Mediterráneo. Con aquel propósito volvamos una vez más al texto mimeográfico en inglés distribuido por la Universidad invitante. Allí von Wright, después de paralelizar las nociones cuantificadoras (alguno, ninguno y todos) con las nociones modales (posible, imposible, necesario) y con las nociones deónticas o normativas, (permitido, prohibido y obligatorio), advierte una fuerte similitud entre las tres series sobre la base de que en cada una de ellas, partiendo de una noción cualquiera, las otras dos nociones pueden ser definidas mediante una aplicación duplicada de la negación. Y luego de señalar, a renglón seguido, que la lógica de los cuantificadores y la de los conceptos modales comenzaron a ser estudiadas por el propio Aristóteles, von Wright agrega: "Los conceptos deónticos (normativos), por el contrario, casi no han recibido ninguna atención por parte de los lógicos hasta época muy reciente. La observación de la precedente analogía formal trae una nueva esperanza. Acaso se pueda desenvolver también, una lógica de los conceptos normativos *paralela* a la lógica modal y a la teoría de la cuantificación que sea para transferir a su estudio parte del conocimiento adquirido y algunos de los métodos usados en el estudio de las modalidades y de los cuantificadores. Pienso que hoy en día ya podemos decir que esta esperanza ha madurado lo suficiente para estar justificada y que la lógica deóntica ahora está aquí presente."<sup>16</sup>

Y bien; ocurre que en los años 1942 a 1944, el ilustre lógico y filósofo mexicano Eduardo García Máynez y yo, mantuvimos una sostenida polémica que resonó fuertemente en todas las uni-

*posibilidad del pensamiento jurídico*, publicado en el "Anuario de Filosofía del Derecho", vols. v y vi, Madrid, 1957/1959 el que, aporte de su valores teóricos de alto rango, constituye la exposición histórica del tema más completa existente en idioma castellano.

<sup>16</sup> Von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, ed. cit., cap. 1, § 2 *in fine*.

versidades de habla española y portuguesa, uno de cuyos temas capitales fue precisamente el análisis y la recíproca conexión de los conceptos "permitido", "prohibido" y "obligatorio".<sup>17</sup> Aparte de sus enfoques a veces concordantes y a veces complementarios de los de von Wright, la importancia de esta polémica radica en que contribuyó eficazmente para que los iusfilósofos de habla española y portuguesa dejaran de ser malos repetidores de los maestros de la Europa central y del mundo anglo-norteamericano e iniciaran su propia meditación vernácula sobre los temas universales de la iusfilosofía, comprendiendo también aquéllos, claro está, como se apreciará más adelante, que han encumbrado la gran personalidad de von Wright.

Estando aclarado entonces que fui yo y no von Wright quien por primera vez dio nombre a la novedad lógica que se manifiesta mediante la cópula proposicional "debe ser", corresponde destacar ahora la gran importancia conceptual que tienen el nombre y el acto de nombrar, importancia que se acentúa cuando se trata no ya de un nombre cualquiera sino de un nombre adecuado.

Dentro de las vivencias que conciernen al conocimiento en sentido estricto (actos actualmente objetivantes, haciendo alusión, con Husserl, a la característica que le es común) y cuyo paradigma está en el conocimiento científico, este maestro distingue como tales, siguiendo las huellas de Kant pero con más finura y plenitud, la intuición y la significación.<sup>18</sup> La intuición

<sup>17</sup> La polémica se radicó en dos publicaciones de Eduardo García Máynez, a saber: el cap. xviii de su *Introducción al estudio del Derecho* (Ed. Porrúa, 1940, México) y su opúsculo ampliatorio *Libertad, como derecho y como poder* (México, 1941, Cia. General Editora), a los que, abriendo la polémica, yo impugné con mi ensayo *Las lagunas del Derecho* publicado en el "Boletín de la Facultad de Derecho", V, N° 5, Córdoba, 1942. El profesor García Máynez respondió ese mismo año con su ensayo *Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad: Respuesta a Carlos Cossio* (México, 1942, Imprenta Universitaria). Mi contestación fue dada en los capítulos iv y v de mi *Teoría egológica del Derecho* (Buenos Aires, 1944, ed. Losada) que puso término a la disputa.

<sup>18</sup> Ver Husserl. *Investigaciones lógicas*, Sexta Investigación, reajustada

puede ser perceptiva, rememorativa o imaginativa; la significación puede ser nominativa (indicativa) o enunciativa (formulativa), esto es, puede referirse al acto de nombrar y al nombre o al acto de juzgar y a la proposición o juicio. Los juicios, que tanto pueden formular un predicado de inherencia como uno de relación, no nos interesan en este momento; sí, en cambio, el acto de nombrar y el nombre en cuanto que nóesis y nóema del acto vivencial completo que tenemos que analizar.<sup>19</sup>

en el sentido fundamental que indica el § 117 del libro *Ideas*, vol. I, del mismo autor. De la primera obra son especialmente pertinente los §§ 13, 68, 68, 69, 70, 16, 25, 40, 6, 8, 67 y la Introducción de la VI Investigación; de la segunda obra también procede tener en cuenta los §§ 70, 78, 90 y 136, amén del recordado § 117.

<sup>19</sup> Considero conveniente para el lector de orden común, explayar esta inserción en el pensamiento husserliano con una breve ampliación esquemática del planteamiento fenomenológico sobre el punto, que ponga a su alcance esa mínima información suficiente sin la cual los problemas se nos escapan de las manos. La formulo a continuación en esta nota para no cortar la ilación del discurso que va en el texto:

La gnoseología fenomenológica reposa sobre la teoría de los actos actualmente objetivantes con la que Husserl agrupa, por su denominador común, todas las vivencias que interesan al problema del conocimiento. Son actos actualmente objetivantes la intuición (perceptiva, rememorativa o imaginativa) y la significación (nominativa o enunciativa). Estos actos efectúan una síntesis de identidad que los define, en cuya virtud la conciencia unifica lo coherente y separa lo diverso en aquello que es materia del acto de conciencia. La materia vivencial unificada como "la misma" por su coherencia en la síntesis que la identifica, constituye el objeto intencional de la conciencia. De ahí el nombre de *objetivantes* que corresponde a estas vivencias y su correspondiente referencia a un objeto intencional. Son vivencias que nos presentan objetos como tales y que al presentarlos en algún grado los elaboran.

En lo dicho ya se advierte que el objeto está presente (realmente presente en la percepción; y presente como recuerdo o como imagen en la memoria o en la fantasía derivadas de la percepción), cuando la mismidad que acusa la síntesis es intuitiva; y el mismo objeto está sólo mentado, cuando la mismidad que acusa la síntesis es meramente significativa o conceptual, sea que simplemente lo nombremos, sea que algo enunciemos de él. Así, si yo rondo en torno de mi mesa escritorio, de hecho veo diferentes formas, colores y aspectos de ese objeto, no obstante lo cual y a pesar de

semejante diversidad perceptiva, entiendo con la evidencia que comporta la presencia, que se trata de *la misma* mesa escritorio. Esta es la mismidad intuitiva a que acabamos de aludir como síntesis de identidad que unifica lo coherente para hablar de la misma mesa escritorio y separa lo diverso (lo que no integra esa mismidad) en aquello que es materia del acto de conciencia. Paralelamente, puedo atenerme sólo a mi pensamiento y, sin verla, nombrar mi mesa escritorio o enunciar de ella diferentes cosas; aquí se exhibe con igual evidencia la mismidad significativa, porque cada vez que la nombro o que reitero una enunciación, es indudable que miento también la misma cosa.

Ahora bien, al conocimiento recién se llega cuando una significación concuerda con una intuición, en la mismidad a que ambas se refieren de diversa manera: por mención o por presencia. Esto quiere decir que, en el conocimiento, el pensamiento mienta lo mismo que la percepción intuye. Sólo esta superposición de mismidades autoriza a hablar de conocimiento científico. Hay conocimiento únicamente cuando "lo mismo" que se intuye y "lo mismo" que se significa, son a su vez lo mismo. Como la percepción es el acto objetivante originario, ha de decirse entonces que no hay conocimiento hasta tanto el concepto no sea verificado por la intuición.

Estas vivencias, agrupadas por Husserl como actos actualmente objetivantes, hacen jugar en sus síntesis, claro está, el principio de identidad; pero lo peculiar de ellas y lo que determina que se las califique como *actualmente* objetivantes, es que, si bien la identidad está reconocida en el objeto, esa identidad es vivida en los actos vivenciales donde forzosamente es, como hecho, una actualidad dentro de nosotros mismos; es decir, que por el mero hecho de intuir o por el mero hecho de significar, el principio de identidad se despliega en cada conciencia cuando unificamos lo coherente o separamos lo diverso. El principio de identidad es ontológico; en tal sentido es un presupuesto de los entes en su ser; pero lo singular del asunto es que se lo vive con actualidad en aquellas vivencias y sólo en ellas, aunque la identidad esté en el objeto intuido o significado. Estas vivencias son, pues, el vehículo merced al cual contamos con el principio de identidad en acto, no como algo potencial. Percibir y pensar son siempre, en alguna forma, identificar. Sin la intuición o sin el pensamiento no tendríamos contacto con la identidad del ente, identidad que denota la racionalidad del ente en la medida en que tenemos que aceptar que todo cuanto existe, existe consistiendo en algo. Pero para el hombre todo contacto es el contacto de su propia vida. Naturalmente que en la actitud espontánea sólo nos percatamos de la identidad del objeto. Mas es el mérito de la reflexión fenomenológica habernos enseñado, con toda pulcritud y minuciosidad, que esa identidad es vivida en el hecho de intuir o en el hecho de significar, definiéndose estas vivencias por tan notable característica.

El pensamiento tradicional en la Lógica, desde Hobbes en adelante,<sup>20</sup> ha admitido en principio que los nombres eran arbitrarias señales verbales asignadas a las cosas para identificarlas y reconocerlas por mención. Tratándose de los nombres propios se consideraba que no había hacer cuestión al respecto, dada la aparente evidencia que ellos ofrecían sobre el punto. Tanto da

En contraposición a los actos actualmente objetivantes, todos los otros actos de la conciencia vienen a ser *potencialmente* objetivantes y nada más. En todo objeto como ente, algo está "puesto" como algo que es, sólo que no actualmente mientras no se lo tematice en su ser mediante una intuición o una significación; algo está así contenido en él como algo que es, sólo que no actualmente. Se trata de una potencialidad o virtualidad implícita en los objetos que aflorará como actualidad cuando la conciencia se flexione sobre tal potencialidad intuyéndola o mentándola. Es decir, con palabras de Husserl, que "todo acto o todo correlato de acto alberga en su seno algo lógico, explícita o implícitamente" (*Ideas*, § 117). Se trata, en suma, de aquello que permanece idéntico a través de las variaciones y mutaciones de un ente (aunque ignoremos el consistir del mismo) y que sólo se actualiza, mal o bien, con error o con verdad, cuando la conciencia se revierte sobre él para hacerlo explícito.

Entre los actos potencialmente objetivantes hay algunos que llegan a revestirse con formas verbales aunque no tienen la anotada característica de desplegar en la vivencia el principio de identidad por el mero hecho de que esos actos se efectúen por el sujeto. Entre estos actos están el preguntar, el desear, el rogar, el amenazar y, de especial interés para el problema que suscita la norma, el dar órdenes o mandar. Su vestimenta verbal ha creado confusiones entre los lógicos, confusiones multiplicadas en el caso de la norma y el imperativo por causa de una inmadura y extendida reflexión ideológica de los juristas y una interesada presión del poder político que saca partido de ello. Sin duda que estas vivencias crean un dato para la conciencia con la pregunta, el deseo, el ruego, la amenaza y la orden o imperativo; pero los datos así creados no están mentados como objetos del conocimiento por la expresión verbal con que ellos se revisten, precisamente porque la expresión verbal no tematiza acá ninguna mismidad significativa de lo expresado. Al dar la orden —"¡Cierra la puerta!", esta expresión no es el nombre de ningún objeto en su ser objeto, ni enuncia nada de la mismidad en que algún objeto consistiría para ser tal; objeto que, claro está, puede ser nombrado y discernido por sendos actos actualmente objetivantes que a su turno entrasen en relación gnoscológica con él.

<sup>20</sup> John Stuart Mill. *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, cap. II, §§ 3 y 5.

llamar a una persona Carlos o Hugo; tanto da apellidarla Pérez o Sarmiento; decide sobre lo uno o sobre lo otro un acto de voluntad, una motivación psicológica, una conformidad social; de un modo u otro, el fundamento resulta convencional, no esencial; deriva de una relación que aprehende a la persona, no de una inherencia que se contenga en el ser de la persona nombrada. Como prueba contundente de esto se invocaba el hecho que no cabe derivar nada general de un nombre propio. Pertenece a Mill la famosa comparación que evoca a este respecto un cuento de *Las mil y una noches* con estas palabras: "Si, como el ladrón de *Las mil y una noches*, hacemos con tiza una señal en una casa para reconocerla, la señal tiene un fin; pero no tiene, propiamente hablando, ninguna significación. La tiza no nos enseña nada sobre esta casa; ella no dice: 'es la casa de tal persona' o 'esta casa contiene botín'. La señal no es más que un medio para distinguirla. Y me digo a mi mismo: 'todas estas casas se parecen de tal modo que si las pierdo de vista ya no podré distinguir de las demás la que estoy mirando en este momento; es preciso, pues, diferenciar la apariencia de esta casa de la de las demás, para poder más tarde, viendo la señal, conocer, no un atributo cualquiera de la casa, sino simplemente que es la misma casa que yo estoy mirando en este momento'. Morgan marcó de la misma manera, con tiza, todas las demás casas e hizo fracasar el intento. ¿Cómo? Simplemente destruyendo la diferencia de apariencia entre esta casa y las demás. La marca de tiza estaba allí aún; pero no podía cumplir el oficio de marca distintiva."

Y prosigue así:

"Cuando se pone un nombre propio se hace una operación análoga a la que el ladrón se propuso con su tiza. Ponemos una marca, no sobre el objeto mismo, sino, por así decirlo, sobre la idea de este objeto. Un nombre propio no es más que una marca insignificante que unimos en nuestro espíritu con la idea del objeto, para que siempre que la marca hiera nuestros ojos o nos venga al espíritu podamos pensar en este objeto individual. No estando ligado a la cosa misma no nos sirve como la tiza para distinguir el objeto cuando lo vemos; pero nos sirve para distin-

guirlo cuando se habla de él o nos viene a la memoria; para reconocer que lo que es afirmado por una proposición de la cual es el sujeto, es afirmado de *esta cosa individual de la cual teníamos anteriormente conocimiento*.<sup>21</sup>

Respecto de los nombres comunes Mill cree, sí, que están ligados a las cosas que ellos nombran y no a las ideas de dichas cosas, es decir, que él cree que "no son simples marcas sino marcas significativas, siendo su connotación lo que constituye su significación; mientras los nombres propios únicamente denotan, los nombres comunes connotan además de denotar como aquellos lo cual explicaría su aptitud para soportar inferencias. Pero a pesar de esta inflexión, el verdadero problema donde se origina y radica toda la temática filosófica del nombre y del nombrar subsiste aquí en los mismos términos que para los nombres propios, en la medida en que ese problema está escamoteado en la frase "...esta cosa individual de la cual teníamos anteriormente conocimiento" que hemos subrayado más arriba. En efecto, Mill reconoce la primordial función indicativa de los nombres comunes, si bien aclarando que *no es ésta su única función* y acentuando que "un nombre general o común es susceptible de ser aplicado con verdad y en el mismo sentido a una cualquiera de una cantidad indefinida de cosas. En cambio el nombre individual o singular no puede ser afirmado con verdad en el mismo sentido más que de una sola cosa". (Este nuevo subrayado también es mío.)

Ahora bien: ¿qué es este conocimiento de origen, que invoca Mill sin aclarar, y de qué lo es, referido a una cosa individual y siendo un primer conocimiento puesto que se reconoce haberlo ya adquirido anteriormente? La referencia individual conviene no sólo al nombre propio sino que también al nombre común (v. gr. este libro), como lo consigna la expresión que acabo de subrayar.

<sup>21</sup> Tome nota el lector de la frase subrayada pues ella autoriza a preguntar qué es semejante conocimiento anterior y acerca de qué lo es, cosas que Mill silencia eludiendo formular las preguntas correspondientes. Ya veremos lo que hay de fundamental en este vacío.

Podemos anticipar las respuestas correspondientes si tenemos en cuenta que sólo existe lo individual. A esta verdad ya la conocía Aristóteles. No existen el perro ni el mármol; sólo existen este y aquel perro; este y aquel pedazo de mármol en las canteras, en una estatua o en un friso. Podemos, pues, repetir con Husserl que "la experiencia directa sólo da cosas singulares, nunca universales".<sup>22</sup> Sobre esta base podemos decir que aquel conocimiento de origen es el que emerge de nuestro primer contacto con el ente y, en este sentido, es, en rigor, el que corresponde a nuestro contacto permanente con la *existencia del ente*, cosa que recién a *posteriori* podemos hacer explícita mediante un juicio de existencia.<sup>23</sup> No es que el nombre sea él mismo ya un juicio de existencia, porque esto es una eventualidad explicitante posterior. El nombre no enuncia; el nombre, ante todo, nombra; y en ello el nombre de una cosa reconoce *por presencia* la existencia de una identidad; reconoce que algo "lo mismo" está ahí dando soporte al nombre que lo nombra. Y si aquel conocimiento de origen es el que corresponde al contacto permanente con la existencia del ente, ahora advertimos que él versa sobre la presencia del ente existente. Heidegger ha advertido plena y cabalmente esta doble importancia ontológica del nombre y del nombrar.<sup>24</sup> El nombre viene a juego en razón de la presencia de una cosa según la presenta su existencia en conjunto, pues la existencia, siendo algo indefinible, está sin embargo bien aludida como para ser comprendida diciendo que ella es un "estar" que está donde es, es decir, donde *su consistir quedare determinado*. José Gaos ha encontrado la expresión casi óptima para formular esta radicación refiriéndose simplemente a una *existencia intencional*, única omnicomprendiva de los diversos alcances que puede tomar

<sup>22</sup> Husserl. *Ideas*, §§ 2 y 20.

<sup>23</sup> Esta radicación de los juicios de existencia hace desaparecer la reconocida inmanejabilidad lógica de ello. Los lógicos que a un juicio de existencia como "esto existe" lo traducen en "esto es un existente", falsean el problema, según veremos, y trabajan con una caricatura.

<sup>24</sup> Heidegger, el breve ensayo *Hölderlin y la esencia de la poesía* y también, por cierto, *Introducción a la Metafísica*, cap. iv.

el vocablo "existencia", ya que no se trata exclusivamente de la existencia física.<sup>25</sup> Los números, por ejemplo, tienen una indudable presencia ideal, así como un árbol tiene una presencia física o una emoción una presencia psíquica; y así como Dios o Luzbel habrían de tener una presencia metafísica si cupiera demostrar racionalmente su existencia o se pudiera convalidar la experiencia mística con tamaño alcance.

Por lo demás es cosa bien sabida que al nombrar hay un aspecto convencional y de arbitrio, tácito o expreso, en la elección del nombre como vocablo. Pero hay en ello también un referirse significativamente a algo que se presenta a la intuición como "la misma presencia",<sup>26</sup> aunque desconozcamos todavía su consistir y sin que importe que para la mismidad existencial así significada, proviniendo de una experiencia que repite su contenido,

<sup>25</sup> José Gaos, *De la Filosofía*, p. 279 (México, 1962, Fondo de Cultura Económica): "Pero en todo caso podría hablarse de *existencia intencional* para designar la de los objetos en los conceptos de ellos: si los objetos *no son* los conceptos de ellos, es que los objetos tienen su existencia, real o ideal, fenoménica o metafísica, física o psíquica, aparte de los conceptos con su existencia real, fenoménica, psíquica; pero en cuanto que los conceptos son *de* los objetos, tienen éstos *en* los conceptos una *existencia intencional*, porque no hay expresión mejor para designar fenómeno tan *sui generis*: una *representación* de los objetos en sus conceptos."

Por mi parte y por las razones que expongo en el texto, adopto la feliz expresión de Gaos con la variante de decir "presencia intencional" en vez de decir "existencia intencional", que me parece, dentro de la misma orientación, más precisa como connotación y más de acuerdo con lo que personalmente alcanzo a ver en una aproximación fenomenológicamente descriptiva referente a la existencia. Hasta hoy y a falta de una expresión mejor me conformaba con decir que "la existencia está *donde* ella es", como se consigna también en el texto, aunque el "donde" que en el caso se emplea tiene apenas una significación analógica. Mi nueva expresión, promovida por la Gaos, es mucho mejor.

<sup>26</sup> Platón ha advertido la cuestión con sorprendente anticipación. Sócrates manifiesta en el *Cratilo* que con el nombre "nosotros distinguimos las cosas de acuerdo a su naturaleza" (388, b). Y más adelante: "Así, Hermógenes, no le corresponde al primer llegado establecer el nombre, sino a un hacedor de nombres... Es el arte sano que más escasamente se encuentra entre los humanos" (389, a).

efectuemos la denominación a posteriori determinados por tal repetición, o, al revés, que demos la denominación sobre la primera experiencia como un programa para aludir a las futuras experiencias de lo mismo.

En todo esto, claro está, hay que entender correctamente el alcance de la presencia a que aludimos y en la que se soporta la experiencia de la existencia que nombran los nombres, así como también el juicio de existencia que podamos formular y sostener después discursivamente. Nos referimos a esa existencia intencional, bautizada así por José Gaos, que ya hemos discernido más arriba, es decir, a la existencia que corresponda a la intencionalidad del acto de conciencia que estuviere en juego, pues únicamente esa existencia intencional conjuga la común objetividad de toda presencia y las diversas clases de presencia privativas de los diversos objetos.

Pero además y sobre todo hay que respetar descriptivamente la peculiaridad de los juicios de existencia para no discurrir sobre una caricatura de ellos, pues estos juicios, no obstante ser juicios, son diferentes de todos los otros juicios en la medida en que excluyen la copulación del verbo ser de manera automática por las siguientes razones:

1º) Porque esta cópula resulta redundante y sin función en los juicios de existencia en cuanto que no cabe incorporar la existencia al juicio, predicándola (como cuando se dice v. gr.: "esto es un existente" en lugar de "esto existe"), si ya el juicio en total está refiriéndose, sin más y sin menos, a la misma existencia, que es lo que ocurre cuando simplemente decimos "esto existe" o "hay un hombre". En esta situación el verbo ser estaría siendo una cópula sin función porque pretende verter agua en un vaso que ya está colmado precisamente de agua.

En efecto: Los juicios de existencia se presentan atípicos en cuanto que no aparece en ellos el verbo ser; son rebeldes porque imponen una visible tortura al lenguaje expresivo cuando se quiere encontrar en sus entrañas el verbo ser; y resultan, por ambas cosas y en alguna medida, lógicamente inmanejables dentro de los

recursos conceptivos de los cánones tradicionales. En concomitancia con esto, son juicios que declaran la presencia del ente y nada más; su referencia es al ente en cuanto tal, al ente en sí y a nada más.<sup>27</sup> En tal sentido estos juicios enuncian, claro está, la presencia de la existencia sin poder enunciar nada más ni nada menos porque la existencia como tal no admite ningún más ni ningún menos. De la existencia como tal sólo es enunciable su presencia y por ello la existencia resulta indefinible. Y por eso cuando se intenta integrar el juicio de existencia con un predicado él mismo existencial también, reemplazando el verbo "existir" por el verbo "ser", encontramos que este reemplazo tiene una ejecución vacía por ser sustantivamente de ejecución imposible en la medida en que el verbo ser, a pesar de su intromisión formal, queda forzosamente sin función copulativa. En efecto: no puede cumplir su designio de incorporar al sujeto de la proposición la existencia mentada por el predicado porque el objeto-sujeto de la proposición ya posee esa misma existencia tanto como el concepto-sujeto de la proposición ya contiene esa misma mención. Cuando afirmo "esto existe", el pronombre "esto" está car-

<sup>27</sup> Kant, en la *Crítica de la razón pura*, sección *El ideal de la razón pura*, cap. IV, ya columbró suficientemente este tema cuando decía que la existencia no es realmente un predicado, es decir, un concepto pormenorizado de algo que pueda añadirse al concepto de una cosa. La existencia es sencillamente la positura en sí de una cosa, su "estar puesta" en sí, su estar dada. "Por medio del concepto —agregaba— el objeto es pensado solamente como concorde con las condiciones generales de un posible conocimiento empírico cualquiera" (esto es, encuadrado dentro de las determinaciones de las categorías de entendimiento), "mientras que mediante la existencia se lo concibe estando dado en el contexto de toda la experiencia." Y cuando con este motivo formula su famoso ejemplo de que "cien escudos efectivos no contienen en absoluto nada más que cien escudos posibles", recalca de inmediato que los primeros significan el objeto y su posición en sí, en tanto que los últimos significan el concepto del objeto, esto es sus determinaciones ideales de posibilidad. Estas posibilidades están dadas allí y solamente pensadas aquí. La tesis central de Heidegger, viene también en apoyo de esto: La existencia es originaria; no es un predicado. La Metafísica precede a la Lógica y no al revés. (*Qué es metafísica?* Sección 2<sup>a</sup>).

gado de existencia si pienso el algo así nombrado; y está efectuando la mención de este algo si me refiero a su función denotativa. En los juicios de existencia se produce de esta manera una exclusión automática del verbo "ser" para expresar la copulación, así como también la produce el verbo "estar" cuando el asunto es mentar la presencia de los entes destacándola sobre el correlativo tiempo presente del ente en mostración.

En este análisis, al hablar del reemplazo del verbo "existir" por el verbo "ser", he hablado de una ejecución *sustantivamente* imposible y de una cópula proposicional que quedaría sin función lógica. Debo aclarar el alcance de estas expresiones. Quiero decir, en forma limitativa, que aquel reemplazo, dada la necesaria redundancia en que cae el verbo "ser" en esa circunstancia, no puede abrir ningún nuevo camino para ulteriores conocimientos posibles. Como empresa epistemológica, midiéndola por su fecundidad científica, es una empresa negativa.

Pero habida cuenta la función lógica suprema que la tautología adquiere dentro de la Lógica matemática, procede ver todavía si la sustitución del verbo "existir" por el verbo "ser" dentro de los juicios de existencia, no comporta expresar una verdadera tautología que justifique, con puro alcance formal al menos, esta hiriente intromisión lingüística del verbo "ser".

2<sup>o</sup>) El punto de partida está en la idea de que la proposición

1/ *Esto existe*, significa, en rigor,

2/ *Esto es un existente*, siendo ambas proposiciones sinónimas porque expresarían exactamente la misma cosa. La tesis habría de alcanzar una total claridad con sólo explicitar el sujeto de una y otra proposición recurriendo al recurso, lógicamente legítimo,<sup>28</sup> de aclararlos mediante una oración nominal que articularía el pronombre relativo "que", en esta forma:

3/ Esto, que es un existente, existe; y

4/ Esto, que existe, es un existente.

<sup>28</sup> Husserl, *Investigaciones lógicas*, Quinta, §§ 35 y 36.

Lo enunciado en 3/ es, ciertamente, tautológico porque el predicado "existe", siendo unívoco, resulta redundante con relación a lo que expresa el concepto-sujeto. Pero no ocurre lo mismo con lo enunciado en 4/, como cabría esperar, porque la determinación cuantitativa del "un" no está contenida ahora en lo que expresa el concepto-sujeto de la proposición, de modo que no hay aquí una total y simple repetición. Cabe, en efecto, que lo que existe fuese una pluralidad de existentes en vez de un existente, cosa que no obliga a modificar la enunciación del concepto-sujeto de la frase. Que en el caso sea lo uno o lo otro, sólo se sabrá *a posteriori* por la determinación cuantitativa que trae el predicado como novedad propia dentro de la enunciación completa.

Podemos, sin duda, alcanzar la tautología diciendo de esta otra manera:

5/ Esto, que es una pluralidad y que existe, es una pluralidad existente; y

6/ Esto, que es una pluralidad existente, es una pluralidad y existe.

El problema podría igualmente haberse formulado así:

5 bis/ Esto, que es una unidad y que existe, es una unidad existente; y

6 bis/ Esto, que es una unidad existente, es una unidad y existe.

Con lo uno y con lo otro la tautología es evidente, sea por la vía predicativo-normal que presenta en el primer momento, sea por la nominal-predicativa que presenta en el segundo, lo que no afecta a la tautología del ejemplo atento a que de una y otra manera se afirma la misma cosa del mismo objeto, es decir, que la misma situación objetiva corresponde a ambas menciones.<sup>29</sup>

Si tomamos como punto de partida la otra modalidad de las expresiones existenciales (por ejemplo: "hay un hombre"), se puede efectuar un desarrollo análogo y llegar al mismo resultado;

<sup>29</sup> Husserl, *Investigaciones lógicas*, Quinta, § 35.

pero es innecesario duplicar la demostración. De cualquier manera y en la medida en que el desarrollo analítico efectuado más arriba llega forzosamente a las enunciaciones 5, 6, 5 bis y 6 bis, quedan en claro tres cosas; a saber:

Que estas últimas enunciaciones pueden formalizar una tautología porque ponen en juego dos juicios, uno de existencia y otro conceptivo o determinativo de alguna posibilidad enunciable como consistir de un ente.

Que no hay tautología en el planteamiento inicial dado por las enunciaciones 1/ y 2/, porque en 1/ se contiene un único juicio de carácter existencial y en 2/ hay ya dos juicios, uno existencial y otro conceptivo o determinativo. Bajo la apariencia de una tautología, hay en verdad una distorsión del sentido tautológico y una evasiva respecto del juicio de existencia que no admite ser reconducido a la expresión: "esto es un existente".

Que en cuanto se ponen en juego dos juicios con la anotada diferencia (uno existencial y otro determinativo) para elaborar conceptos en un concepto omnicompreensivo como sería el de Dios, la problemática de los juicios de existencia, ya no es posible escapar al inmortal análisis contenido en la *Crítica de la razón pura* que he recordado más arriba. No cabe confundir la posibilidad denotada por el concepto con la efectividad contenida en la existencia, ni siquiera mediante el truco de conglomerar todos los conceptos en un concepto omnicompreensivo como sería el de Dios, razón por la cual la existencia de éste escapa indefectiblemente a toda demostración racional rigurosa. Por eso es radicalmente ilegítimo buscar la expresión tautológica de un juicio de existencia recurriendo a la versión conceptual de las determinaciones predicativas que ejercita el pensamiento puro como posibilidades de racionalización. Kant vio perfectamente que un juicio de existencia sólo denota la presencia del ente y nada más.

Y en esto mismo está la importancia de los nombres en general y en especial de los nombres propios, que tienen en ello su única función y no ya su principal función como los nombres comunes. El nombre nombra la presencia del ente con independencia —y por lo común con anterioridad— a la formulación judica-

tiva del juicio de existencia, pues hay una presencia viablemente nominativa de la existencia apta para nombrar tanto como hay una presencia viablemente judicativa de la existencia apta para juzgar. Y en la medida en que reconocemos esta presencia viablemente nominativa, reconocemos también la importancia lógica del nombre y del nombrar y reconocemos asimismo que el nombre puede ser anterior al juicio tanto como el juicio puede ser anterior a la nominación, como ocurre con frecuencia en los descubrimientos científicos de la ciencia contemporánea. Pero cabe algo más; cabe que el origen del lenguaje haya sido nominativo más que judicativo; e incluso que los nombres del comienzo hayan sido los nombres propios.<sup>30</sup> Si la cuestión existencialmente

<sup>30</sup> Esta tesis encuentra un fundamento atendible en la estructura radicada o situacional de la existencia humana. La vida humana es "un-estarsiendo-en-el-mundo", señala Heidegger, "yo soy yo y mi circunstancia", dice Ortega y Gasset "el mundo está todo adentro y yo estoy afuera de mí", sostiene Merleau-Ponty. En esta radicación los verbos transitivos y reflexivos se corresponden inmediatamente con el sujeto, no requieren para ello la mediación de nada pues denotan la actividad o actuación del propio yo que se extrae o se introvierte; en cambio los nombres singulares (Carlos, esta silla, etcétera) se corresponden de la misma manera, esto es, sin mediación de nada, con los entes de la circunstancia y por eso nos sirven para tomar situación.

Ahora bien; procede atender a cómo la espacialidad terrestre es vivida en su individuación con un doblaje ilimitado de nombres propios que llamamos topónimos. No se trata solamente de la designación de los continentes, las naciones o las provincias (América del Sur, Argentina, Tucumán). El campesino designa los parajes de su campaña con notable y elástica precisión llamándolos "La Ramada", "Cruz Alta", "Arroyo Seco", "El Talar", "Cancha Rayada", "Carabobo". Y el hombre de las grandes ciudades modernas efectúa la misma tarea refiriéndose a sus barrios: "Chacarita", "San Telmo", "Palermo", "Copacabana", "Manhattan", "Picadilly". Más aún: en la designación numeral de las casas de una ciudad, el número que a cada una se le asigna —que nada tiene de entidad aritmética— es un nombre propio tanto como el numeral o el toponímico de la calle en que estuviere; aquél y éstos juegan, para individualizarla, exactamente como el nombre de pila y el apellido respecto de las personas. En este orden de ideas, cada 'número' de la ruleta tampoco es un número; es el nombre propio de una determinada y singular casilla del volante donde gira la alocada bolita de azar en la mesa en que juega quien hace semejante referencia.

Sin que sea necesario creer en forma muy rigurosa que en todo proceso filogenético se reproduce el proceso ontogenético que le fuere relativo, ilustra bien nuestra tesis el aprendizaje infantil del habla. Los párvulos, habiendo pasado la etapa en que el llanto y la sonrisa son su único o su principal medio expresivo, cuando ya comienzan a recurrir al idioma para expresarse, lo hacen nombrando algo de la situación en que están precisamente para ubicarse en ella como proyecto y actuación mediante alguna presencia o alguna carencia que en ella misma hubiere. Los párvulos pronuncian solamente un nombre para denotar lo que desean. Cuando quieren comer y su vocabulario es incipiente, dicen "papa" y nada más, sobre la base nominativa de que "la papa" designa su comida, cualquiera sea la integración que ella tenga en el momento, todo alimento es "papa" y este nombre la basta para comenzar su lenguaje expresivo en tal situación, puesto que la única papa cuya presencia un niño identifica a esa edad es la que será por él ingerida. El gobierno de la situación con sus presencias sobre el párvulo es innegable y resalta a primera vista; el proyecto vital del párvulo es casi puramente receptivo de la situación y no transformador de ella; domina la estampación situacional sobre el programa.

Cabe recordar, por cierto, que Bergson en *Matiere et Mémoire* defiende brillantemente la tesis de que en el principio fue la acción y no el verbo, invocando para ello ejemplos esclarecedores de la patología mental. Allí se muestra que los verbos son las significaciones idiomáticas más profundamente enraizadas en la psico-fisiología cerebral, por lo cual son las últimas palabras cuya significación olvida la mente; primero los nombres propios, luego los nombres comunes y por último los verbos; tal es la amnesia natural de la vida. Pero esta tesis no contradice sino que complementa la que aquí yo sugiero con relación a los nombres propios en sentido lato, pues una cosa es lo que con la niñez comienza y otra lo que con la senectud o la enfermedad concluye. En lo primero domina la situación en la que hay que instalarse, la que, estando integrada por entes, computa la denominación de los mismos puesto que hay contar directamente con su presencia y su identidad en la tarea ineludible de tomar situación, con que el párvulo afronta sin ningún proceso autoreflexivo que lo haga consciente del papel que en ello juega su inconsistente yo de protagonista. En cambio en aquello que concluye con la senectud o la enfermedad mental, domina la actuación del sujeto programático que como tal expresan los verbos transitivos y reflexivos. Y en esto hay una primera y vaga reflexión permanente sobre un yo ya consistente en razón de que la vida pasada en conjunto cada vez subsiste con mayor claridad y peso en el presente que estuviere siendo vivido. Esta vida que subsiste en el presente, subsiste en primer término como la conciencia de que el sujeto la fabricó en alguna medida por el ineludible hecho de que, participando en ella, su actuación decidía sobre la

originaria es tomar situación contando con la existencia individuada del ente, entonces la mención temática de su presencia se impone como primera cuestión y desplaza a la mención analítica del consistir, por muy vaga que resulte a este respecto la mención nominativa limitada acaso a un "lo mismo" en algo. Para la desnuda referencia unirradial a la presencia de algo como "existiendo en su 'ahí'", el nombre propio se desempeña con una eficacia y claridad inigualadas, tanto como es nulo y opaco su desempeño en la referencia plurirradial de la predicación que, cuando mediante él se efectúa, se revierte a un juicio de existencia que mal puede ser disimulado a pesar de la formulación. Tal así cuando decimos: "Este joven alto, trigueño, de melena ondulada y barba es Ernesto Guevara."

• • •

De las reflexiones precedentes emerge con claridad la importancia teórica que tiene haberle dado un nombre a esta nueva rama de la Lógica cuya copulación se expresa con el verbo "deber ser". En tal sentido "lógica del deber ser", "lógica normativa" y "lógica deóntica" son las tres denominaciones sinónimas que hoy concurren a ello en un pie de igualdad.

Pero además de nombrar, los lógicos saben que cabe distinguir entre nombrar simplemente y nombrar bien. En lo primero, que está en el origen lingüístico de modo irremediable, domina

individuación existencial correspondiente. En este sentido, el hecho de que la vida pasada que subsiste y que es cero en la conciencia del párvulo, pasa a ser cada vez más, en virtud de su consistencia, el principal dato de la circunstancia de cada cual, es algo que está integrándose con la conciencia de aquel pasado en conjunto como conciencia de autoría.

Ser autor de la propia vida, que es algo ineludible y forzoso, es algo que cumplimos como actores porque actuar es actualizarse. Por eso cuanto más vivimos, más sabemos que somos autores y de qué somos autores. En ello la nominación aprehensora de la situación y la verbalización proyectiva de la actuación se complementan existencialmente sin incongruencias de ninguna especie. Y así en la conciencia infantil los nombres tienen un predominio que sólo después y poco a poco van compartiendo con los latentes verbos que adquieren presencia en la conciencia del adulto en la medida en que crece y madura la presencia de la autoría.

la dimensión de arbitrio y de convención tácita o expresa inserta en todo lenguaje; en lo segundo el nombre contiene alguna connotación teórica que sirve para juzgar en la medida en que da un apoyo a posibles inferencias.<sup>31</sup> Así, llamar "hidrógeno" al hidrógeno o llamar "oxígeno" al oxígeno es tan arbitrario como llamarlos "H" u "O", de acuerdo al lenguaje vigente en los laboratorios de química; y tan arbitrario como llamar "agua" al agua o llamarme a mí "Carlos". Pero ya no es pura convención o arbitrariedad llamar al agua "H<sup>2</sup>O", porque este nombre denota que el referido líquido se constituye con dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. La estructura adecuada y el vocabulario unívoco que guían, con más o menos éxito, a todo lenguaje técnico, lucen en este ejemplo con singular transparencia. "H<sup>2</sup>O" es un nombre que no es informativo únicamente de la existencia de algo que existe sino que informa también sobre el consistir de ese algo. No sólo denota un algo en su presencia intencional sino que además le connota atributos, como ocurre con los nombres compuestos del lenguaje (criselefantino, correveidile, etcétera). Y cuando esta connotación versa sobre atributos necesarios se ha alcanzado el desiderátum verbal de lo que hoy se llama un lenguaje técnico.

Ahora bien; en este sentido, con relación a las tres denominaciones que tenemos para nombrar la Lógica jurídica, ha de reconocerse que la que mejor la denomina es la que designa como lógica del deber ser en cuanto que esta locución es más con-

<sup>31</sup> El lenguaje técnico es el modelo ejemplar como madurez de este problema lógico, porque tiende sistemáticamente a hacer desaparecer la ambigüedad inherente a los lenguajes naturales, reajustándoles la estructura y el vocabulario. La ambigüedad expresiva de los lenguajes naturales parece ser algo insuperable, como Mill lo atisbó con acuidad en un pasaje sin desperdicio: "Los sabios mismos han contribuido a esta perversión del lenguaje, algunas veces porque no han sabido más que el vulgo y otras por aversión hacia las palabras nuevas, que en todas las materias con vigencia y no técnicas nos lleva a hacer servir la antigua provisión de palabras para expresar una cantidad siempre creciente de objetivos y de distinciones, y, por consiguiente, a expresarlas de una manera cada vez más imperfectas" (*Sistema de Lógica inductiva y deductiva*, cap. 11, § 5, última sección).

notativa que las otras, a la par que permite percibir su connotación más fácilmente, sin rodeos de ninguna especie. En efecto: la contraposición entre el ser y el deber ser es de fácil percepción porque ella misma es intelectivamente evidente. Y la referencia definitoria al deber ser, dejando a un lado el deber ser axiológico que no entra en la tematización del *logos*, recae tanto en el deber ser lógico como una lógica normativa apta para discurrir proyectivamente, cuando en el deber ser existencial como una lógica de la libertad apta para actualizarnos, en que se sustantivaría semejante tipo de pensamiento discursivo si uno desea llevar su problemática hasta el fondo filosófico de las cosas, sin limitarla convencionalmente mediante el artilugio de postular por anticipado las reglas del juego como una simple combinatoria de posibilidades.

La denominación "Lógica normativa" también es connotativa, aunque en menor grado, en cuanto que su referencia se limita al deber ser lógico. Esto presupone, claro está, la aceptación de la elaboración kelseniana relativa al mero valor copulativo del deber ser, sin lo cual no habría un fundamento fenomenológico para descartar las acepciones más tradicionales del vocablo "norma" (modelo intrínsecamente valioso, regla de conducta y otras semejantes), cosa que el descubrimiento kelseniano, medido fenomenológicamente desde más allá de su racionalismo neokantiano, permite efectuar con intelección y no por mera construcción decisoria.

La designación menos adecuada es la de "Lógica deóntica", pues esta calificación, derivación de deontología, se refiere etimológicamente a deberes, no obstante que aquí va a ser referida a algo donde no juegan deberes de ninguna especie. El uso que de ella hace von Wright no complementa sino que repudia el alcance con que la usaron su creador Bentham y su ilustre seguidor Rosmini. Ambos la elaboran guiados todavía por su sentido etimológico. Y si nos atenemos a esta procedencia del vocablo, el uso que le imprime von Wright es totalmente fruto de su arbitrio y espurio respecto de su origen. Cabe reconocer entonces que este uso técnico se ha impuesto debido a la extraordi-

naria tarea de análisis simbólico cumplida al respecto por el maestro finés. En su denominación hay la creación discrecional de un nuevo significado más que el desarrollo o ahondamiento de un significado heredado de generaciones anteriores. Ese nombre en von Wright no connota absolutamente nada de lo que está aludido en la ciencia de la moralidad de Bentham ni en la búsqueda de la perfección del ente de Rosmini. Por eso von Wright, ya lo destacamos, en su curso de 1968 en la Universidad de La Plata, se sintió obligado a distinguir entre la forma moderna por él iniciada y la forma antigua, existentes en el uso de la denominación "Lógica deóntica".

. . .

Resumiendo: la primera de las tareas prometidas en el exordio ha quedado cumplida sobre las siguientes conclusiones:

1/ La prioridad de una denominación para este sector de la Lógica donde el verbo "deber ser" (*sollen, must*) resulta constitutivo, no corresponde a von Wright, que cumplió este cometido recién en 1951, sino a la Escuela Ecológica que lo cumplió en 1941 con un nombre expreso y destacando el exclusivo carácter copulativo de ese verbo en la proposición jurídica. En el seno de esta escuela sus adeptos lo vienen usando desde entonces sin interrupción y con eficacia.

2/ La prioridad de una tematización global de la novedad lógica inherente al verbo "deber ser", esto es, el ver en ello una mismidad definitoria de todo un campo de la reflexión mental gobernada estructuralmente por semejante peculiaridad, tampoco corresponde a von Wright pues Hans Kelsen la logró en 1911, haciendo desde entonces, él y sus seguidores, un efectivo uso de ella dentro de la teoría jurídica.

3/ La prioridad de un desarrollo sistemático de este tema en el plano del análisis lógico instrumentado y pormenorizado con el lenguaje de la Lógica simbólica, es una honrosa prioridad que corresponde efectivamente a von Wright.

4/ La importancia lógica que tiene el hecho de la denominación, excede, claro está, el campo analítico de la Lógica, pero es fundamental para tematizarle sus horizontes filosóficos. Y esta tarea también ha quedado aquí cumplida, acaso por vez primera, con esa dimensión existencial que Manuel Grannell previó sin ahondarla debidamente.

5/ Y también se ha dicho lo suficiente sobre el escalón que el nombre adecuado comporta dentro de la Lógica frente al ineludible nombre arbitrario original.

## LA DIALECTICA HEGELIANA - MARXISTA Y LA LOGICA JURIDICA MODERNA

NICOS POULANTZAS

Traducción: Jorge L. Rébori y Enrique E. Mari

Lo que nos ocupará en estas líneas, concebidas como respuesta a la segunda pregunta de la encuesta de los "Archivos", no será la exposición general de la teoría del conocimiento, de la epistemología de la dialéctica hegeliana y marxista.

Nos limitaremos a algunas reflexiones a propósito de las relaciones de esta epistemología, más específicamente de la epistemología marxista, y de la lógica jurídica, más específicamente de la lógica jurídica moderna.

Ante todo, por qué hablar de relaciones entre *epistemología y lógica*? Entenderemos por "epistemología" el *status teórico* que todo sistema conceptual atribuye al "proceso de pensamiento" en general y al proceso de conocimiento en particular; por "lógica", la disciplina particular que se ocupa de las *reglas*, inconscientes o conscientes, que rigen, o *deben regir*, ese proceso de pensamiento así delimitado.

Se puede de esta manera admitir, *simplemente como línea directriz y general de búsqueda*, que la epistemología de un sistema conceptual determina, por numerosas mediaciones, la naturaleza de la "lógica" que este sistema admite: es que el cuadro fundamental de esta epistemología está íntimamente ligado a las posiciones "ontológicas" que definen ese sistema, a saber más específicamente a las relaciones que él admite entre *teoría*, procesos de pensamiento y *práctica*, procesos reales. Estas relaciones remiten, por otra parte, a toda una serie de problemas concernientes a la *naturaleza y al lugar* atribuidos por todo sistema conceptual a los procesos de pensamiento y a los procesos reales.

Si esto es exacto, en tanto línea directriz de búsqueda, no se podría, sin embargo, pretender establecer correlaciones *exhaustivas* y "necesarias", entre la epistemología de un sistema conceptual y la, o las lógicas, cuya aplicación permite esta epistemología: esta observación nos será útil más adelante ya que veremos la vanidad de la pretensión de establecer relaciones entre la "dialéctica marxista" y una pretendida "lógica materialista" aplicable de un modo homogéneo a todo objeto de búsqueda "posible". Sin embargo, sujetándose a esta línea general de búsqueda, se podrían comprobar, a título de ejemplo, las relaciones que existen entre una cierta aplicación de la lógica formal moderna y el neo-criticismo kantiano. Se sabe que, según la posición ontológica del kantismo, existe una irreductibilidad profunda entre el proceso de pensamiento y el proceso real, entre la "racionalidad" y el "mundo fáctico".

En el nivel epistemológico de la Crítica de la Razón Pura crítica, este corte se manifiesta en la *formalidad apriorística* de las categorías racionales cognoscitivas, en una sistematización de las reglas lógicas, vaciadas de contenido concreto, *fundado sobre la deducción*: posición que, por otra parte, encuentra sus prolongaciones en el nivel de la Crítica de la Razón Práctica y se cristaliza en la teoría kantiana del derecho: éste es considerado como un sistema lógico-deductivo organizado a partir del imperativo categórico. Sería demasiado largo insistir aquí sobre las posiciones kantianas, tales como son *implícitamente* admitidas por toda una corriente de la *lógica formal matemática actual*: ciertas tendencias del estructuralismo formalizante, del que se puede además constatar progresos en dominios como la teoría del lenguaje, la etnología, etc., pueden ser relacionadas con las posiciones epistemológicas del neo-criticismo kantiano.<sup>1</sup> Se tratará de descubrir, tal como lo afirmaba últimamente Lévi-Strauss,<sup>2</sup> "los cercos mentales" del espíritu humano, las reglas lógicas formales que rigen,

<sup>1</sup> Ver sobre este tema G. Gastón - Granger, *Pensamiento formal y ciencias del hombre*, París 1960, P. 8-15

<sup>2</sup> *El pensamiento salvaje*, París 1961, último capítulo.

en tanto presupuestos necesarios, todo conocimiento o estructuración de los universos de "cultura". Esas reglas lógicas serán concebidas no como medios conceptuales que *dan cuenta* del sentido *inmanente* al proceso real, sino, en último análisis, como factores *donantes de sentido* de un proceso real "amorfo" en sí; lo que subyace a los análisis de esas tendencias teóricas, es siempre la irreductibilidad presupuesta entre el proceso de pensamiento y el proceso real, y la primacía que, por consecuencia, es atribuida al proceso de pensamiento.<sup>3</sup>

¿Cuál es la posición de la *dialéctica especulativa* de Hegel con respecto a la epistemología, incluso la ontología kantiana. No nos demoraremos aquí en las modalidades concretas de la *lógica* hegeliana, en sus principios dialécticos contenidos en la así llamada "gran Lógica". Haremos, simplemente, algunas observaciones a propósito de las posiciones "onto-lógicas" —según el término de E. Weil—<sup>4</sup> que ella presupone. El dualismo kantiano entre proceso de pensamiento y proceso real es superado por Hegel, cuyo pensamiento constituye el acabamiento de la corriente idealista, en provecho del dominio conceptual. No se trata aquí de una irreductibilidad entre esos dos procesos en la medida exacta en que el proceso real está enteramente "interiorizado" en concepto, no siendo ese proceso real más que una exteriorización objetiva de la Idea en su autodesenvolvimiento hacia la toma de conciencia de sí misma: en realidad no es verdaderamente "real" sino el fenómeno conforme a la esencia del concepto, siendo toda otra manifestación perceptible, arrojada en el dominio de lo "real pervertido", dominio extrañamente emparentado con la cosa "en sí" kantiana.<sup>5</sup>

¿Cuáles serán las consecuencias de esta posición en lo que concierne a la lógica —la dialéctica— de Hegel? Esta se presentará, en primer lugar, como una *lógica de contenido concreto*, y

<sup>3</sup> Ver por ejemplo, R. Barthés, "La actividad estructuralista" en "Lettres nouvelles", París, nº 32, 1963.

<sup>4</sup> Hegel y el Estado, París, 1950.

<sup>5</sup> Sobre este tema, N. Poulantzas, "El examen marxista de el Estado y el derecho actuales" en "Los tiempos modernos, agosto-set., 1964.

se conocen las críticas de Hegel contra el formalismo kantiano. Al encontrarse el proceso real —el “contenido” material kantiano— enteramente *reabsorbido* en el proceso de pensamiento, las reglas lógicas representarán aquí la racionalidad immanente de lo real, en el sentido que Hegel atribuye a este término: a saber, esas reglas serán concebidas como immanentes al proceso real en la medida exacta en que éste no es sino la exteriorización del proceso de pensamiento, en que de ahora en más *está contenido* en el proceso de pensamiento. Los conceptos de la lógica hegeliana, los conceptos “concretos-universales”, serán así conceptos de contenido concreto. Su racionalidad no consistirá más en un formalismo a-temporal que reflejaría las categorías trascendentales, eternas e inmutables, del espíritu, sino en su *temporalidad interna propia* que determina la evolución de un contenido material diluido en concepto, en suma en su *autodesarrollo* que constituye la racionalidad de la real o concepto global.

Se conocen los análisis de algunos juristas, sobre todo *Binder*, *Larenz*, y en cierta medida *Engisch*, abocados a una aplicación de los conceptos “concretos-universales” al dominio del derecho.<sup>6</sup> Apreciando la obra de Hegel y los análisis de estos juristas, se puede intentar delimitar lo adquirido de la lógica dialéctica de Hegel por la lógica jurídica: esta dialéctica ha tenido un efecto saludable en la medida en que se ha dado como crítica del pensamiento “deductivo” formal que había prevalecido durante largo tiempo en el dominio de la lógica del derecho. Este pensamiento deductivo formal, que converge en la corriente kantiana de la teoría jurídica, procedía, como lo han señalado M. Villey y Th. Viehweg,<sup>7</sup> de una *interpretación equivocada* del pensamiento aristotélico-tomista contra el que, sin embargo, explícitamente reclamaba. El mérito del pensamiento hegeliano ha sido, pues, pre-

<sup>6</sup> Binder, *Rechtorm und Rechtspflicht*, Leipzig 1912. *Filosofía del Derecho*, 1925; Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Berlín, 1963; Engisch *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heilderberg, 1953.

<sup>7</sup> M. Villey. *Curso de historia de filosofía del derecho*, París, policopiado fascículo III; Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Munich, 1953.

cisamente romper con las diversas tentativas de teorización del universo jurídico fundadas en la deducción lógico-formal de reglas jurídicas normativas, partir de ciertos axiomas apriorísticos formales.

¿Cuáles son, sin embargo, las consecuencias criticables de la dialéctica hegeliana, consecuencias extraídas de la epistemología, incluso, de la “ontología” de Hegel? Ellas proceden del carácter *especulativo* del sistema hegeliano. Hegel ha superado la irreducibilidad del proceso de pensamiento y del proceso real por absorción de este último en el concepto, entonces, finalmente, por la *identificación* pura y simple del *sujeto* y del *objeto* del estudio teórico, por la *reducción* del proceso real al pensamiento teórico del sujeto que lo estudia, por la *transparencia inmediata* del proceso real en el proceso de conocimiento. A este respecto, se podrían mencionar, las críticas que ya Marx hace, en sus “Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel” y “Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel” al conceptualismo especulativo hegeliano. Si Hegel, nos dice en suma Marx, ha hecho una justa crítica al pensamiento formalista de su tiempo, quedó prisionero de un *apriorismo abstracto*.<sup>8</sup> ¿Por qué *apriorismo*? Porque el proceso real, lo “material concreto” según la terminología del joven Marx, está considerado como exteriorización “después del hecho” del concepto, concepto ya previamente definido, de un modo arbitrario, por el pensamiento del filósofo. Por cierto, no se trata, en el caso de Hegel, de un apriorismo *formal*. Pero, en un sentido, es aún más grave. Se trata de un apriorismo conceptual que engloba la *totalidad* de lo “real”, el proceso real —el “contenido” del pensamiento formal —que se reduce a la autoproducción, al encadenamiento especulativo interno, del concepto apriori. Que esta operación se distinga de la deducción formal y del cuadro epistemológico del idealismo “clásico”, que se relaciona con un parto “dialéctico”, no cambia gran cosa la cuestión—. Señalemos, por otra parte aquí que el apriorismo conceptual no siempre y

<sup>8</sup> Sobre estos problemas ver Galvano Della Volpe, *La lógica como ciencia positiva*, Messina, 1950; Rousseau y Marx, Roma, 1964.

necesariamente está doblado por la característica del formalismo: esto no impide, seguramente, que, incluso en este caso, sea sometido a las críticas que se hayan podido hacer al apriorismo conceptual en general. Por ejemplo, la teoría platónica, la teoría fenomenológica de las esencias apriorísticas "materiales", no pueden ser asimiladas a un formalismo, aunque permanezcan teñidas apriorismo conceptual.

Este apriorismo del pensamiento hegeliano entraña su carácter *abstracto*. ¿Qué quiere decir exactamente el "joven Marx" cuando emprende la crítica del carácter abstracto de la dialéctica especulativa? Esta característica de abstracción —bien entendida— no connota de ningún modo que la dialéctica hegeliana haya descuidado el proceso real —por ejemplo, el estudio de sistemas jurídicos positivos o de las realidades económico-sociales— para confinarse al solo dominio de las "ideas". Hegel ha sabido ver bien el impacto del proceso real en el dominio del proceso del pensamiento teórico. Sin embargo, por medio de la *reducción* que realiza del proceso real al proceso de pensamiento, integra pura y simplemente el proceso real, *en tanto tal*, al dominio del concepto y no llega a rendir cuenta de las *mediaciones* por las cuales este proceso real es traspuesto en proceso de pensamiento: en esto consiste precisamente el carácter abstracto de la dialéctica de Hegel. También encontramos en los conceptos hegelianos, no la *relación fundada* de esos procesos, sino la simple *juxtaposición* de una *especulación apriorística* con *datos fácticos empíricos*. La Policía del Estado prusiano se presenta como el concepto apriorístico "concreto-universal" del Estado de un momento "dialéctico" de su auto-desenvolvimiento, la herencia de la persona física del monarca como la de la soberanía, etcétera. Dicho de otro modo, los conceptos hegelianos tienen "*un contenido concreto*" que sin embargo no es más la *irrupción inmediata* del proceso real en el proceso de pensamiento. Permanecen abstractos en la medida que no llegan, a raíz de su apriorismo especulativo, a *rendir cuenta* de ese proceso real. La problemática especulativa precisamente está caracterizada por

esta *polarización invariable* entre el apriorismo abstracto y el empirismo vulgar.

Llegamos así a la dialéctica marxista. Según una interpretación corriente que ve en la dialéctica marxista la "inversión", la "puesta sobre los pies" de la dialéctica especulativa de Hegel, la "lógica dialéctica presentaría esencialmente un carácter "material concreto". El proceso del pensamiento constituiría un simple "reflejo" del proceso real, la teoría dialéctica habría simplemente liberado las leyes inmanentes en lo "material concreto": el apriorismo especulativo abstracto sería reemplazado de golpe por el empirismo de lo concreto. En ese cuadro, la noción de "formalismo" reviste la función de una palabra de orden que sirve para designar todo pensamiento que no esté "inmediatamente anclado en lo real", substituyendo aquí el fetichismo del "contenido material concreto" al fetichismo clásico de la "forma" apriorística.

Nada más falso que esta interpretación del marxismo que lo reduce a una inversión de Hegel, que ve en él la réplica invertida del apriorismo especulativo abstracto, en suma, que considera al marxismo, con arreglo al plan de la teoría del conocimiento, como un *empirismo sensualista*.<sup>10</sup> En realidad, Marx, en oposición a Hegel, jamás *redujo* el proceso de pensamiento al proceso real —para conservar la misma terminología que hemos adoptado aquí— de la misma manera que Hegel reducía el proceso real al proceso de pensamiento. Marx, según el sentido que atribuye a la noción de real, reconoció, en lo que concierne a la *teoría* y a la *práctica*, dos dominios *diferenciales* de la "realidad", con autonomía propia, invistiendo el dominio de la práctica el papel determinante en última instancia.

Es verdad que Marx no ha dejado de ningún modo, como fuera el caso de Hegel, una "*Lógica*". Esta lógica puede ser sin embargo extraída del estudio del "Capital" su obra fundamental de madurez. Se puede —a través de este estudio— delimitar ciertos principios epistemológicos que nos serán útiles aquí a fin

<sup>10</sup> Ver también L. Althusser, La revolución teórica de Marx, Paris, 1965.

de ver las relaciones entre la lógica marxista y la lógica moderna. Se encuentra, en primer lugar, en el "Capital", una crítica del "apriorismo especulativo". Marx se erige no sólo contra el apriorismo formalista deductivo, sino contra toda forma de apriorismo, aunque se trate de un apriorismo "de contenido concreto". Muestra que los *conceptos teóricos* que se emplean en el dominio del conocimiento científico, tienen una *génesis* histórica. En el caso, más particularmente, de las ciencias del hombre, esos conceptos se aplican a un "objeto" de búsqueda que en sí mismo no está constituido sino por una evolución histórica resultante de ciertas estructuras históricamente determinadas.

¿Quiere decir, sin embargo, que la teoría marxista repudia por eso el uso del "pensamiento formal", incluso, por ejemplo, de la lógica formal actual bajo su forma matemática? El problema es aquí más delicado, aunque sea más que evidente que no se pueda rechazar en nombre de una pretendida dialéctica materialista "de contenido material concreto", toda forma de pensamiento que no se reduzca a un empirismo sensualista. Pues, para Marx, y en la medida que él admite una autonomía y especificidad propias del dominio teórico, este dominio *tiene también un "objeto" propio*. Este objeto, *en tanto objeto de búsqueda teórica*, no es una realidad cualquiera ya "dada", en lo "material concreto", sino un *objeto construido por la teoría*. Tomemos por ejemplo los análisis de Marx concernientes al nivel económico: el objeto de la teoría económica no es, como para los economistas ingleses Ricardo, Smith, etcétera, el comportamiento del *homo economicus*, la conducta concreta y empírica de individuos-sujetos económicos a partir de ciertas "necesidades materiales". El objeto de la teoría económica, según Marx, está constituido por ciertas *estructuras de producción*, por un "modo de producción" históricamente determinado. Este "modo de producción" no está, sin embargo, *dado* en ninguna parte, en el interior del proceso de lo real, en una *inmediatez perceptible* cualquiera. Ese modo de producción constituye un concepto: es "objeto" de investigación en la medida en que la teoría, que no *refleja* simplemente lo real, sino que *transforma*, por su trabajo propio, la percepción de lo

real en *conocimiento científico*, constituye eso real en "objeto" del proceso de pensamiento.

Sin embargo, si todo objeto de búsqueda teórica es ya un objeto teóricamente construido, se puede percibir allí el papel que juega, a este respecto, *la abstracción formal*. No se podría insistir aquí sobre este problema epistemológico marxista capital: remarquemos en todo caso *ya* que, en el cuadro de la especificidad de la "teoría" que el marxismo admite, los conceptos científicos no pueden, de ningún modo, identificarse con los conceptos "concretos-universales" de Hegel. En efecto, no se trata aquí, de transponer, *tal cual*, un "contenido material concreto" cualquiera en el interior de un concepto *a priori*; se trata de elaborar conceptos que, por medio de la abstracción y la formalidad características *en general* de toda conceptualización científica, den cuenta de un objeto históricamente determinado en tanto *objeto de investigación teórica*.

¿Cuáles son, en este contexto, las relaciones de la dialéctica marxista y la lógica moderna formal en sus formas axiomáticas y matemáticas? La respuesta a esta pregunta no se puede obtener *completamente* de las notas mencionadas más arriba, a saber, del hecho de que el marxismo admite la abstracción y el formalismo metodológico como presupuestos necesarios de toda conceptualización científica. En efecto, la lógica moderna está caracterizada por un tratamiento particular de símbolos y signos, por un contenido particular de abstracción y formalidad. Faltaría aquí, profundizar las posiciones epistemológicas generales del marxismo. El marxismo reconoce la especificidad de ciertos niveles de la realidad social —a través de su derecho—, *la especificidad* de ciertos objetos de búsqueda teórica a los que corresponde un tratamiento científico *adecuado*. Este "objeto", no nos cansamos de repetirlo, constituye en sí mismo un nivel real particular históricamente determinado, al que corresponde un tratamiento científico por medio de conceptos también históricamente determinados. También podría admitirse que algunos de esos objetos de las ciencias humanas —por ejemplo, los sistemas jurídicos de algunas formaciones sociales— son susceptibles de un

tratamiento científico por medio de la lógica formal moderna: esto dependerá, lo veremos más abajo, de las estructuras propias de este objeto. Así, las reglas de esta lógica no aparecerán, en este caso, como coordenadas eternas e inmutables de los "cercos mentales" del espíritu humano, sino como un utensilio científico cuya génesis está ligada a la vez a la evolución histórica del objeto de investigación y a la evolución propia de la teoría científica. No se tratará pues, en este caso, de un tratamiento "lógico-deductivo" a partir de ciertos axiomas *a priori*, sino de un tratamiento científico lógico-formal por medio de conceptos elaborados a partir de *estructuras propias* de un objeto "teórico".

Deberíamos, a fin de precisar mejor el papel *eventual* de la lógica moderna, distinguir aquí los dos "momentos" de la investigación científica, distinción impuesta por las posiciones epistemológicas fundamentales del marxismo.<sup>11</sup> En un primer momento de la investigación teórica, el del estudio "interno" de un objeto específico, con autonomía propia, de las ciencias humanas, se tratará de separar las estructuras propias de este objeto que caracterizan precisamente su especificidad. Es en este primer momento, y siguiendo esas estructuras, que la lógica formal moderna puede, lo veremos, resultar de gran utilidad. En un segundo momento, se tratará de emprender el estudio "externo" de ese objeto, a saber, el estudio de su *génesis* por su inserción en el conjunto de las relaciones y de las articulaciones de los diversos niveles de la realidad social, niveles cuya *unidad*, referida, en última instancia al nivel económico, constituye la especificidad global de una formación social históricamente determinada. En este último caso, la lógica moderna, *aun cuando ella es el medio adecuado de estudio "interno" de esos niveles, tomada aisladamente, en este momento históricamente determinado que representa esta formación social*, no puede ser más que de una utilidad limitada. Pues, en lo que concierne no a las estructuras internas de un cierto nivel, sino a *las relaciones* entre los diver-

sos niveles, esta lógica puede aquí *en rigor* permitirnos, desde un punto de vista "externo", establecer ciertas *correlaciones formales* entre los niveles de una formación social, niveles que, desde un punto de vista "interno" son susceptibles de un tratamiento lógico formal: puede por ejemplo establecer simples "*analogías*" entre, digamos las estructuraciones lógico-formales del universo de *los cambios económicos y el universo jurídico actual*, o entre en intercambio de bienes y las estructuras del parentesco, etcétera. Lo que ella no puede establecer, es el *modo de pasaje* de un nivel a otro, la transposición de ciertas estructuras de un nivel a otro. Pues, para la teoría marxista, la "totalidad" social global que rige las relaciones de una formación social determinada, no es una totalidad circular de tipo gestaltista, de elementos "equivalentes", en que se trataría simplemente de establecer *correlaciones análogas*. Se trata de una totalidad de niveles específicos en que uno retiene el *rol dominante* en última instancia, a saber, el nivel económico. Lo que se trata de dilucidar entonces, es la *transposición* de las estructuras de producción en los otros niveles, la génesis compleja de las estructuras de los diversos niveles específicos a partir de un modo de producción históricamente determinado. En ese último caso, la lógica moderna no puede aparecer como un medio exhaustivo de investigación. Para retomar aquí, los términos descriptivos de una discusión que oponía, a este respecto, a Sartre y Lévi-Strauss, es la "razón dialéctica" que debe —como dice Sartre— aventajar aquí a "la razón analítica".<sup>12</sup>

Comprobamos pues, que en contra de una posición epistemológica afiliada al neo-criticismo kantiano, que querría ver en la lógica moderna el único medio *científico* de investigación en el dominio de las ciencias humanas, el marxismo puede situar a esta lógica, reservándole un lugar particular en el dominio de la teoría en general.

Tomemos aquí el caso de la lógica jurídica moderna. No hay duda que las así llamadas *lógica deóntica* y *lógica modal*

<sup>11</sup> Hemos insistido sobre este problema en *Naturaleza de las cosas y derecho. Ensayo sobre la dialéctica del hecho y del valor*. París, 1965.

<sup>12</sup> Sartre, *Crítica de la Razón Dialéctica*, París, 1960.

cuentan con un lugar decisivo en el estudio del derecho actual. Su aplicación presupone sin embargo un cierto "objeto" de investigación teórica, a saber, los sistemas jurídicos positivos modernos: éstos, al radicar en una sistematización lógico-formal de normas jurídicas "generales", "formales", "abstractas" y "estrictamente reglamentadas", pueden prestarse a un tratamiento científico por parte de la lógica moderna. Resulta claro, por el contrario, que el universo del derecho romano no puede, por su estructuración propia, prestarse a un tratamiento tal. Esta lógica moderna no encuentra, seguramente, un sistema de derecho positivo-"objeto" de búsqueda *ya dado* en el proceso real, brevemente, una sistematización real rigurosa de esos sistemas que ella se contentaría en "reflejar". Como todo pensamiento teórico, *construye* este "objeto" de investigación teórico de manera que pueda ser tratado por sus reglas lógicas, pero ello en la medida exacta en que las estructuras propias de ese dominio jurídico de la realidad social se presten a su construcción teórica en objeto susceptible de tratamiento por la lógica moderna. En este estudio "marxista", *desde el punto de vista interno*, del universo jurídico, y en la medida en que este universo constituye un nivel *específico con autonomía propia*, se puede hacer *provisoriamente* abstracción de las coordenadas económico-sociales que presiden su estructuración: es así como la utilización de la lógica jurídica moderna se vuelve legítima y posible. Por el contrario, en el caso de la dialéctica hegeliana, la disociación de los dos "momentos" de la investigación teórica no es epistemológicamente posible. En efecto, por una parte el dominio del derecho está aquí considerado como uno de los dominios *indiferenciados* del concepto; la especificidad de los diversos niveles de la realidad social se borra en la medida en que son todos considerados como "exteriorizaciones" del concepto. Por otra parte, las realidades económico-sociales están ellas mismas inmediatamente "interiorizadas" en concepto. De aquí se sigue que esas realidades económico-sociales, deban hacer, en todo momento de la investigación teórica, irrupción en su inmediatez empírica, en el interior de los conceptos aplicados al estudio del derecho. La teoría hegeliana

del derecho, no puede de esta manera sino excluir todo empleo de la lógica jurídica moderna.

Sin embargo, el examen "interno" de los sistemas jurídicos actuales por medio de la lógica jurídica moderna debe ser doblado por un examen "externo" que intentará dar cuenta *de la génesis* de esos sistemas: a saber, de la *transposición* de las estructuras de los cambios del mercado capitalista, de la necesidad de "calculabilidad" inmanente en el "juego" económico de las estructuras de producción en las estructuras concurrenciales del mercado, en "sistema" jurídico normativo. La lógica moderna tendrá aquí, como lo hemos indicado, un uso limitado. No tenemos de ningún modo, la pretensión de abordar en este momento la exposición de las herramientas de que dispone la dialéctica marxista para dar cuenta de esta trasposición.

La que deseáramos señalar, sin embargo, a modo de conclusión, es que la teoría marxista del derecho, en oposición a una concepción "vulgar" del marxismo, puede atribuir un lugar importante a la lógica jurídica moderna: puede admitir sus resultados, a condición de que esta lógica se ubique en el lugar que le corresponde.

# FUNDAMENTACION EGOLOGICA DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

ANTONIO LUIS MACHADO NETO

Traducción: Juan Carlos Manzanares

Se incluye en este número el primer capítulo de la obra de Antonio Luis Machado Neto, cuya publicación prepara actualmente EUDEBA, destacándose así la colaboración recíproca que comienza a entablarse entre la Editorial de la Universidad y el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

## 1. El saber jurídico y su vocación científica

Sería exagerado afirmar que la neutralidad axiológica de la ciencia ha sido una antigua conquista del pensamiento científico. Ni tampoco puede decirse que la ciencia —o lo que pasaba por serlo en las civilizaciones pretéritas— hubiera evitado siempre tematizar el mundo embriagador de los valores y de las valoraciones. Muy por el contrario, hubo un tiempo en que se ocupaba sobre todo de ellos, haciendo de los temas éticos, estéticos y sagrados su temática preferida. Ejemplos típicos de lo que decimos lo constituyen la ciencia medieval y los *Diálogos* de Platón, para no hablar de las cosmogonías míticas de los orientales y aún de los griegos que representan la concepción mitológica del mundo.

Y no es extraño que así haya sido, toda vez que, siendo nuestra vida —como vida biográfica— una sucesión ininterrumpida de estimaciones o valoraciones, un *deber ser existencial*, como nos enseña hoy la filosofía existencial, es razonable que la humanidad, al inventar una interpretación lógica o racional del universo se sintiese particularmente atraída por ese tema del que está hecha la tesis de la vida humana como vida personal, biográfica y no biológica o natural.

Recién cuando la ciencia se asumió como un saber utilitario y, por eso mismo, distinto del saber filosófico —un “saber para saber”— y del saber religioso —un “saber de salvación”—<sup>1</sup> menos pretencioso y más a ras del suelo que estos últimos, pudo el saber científico disponer de la suficiente y dolorosa experiencia para despedirse por entero del universo de las valoraciones y admitir, no sin pesar, que no era posible alcanzar una certeza científica en los juicios estimativos. Fue al constatar que les faltaban medios de comprobación inequívoca, o sea universal, acerca de los juicios de valor y de su acierto o su verdad, que las ciencias —primero las matemáticas y las naturales y después a un costo mayor las humanas y sociales— deistieron de abordar dicho ámbito para el cual, no obstante, estuvieron llamadas ahora y siempre las preferencias de la inteligencia, la voluntad y sobre todo el sentimiento humano.

Efectivamente, las ciencias disponen en lo atinente a los juicios de realidad o de hecho —ya sea en la demostración matemática, en el método experimental de las ciencias naturales y aún en los procesos de observación rigurosa y controlada de las ciencias humanas— de procedimientos aptos capaces de clausurar toda posible discusión una vez que sobre el tema se puede dar una afirmación científica válida. Muy por el contrario, en el mundo de las valoraciones, estamos tan científicamente desamparados como en el tiempo de los sofistas o aún antes de ellos. La filosofía moral y la estética, lo que podríamos llamar de un modo general la *estimativa*, como teoría general de los juicios de valor, no demostró estar en condiciones de perfilarse como un saber acumulativo como ocurre con el mundo científico, una vez limitada a esa esfera del ser y de la realidad tal como ella es y no tal como debería de ser siguiendo esta o aquella forma de apreciación.

<sup>1</sup> Seguimos aquí la famosa sistematización de las formas del saber debida a Max Scheler, *El Saber y La Cultura*, Espasa Calpe Argentina Bs. As. 1938, p. 64. Sobre la ciencia como saber de dominación, Cfr. también Max Weber, *Le Savant et le Politique*, ed. Plon, París, 1959, p. 87, en la conferencia “La vocation de Savant” (Wissenschaft als Beruf).

Los esfuerzos de una ética científica que en el siglo pasado proliferaron al influjo de las ideologías sociologistas o psicologistas entonces vigentes, no lograron el éxito deseado ya que si bien consiguieron fundamentar una ciencia sociológica y psicológica de las costumbres estaban predestinados al fracaso más ruidoso en aquello que era su predisposición y su objetivo más declarado: la orientación científica de la vida moral. Repitieron así el fracaso del positivismo comteano —su principal raíz ideológica— al tratar de apoyar en una ciencia —la sociología— la unidad espiritual, a la vez intelectual y afectiva que, siguiendo el diagnóstico del propio Comte, estaba faltando al mundo contemporáneo y que su filosofía de la historia encuadraba como el “período científico” de su famosa “ley de los tres estados”.

Aunque más elaborada y a la altura de las preocupaciones teóricas del presente, no nos parece muy diferente la suerte que tiene reservada la tentativa contemporánea de fundamentar una axiología científica, debida al filósofo alemán hoy radicado en México, Robert S. Hartman.<sup>2</sup>

En todos esos casos la razón del fracaso es la misma: la inexistencia de procesos de comprobación inequívoca y, por consiguiente, universal de los juicios estimativos.

Precisamente la verificación de esa falta fue la que llevó a la ciencia moderna a apartar de sus preocupaciones esa temática de tan alto significado para el hombre; aquella de la que podríamos decir sin riesgo de equivocarnos que es la única que realmente nos concierne.

Obviamente esa pragmática decisión sólo podría haber sido condicionada por un ambiente utilitario como el de la civilización moderna del hombre burgués, mundo en el que la ciencia —por eso mismo denominada entonces por sus renovadores como la *scienza nuova* al servicio de los intereses mercantilistas del Estado Nacional conquistaba nada menos que el Nuevo Mundo, descubierto en arriesgadas navegaciones orientadas por antiguos

<sup>2</sup> Cfr. sobre el tema nuestro ensayo “Una tentativa de Axiología Científica” en Revista Brasileira de Filosofía. Nº 39, pp. 387/392.

recursos técnicos que como la brújula los orientales conocían desde antiguo pero que no utilizaban pragmáticamente; mundo burgués en que el feudalismo medieval se desmorona en el plano espiritual de la unidad de la fe por obra de la reforma protestante, apoyada también en una antigua invención china que el occidente supo instrumentar: la imprenta, y en la organización social y política, obra, esta última de la construcción doctrinaria de legistas y filósofos como Machiavello, Bodin y Hobbes pero también de la destrucción de la organización militar feudal en que la utilización estratégica de la pólvora —otro viejo invento chino que occidente sabría utilizar pragmáticamente— ocuparía un lugar destacado; mundo burgués en el que la ciencia, por consiguiente, fue definitivamente vivida como un auténtico “saber de dominación”.

Es entonces que a parir de la época del Renacimiento, momento inicial de la formación del mundo burgués<sup>3</sup> en que, como resultado de la transformación de la ciencia en un saber de dominación y de aplicación práctica, vamos a ver el pensamiento científico ir gradualmente apartándose de los problemas estimativos en virtud de que ya había aprendido que no contaba con un proceso inequívoco de comprobación de los juicios atinentes a tales problemas. Resolución prudente tomada por quienes ya percibían que, ante la ausencia de dicha comprobación universal, el abordaje de los problemas axiológicos traería como consecuencia de la desintegración del universo científico en sectas discordantes —como ocurriera con una religión de pretensiones ecuménicas tan explícitas como el catolicismo— con graves perjuicios para sus posibilidades de aplicación práctica y consecuentemente de su propia necesidad de dominación.

El principio de la neutralidad axiológica que las entonces jóvenes ciencias físico-matemáticas adoptaron como principio

<sup>3</sup> Sobre la temática de las relaciones entre el mundo utilitario burgués y la moderna ciencia, cfr. John H. Randall Jr. *La formación del Pensamiento Moderno*, ed. Nova, Bs. As. 1952, especialmente p. 231 y Edgar Zilsel *Raíces Sociológicas de la Ciencia*, Boletín del Instituto de Sociología, Bs. As. 1958, especialmente p. 155 y siguientes.

básico del espíritu científico fue también imponiéndose paulatinamente en los estudios humanísticos cuando, alrededor de los siglos XVIII y XIX, éstos se transformaron en las llamadas ciencias humanas y sociales, si bien es cierto que no fueron pocos los especialistas de esas disciplinas que, en virtud de las dificultades que el mencionado principio tuvo que enfrentar en este campo, no lo aceptaron como tal en el ámbito de sus investigaciones.<sup>4</sup>

La neutralidad axiológica, cabe concluir, no constituye un principio científico muy antiguo y menos aún incontestable, en el plano de las ciencias humanas. Su descubrimiento resulta ser, entonces, relativamente reciente en el panorama de la evolución del pensamiento científico.

Sin embargo ha constituido la pretensión técnico-científica de los estudios que podemos colocar bajo el rótulo general de ciencia jurídica y, en este aspecto, ellos antecedieron a las demás ciencias e incluso a las naturales.

En efecto, en el mundo jurídico es tal la preocupación por la seguridad y la certeza que aún antes de que el pensamiento científico se hubiera encaminado hacia el principio de neutralidad, la propia vida del derecho se había ocupado de encaminar al derecho *positivo* hacia la distinción necesaria entre justicia y legalidad. Siendo muchos y contradictorios los pareceres y las opiniones acerca de la primera, un orden de convivencia pacífica no parecía posible fundarlo sobre ella. Ya que sobre la justicia la discusión podía llegar a ser interminable, se hacía necesario entonces para el poder social establecer con seguridad y certeza la distinción entre lo que es de derecho de lo que es *legal*. “Si no puede fijarse lo que es justo hay que establecer lo que debe ser jurídico”. Esta, que fue la fórmula final a la que llegó la filosofía jurídica relativista de Gustav Radbrulh<sup>5</sup>, fue también

<sup>4</sup> No cabe aquí y ahora practicar el análisis y la crítica de esas opiniones encontradas. Remitimos para ello al lector a nuestro ensayo *Problemas Filosóficos de las Ciencias Humanas*. Ed. Universidad de Brasilia, 1956, especialmente al capítulo III donde el tema está más extensamente tratado.

la solución determinó, muchos siglos antes, la propia espontaneidad de la vida social.

“La paix, la sécurité sont les premiers bienfaits que le Droit doit nous procurer. Alors même que nous serions en désaccord profond, irréductible sur les fins supérieures du Droit, nous pouvons cependant nous entendre pour lui faire remplir ces fins intermédianes auxquelles nous sommes tous intéressés”, escribió Paul Cuhe en sus *Conferences de Philosophie du Droit*.<sup>6</sup>

Es el propio Radbruch quien señala que el orden jurídico sacrifica muchas veces, en aras de la seguridad, la propia justicia y la misma legalidad, como sucede en la institución de la cosa juzgada, que se aplica a sentencias aún injustas, en la prescripción y en la usucapión, en el *statu quo* internacional y en el reconocimiento de los sistemas jurídicos derivados de un hecho de fuerza, como un golpe de Estado o una revolución y donde el hecho se convalida jurídicamente en homenaje a la seguridad y a la firmeza de la vida del derecho.<sup>7</sup>

Si esa es la predisposición que está ínsita en la vida social del Derecho, no podría ser distinta la actitud del jurista y de la teoría o ciencia que sobre tales hechos elabora, bajo pena de ser contradictoria con los mismos. La vigencia siempre fue su norte. Y por vigencia hemos de entender aquí la solución comunitaria válida de los problemas de valor —especialmente ético-jurídicos— suscitados por la interacción social.<sup>8</sup> Mediante tal procedimiento ella resuelve el problema valorativo acerca de qué es lo justo, no en términos de una validez universal que se im-

<sup>6</sup> —En francés en el original (nota del trad.). Paul Cuhe “*Conferences de Philosophie du Droit*” Dalloz, París 1928, p. 19.

<sup>7</sup> Radbruch, op. cit., id. ibd.

<sup>8</sup> Para un esclarecimiento mayor acerca de cómo la vigencia es la solución intersubjetiva para esos problemas —los axiológicos— acerca de los cuales la ciencia por el principio de neutralidad axiológica se hace no ver, cfr. A. L. Machado Neto, *Introducao a Teoria Geral do Direito*, ed. mimeografiada. Universidad de Brasilia, —2 volúmenes, 1965— especialmente 2º vol.; o *Teoria Geral do Direito*, ed. Tempo Brasileiro, Río 1966, en particular el capítulo XI, pp. 179-232.

ponga racionalmente a todos los individuos, como sucede con las verdades científicas, sino en términos de entendimiento comunitario respecto a qué es lo lícito y qué es lo ilícito. De ahí que ella se afirme desde sus orígenes —incluso en los momentos de predominio de la ideología eminentemente valorativa del iusnaturalismo, ya que por ese entonces la creencia en un derecho natural era una vigencia social— como un saber de eficacia o de dominación, como una técnica científica para resolver con seguridad los problemas de la interrelación humana en la sociedad.

Si ya el propio derecho positivo hubo de ser conducido por la espontaneidad de la vida social a solucionar el problema de la justicia en términos de legalidad, la ciencia o teoría del derecho encaminó sus pasos desde sus orígenes romanos en busca de un nivel de mayor certeza y seguridad, subordinando las valoraciones contenidas en las normas de derecho positivo, como vigencias sociales que son, a un aparato lógico-racional. Por lo mismo que Legaz y Lacambra ve en la lógica jurídica el instrumento de la neutralidad adecuado a la ciencia del derecho es que pudo decir:

“La lógica jurídica, por tanto, se representa conceptualmente la valoración jurídica, diseccionándola en sus dimensiones lógico-formales. Por eso es neutra la ciencia del Derecho: porque no puede valorar sino sólo *entender* la valoración en la que ontológicamente consiste su objeto”<sup>9</sup>

Es por medio de esa armadura lógica, capaz de entender la valoración pero no de valorar, que la ciencia jurídica completa la solución racional que el propio derecho positivo espontáneamente ofrece al problema axiológico de las valoraciones de justicia. “Si nadie es capaz de fijar lo justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho”, decía Radbruch.<sup>10</sup> Esta es la tarea de esa forma de vigencia social por excelencia, la vigencia por antonomasia, que es el derecho positivo. Para hacer más

<sup>9</sup> Luis Legaz y Lacambra *Introducción a la Ciencia de Derecho* Bosch. Barcelona 1943, p. 77.

<sup>10</sup> op. cit. p. 108-9.

segura su aplicación<sup>11</sup>, encontrando los procesos lógicos que manipularan neutralmente las valoraciones socialmente aceptadas en las que el derecho consiste, es como nació la jurisprudencia o ciencia del derecho. En eso consiste su originaria vocación científica.

## 2. El siglo XIX y las Ciencias Humanas

Si el Renacimiento puede ser visto como el momento inicial de la concepción de la ciencia como un saber de dominación, la *Revolución Industrial* fue la época de apogeo y de definitiva aplicación práctica de dicha concepción. Fue, gracias a que la ciencia occidental demostró ser realmente un auténtico saber de dominación a causa de las innovaciones tecnológicas que resultaron de su aplicación a la producción industrial, efectivamente una verdadera revolución y no sólo en el mundo industrial sino también en el mundo social que paulatinamente se iba transformando así, en un mundo industrial.

Ciencia e industria, coordinadas por la visión burguesa del mundo, realizaban en la práctica una completa subversión de los padrones y de los valores a través de las profundas alteraciones del orden social. De ahí habría de sobrevenir fatalmente una profunda crisis de las vigencias sociales fundamentales, como generalmente ocurre en épocas de grandes transformaciones como ésta. La concepción filosófica que sociológicamente representa la ideología de la burguesía en el poder —el positivismo— no dejó de advertir esa crisis. Muy por el contrario, ella fue tematizada en sus debidos términos por Augusto Comte y muy exactamente como una crisis de *consensus*. En la visión comteana, lo que faltaba a su época era exactamente aquella unidad de puntos de vista que unifica ideológicamente a un sistema social, a ejemplo de lo que pasaba con la fe, en el período teológico de su ley de los tres estados. Con el brotar de la razón en el período metafísico o crítico, que culminaría con la Ilustración y la Revolución Francesa, esa unidad irracional de la fe se había

desmoronado, sin que el espíritu crítico de la metafísica hubiese logrado sustituirla por un nuevo *consensu*. Francisco Ayala ha sugerido que la concepción racionalista del derecho natural habría tratado de encontrar en el iusnaturalismo un *consensus* lego o secular para una Europa desgarrada por las luchas religiosas que aniquilaban aquella unidad cultural básica que la Iglesia había mantenido durante la Edad Media.<sup>12</sup>

Un *consensus* iusnaturalista, por su carácter metafísico, no podía ser un conocimiento científico de lo social, es decir, una ciencia social. Ese fue el razonamiento de Augusto Comte al fundar la sociología, tratando de fundamentar en ella la nueva unidad espiritual de occidente.

A su vez, la época parecía madura para eso. Primero, la economía, beneficiándose de un mundo dominado por la racionalidad del cálculo económico como mundo peculiar del *homo oeconomicus*; después, la sociología por obra del propio Comte; además la etnología, como un sub-producto de la expansión imperialista de la Europa capitalista sobre el mundo semi-primitivo de Africa, Asia y Oceanía. O sea que todas las ciencias sociales fueron positivizándose, penetrando en el ámbito de la científicidad, procurando de esa manera alcanzar el nivel de eficacia del saber de dominación que las exitosas ciencias naturales habían logrado bajo la última etapa de la Revolución Industrial.

Por obra de aquella vocación científica que hace un momento destacábamos como su peculiaridad, no es de extrañar que el saber jurídico también pretendiera lograr el nivel de científicidad o de positividad fuera del cual, en un mundo positivista e industrial, ningún saber podía sentirse cómodo.

<sup>12</sup> Cfr. Francisco Ayala, *Tratado de Sociología* (3 vols.). Losada Bs. As. 1947, 1º vol. p. 42. También Rohan D' O. Butler considera la concepción iusnaturalista clásica como una secularización de la teoría política. Cfr. *Raíces Ideológicas del Nacional-Socialismo* Fondo de Cultura Económica, México 1943, p. 18. Para de Ruggiero, ella es una especie de protestantismo jurídico. Cfr. Guido de Ruggiero, *Storia del Liberalismo Europeo*, Laterza, Bari 1949, p. 25.

Como el saber jurídico no se asimiló fácilmente al esquema formal de las ciencias naturales, tuvo lugar un momento de desencanto y de negación. Tal fue el papel desempeñado por el alegato de von Kirchmann sobre "El carácter a-científico de la Jurisprudencia". Toda su argumentación está basada en una comparación minuciosa entre el objeto, la temática, la metodología y las leyes en las ciencias naturales y en la jurisprudencia. Después de verificar que ambas no se equiparaban sino que por el contrario se distanciaban y como le faltaba otro modelo de ciencia que no fuera el natural por ser el que había sido elevado a modelo exclusivo de cientificidad, su conclusión coherente y auténtica sería la negación del carácter científico de la Jurisprudencia. Aunque coherente y auténtica, la solución de Kirchmann no podía ser la más ventajosa y exitante para el *status* social del jurista. Ciertamente más estimulante y ventajoso sería encontrar la manera de asimilar la vetusta ciencia jurídica a los cánones imperantes del ficisismo en boga obteniendo así, por préstamo o asimilación, el patrón de cientificidad, que entonces equivalía a la carta de ciudadanía en el mundo cultural. Ese fue el optimista programa de la entonces llamada Teoría General del Derecho.

### 3. La Teoría General del Derecho

No fue por otro motivo que la ciencia jurídica del siglo XIX se caracterizó como negación del iusnaturalismo. Fueron diversas las razones que, en función de las peculiares circunstancias sociales de los distintos países europeos, alentaron la lucha que se llevó a cabo contra el derecho natural, considerado entonces como la expresión más pura de metafísica jurídica. En Francia, donde la burguesía había llegado al poder legislativo a través de la Revolución, el legalismo exegético, cual una especie de derecho natural positivizado en el Código Napoleón, reducía el derecho exclusivamente al texto legal. Tal era la doctrina de

Demolombe, Bugnet, Huc, Baudry-Lacantinerie, Laurent, Demante, Marcadé y tantos otros juristas famosos por sus profesiones de fe de nítido carácter exegético. En Alemania, donde la tradición feudal oponía todavía una resistencia firme al sistema individualista que las leyes francesas habían canonizado, una razón social que era sin embargo opuesta a la que se daba en Francia, arrojaría la misma irritada controversia con el iusnaturalismo clásico como resultado. A través de las obras de Hugo, Savigny y Puchta, el tradicionalismo romántico habrá de exaltar la costumbre como fuente básica del derecho en tanto que expresión pura de las emanaciones del *Volksgeist*. De cualquier manera, el único y verdadero derecho, ya fuese en la Francia individualista la ley como expresión de la voluntad ilustrada del legislador revolucionario o la costumbre en la Alemania feudalizante y romántica en tanto que emanación auténtica del *Volksgeist*, el único y verdadero, decíamos, era siempre el derecho positivo, prescindiéndose en consecuencia de la idea del derecho natural.

Para que circunstancias tan antagónicas como el individualismo racionalista de los exégetas franceses y el tradicionalismo romántico de los corifeos de la escuela histórica alemana produjeran idéntico efecto, alguna causa común tenía que estar presente en ambas. Pensamos que esa causa común era el *penchant* de la positividad que dominaba los espíritus de esa época, época de características tan marcadas por los rasgos de la cientificidad que, en la práctica, vivía una revolución como consecuencia de la aplicación de la tecnología científica a la vida económica de la producción y, en el plano teórico y como consecuencia ideológica de los efectos sociales de esa misma Revolución Industrial, el resplandeciente florecimiento inaugural de las ciencias sociales.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Karl Larenz interpreta el positivismo jurídico como la resultante de la necesidad de seguridad de la sociedad burguesa. Cfr. *Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1942, p. 37.

En el ámbito del saber jurídico, la tendencia doctrinaria que exhibe con mayor significación esa impronta de la época es la que pasó a la historia con el nombre de *Teoría General del Derecho*.

Sin embargo esa rúbrica se aplica a numerosas tendencias doctrinarias si bien es cierto que todas ellas están identificadas por el rasgo común de su pretensión positivista de constituir una jurisprudencia según el estilo inductivo de la ciencia natural. Castán Tobeñas, en una obra destinada a sistematizar las diversas doctrinas filosófico-jurídicas tomando como base los diversos conceptos de derecho que ofrecen<sup>14</sup> propone sistematizar las tendencias de la Teoría General del Derecho en cuatro ramas principales:

- a) la *Analytical School* de John Austin y su escuela.
- b) la *Allgemeine Rechtslehre* de Bergbohm, Merkel Bierling y Somló.
- c) la *Jurisprudencia Universal* de Post y Kohler.
- d) los ensayos dispersos debidos a pensadores como Cogliolo, Vanni, Korkounov, Picard, Roguin, etc.

a) *La Analytical School*.

En mérito a la prioridad histórica que le cabe en principio a través de la obra de Austin, sin dejar de lado por eso la línea de precursores que se extiende desde Bentham hasta Hobbes,<sup>15</sup> debemos iniciar nuestra consideración sobre esas tendencias doc-

<sup>14</sup> José Castán Tobeñas, *Las diversas Escuelas Jurídicas y el Concepto del Derecho*. Ed. Reus, Madrid 1947, p. 84.

<sup>15</sup> Juzgamos justificada nuestra decisión de tomar a Austin como el iniciador y el más significativo representante de la Escuela Analítica de Jurisprudencia toda vez que mucho más que Hobbes que fué predominantemente filósofo y que Bentham que fué predominantemente político,

trinarias a partir de la Escuela Analítica colocada por Castán en segundo lugar.

En su famosa obra, editada primeramente en 1832<sup>16</sup> como resultado de su fracasado magisterio teórico del derecho en la Universidad de Londres, Austin se propuso, desde el título —*The Province of Jurisprudence Determined*— una delimitación del ámbito de la ciencia jurídica.

En una refundición de la lección inaugural que pronunció en la Universidad de Londres, dicho objetivo quedó tematizado en los términos siguientes:

“El derecho positivo es el objeto propio de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas: entendiéndose por derecho positivo o derecho estrictamente así llamado, el derecho estable-

fué Austin sobre todo jurista y filósofo del derecho. No es otra la conclusión de Mario Cattaneo en un trabajo dedicado a la comparación de las contribuciones de los tres pensadores a la formación del positivismo jurídico inglés:

“Ma soprattutto bisogna ricordare l'interesse prevalentemente giuridico di Austin: la dottrina giuridica di Hobbes é interessantissima e sorprendentemente moderna, ma nel' insieme della sua opera essa é innessa in una piu generale visiones filosofico-politica; l' interesse di Bentham é senza dubbio essenzialmente giuridico, ma rivolto soprattutto (se si eccettua il libro recentemente scoperto *The Limits of Jurisprudence Defined* al diritto *come deve essere*, quindi a un'opera di riforma legislativa. L'interesse di Austin é invece rivolto essenzialmente al diritto *com'è*, a un'analisi delle norme e dagli istituti del diritto esistente: di qui l'approfondimento e l'accarata elaborazione, da parte sua, di questo tipo di indagine. Per questo motivo ritengo che nonostante che egli sia scarsamente originale nell' enunciazione del principi basilani della dottrina— Austin meriti di essere considerato il pi tipico rapresentante della scuola della giurisprudenza analítica” Mario Cattaneo —*Il Positivismo Giuridico Inglese— Hobbes, Bentham, Austin*. Giuffré, Milano 1962. p. 226.

<sup>16</sup> Esta primera edición llevó por título *The Province of Jurisprudence Determined*, así como la segunda en 1861, hecha por su viuda después de su muerte. Recién en 1863 ella decidióse a hacer publicar la parte inédita del curso de Austin en la Universidad de Londres bajo el título de *Lectures on Jurisprudence* o *The Philosophy of Positive Law*.

cido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo".<sup>17</sup>

Con todo, su intención teórica fundamental —y eso es lo que lo aproxima a la *Allgemeine Rechtslehre*— es la creación de una jurisprudencia general o universal, llamada también por él filosofía del Derecho positivo. Persiguiendo ese propósito distingue dos tipos de jurisprudencia según sea particularizador o universal el tratamiento que dispense al derecho positivo, pero teniendo el cuidado de distinguir a ambos de aquella otra forma de encarar el derecho, en términos ya ahora estimativos o, más propiamente, utilitaristas y que llamaba ciencia de la legislación.

"La Jurisprudencia es particular o universal", escribía Austin en aquella misma lección inaugural. Y continuaba definiendo "Jurisprudencia particular es la ciencia de un sistema vigente de derecho o de alguna parte de él. La jurisprudencia exclusivamente práctica es particular". Para, más adelante, distinguir a ésta tanto respecto de la jurisprudencia universal como de la ciencia de la legislación: "El objeto propio de la jurisprudencia general o universal— a diferencia de la ciencia universal de la legislación— es la descripción de aquellos objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre o responden a peculiaridades semejantes en sus diversas posiciones".<sup>18</sup>

El método para realizar esa Jurisprudencia universal que aquí nos interesa, no podría ser otro, según la opinión de Austin, que el método empírico-inductivo. De otro modo no tendría sentido que su escuela se llamase analítica, como bien lo señala González Vicén.<sup>19</sup>

El material sobre el que habría de practicarse dicho análisis o inducción sería, según el propio Austin, los escritos de los ju-

<sup>17</sup> John Austin *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, p. 27.

<sup>18</sup> Austin, p. cit. p. 40-41.

<sup>19</sup> Felipe González Vicén —"Estudio Preliminar" a la obra *supra* citada de Austin—, p. 21, especialmente nota N° 29.

ristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses y los preceptos de los códigos franceses y prusianos.<sup>20</sup>

Tal vez se explique por la misma limitación del material reunido por Austin su vacilación en admitir tanto que los principios generales así encontrados valieran para todos los derechos posibles como de que el ámbito de su validez formal fuera apenas el de los sistemas jurídicos de los pueblos civilizados y de la actual cultura jurídica.<sup>21</sup>

Tal vez se explique por esa misma limitación que la lista de principios considerados por nuestro autor como universales sea tan extensa también. En ese ámbito están, según la opinión de Austin, los siguientes "principios, nociones y distinciones necesarias":

1º Las nociones de deber, derecho, libertad, delito, pena, las nociones de derecho, soberanía y sociedad política independiente, así como sus diversas relaciones entre sí y con diente".

2º La distinción entre derecho escrito o promulgado y derecho no escrito o no promulgado...".

3º La distinción entre derechos que se pueden hacer valer contra todos y derechos que sólo pueden hacerse valer contra personas específicamente determinadas".

4º La distinción... entre la propiedad o dominio y los diversos derechos restringidos, desmembrados de la propiedad o dominio".

5º La distinción de las obligaciones... en obligaciones que nacen de delitos, de contratos, y obligaciones que nacen de hechos que no son ni contratos ni delitos pero a las cuales por analogía se las denomina obligaciones *quasi ex contractu*".

<sup>20</sup> Austin, op. cit. p. 41.

<sup>21</sup> Respecto de la referida vacilación, compárese en la op. cit. p. 30, 31 y 33.

6º La distinción de los delitos en delitos civiles o privados y delitos de derecho penal o público".<sup>22</sup>

Esos son los principios, nociones y distinciones que Austin califica a veces como universales y necesarios en todo sistema de derecho y en cambio otras lo son apenas en todo sistema de derecho desarrollado en una comunidad civilizada en contraposición a otras tantas distinciones y principios que no considera como necesarios como, por ejemplo, la distinción del derecho en *jus personarum* y *Jus rerum*.<sup>23</sup>

Nuestro autor aclara todavía que sin determinar con precisión el sentido de algunos términos fundamentales como derecho en sentido objetivo y subjetivo, obligación, delito, sanción, persona, cosa, acción y omisión, no podrá llevarse a buen término la empresa teórica de la jurisprudencia universal.

El lector de nuestros días se asombra naturalmente por el hecho de que Austin habiendo andado tan cerca de una formulación de los conceptos básicos del derecho —como en esa última lista de términos que no le parecía otra cosa que un elemento que debía ser precisado conceptualmente para el descubrimiento de los principios generales de la jurisprudencia universal— hubiera sido llevado por su método analítico —ejercitado sobre un material empírico tan reducido— a confundir finalmente instituciones y principios condicionados históricamente con las constantes de cualquier derecho posible.

Roguin, por ejemplo, que en esta materia de conceptos jurídicos fundamentales nos ha dejado una obra mucho más significativa, a pesar de tener que admitir cierto parentesco entre la filosofía del derecho positivo de Austin y su *science juridique pure*, se indigna por el hecho de que el pensador inglés no hubiera manifestado ninguna preocupación analítica por la relación jurídica propiamente dicha, ya que solamente de allí podría haber surgido el descubrimiento de los conceptos jurídicos fun-

<sup>22</sup> Austin, op. cit. p. 31-33

<sup>23</sup> Id. p. 34.

damentales. "Il ne semble donner aucune analyse proprement dite et complète des éléments essentiels de tout rapport de droit",<sup>24</sup> escribe a propósito Roguin, sin que por eso deje de considerar la obra de Austin como "...le premier effort vraiment scientifique, et fait ... un homme donné d'un esprit d'analyse, à l'effet de constituer un ensemble solide de vérités à l'égard du droit considéré au point de vue logique et formel".<sup>25</sup>

No por otro motivo fué que el genial creador de la teoría Pura dedicó todo un ensayo al análisis de las semejanzas y de las deficiencias de la teoría analítica comparada con la suya propia.<sup>26</sup> Y en verdad que la jurisprudencia analítica fué, a pesar de sus errores, más imputables a las circunstancias de tiempo y lugar que a las deficiencias personales del autor o de muchos de sus continuadores,<sup>27</sup> la primera tentativa de pertrechar al jurista con el bagaje de conceptos básicos que solamente una rigurosa teoría general del derecho puede proporcionar.

Que haya dejado una escuela e incluso que haya obtenido tanto éxito después de su muerte, en un país caracterizado por una concepción tan empirista y casuista del derecho, no es sólo una compensación *post mortem* para los fracasos experimentados por Austin durante su vida, sino que es otra prueba más de que a pesar de haber errado en lo fundamental de su intento y de que también adoleciera su pensamiento de una cierta falta de rigor y su estilo de algo de claridad, aún así, él transitaba por el camino correcto que terminaría algún día por suministrar al saber del jurista el adecuado nivel científico.

<sup>24</sup> Ernest Roguin *La Science Juridique Pure* (3 vols.) Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1923, 1º vol. p. 8.

<sup>25</sup> id. p. 55

<sup>26</sup> Hans Kelsen "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica" en *La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos*, Losada Bs. As. 1946, p. 207-239.

<sup>27</sup> Como seguidores de la Escuela Analítica, Cfr. Albert Kocourek *An Introduction to the Science of Law*, Little Brown and Company, Boston 1930 y Sir Frederick Pollock *A First Book of Jurisprudence*, Macmillan and Co, London 1904 y también *Storia della Scienza Política*, Fratelli Boccari, Editori, Milano S. d.

b) *La Allgemeine Rechtslehre*

La tentativa más decidida que emprendió el siglo pasado en la búsqueda de construir un sistema general de conceptos básicos de lo jurídico fué, sin duda, el movimiento alemán de la *Allgemeine Rechtslehre*.

Su procedimiento, según las palabras de Sauer, "toma como punto de partida un orden jurídico dado y a partir de él, por inducción y generalización progresivas, buscando los elementos comunes, va formulando principios cada vez más generales. Con los elementos de las "partes generales" de nuestras materias jurídicas, el Derecho privado, el penal, el procesal, el político, el canónico, el internacional, debe elaborarse la "Parte más general". "El procedimiento es rigurosamente inductivo: se parte de lo dado porque es a lo dado que se atribuye valor científico luego se procura concebir la esencia de lo dado por el procedimiento lógico de la abstracción y con lo cual se da por terminada la misión de la Filosofía del Derecho y del Estado".<sup>28</sup>

Esa fue la manera mediante la cual Bergbohm, Bierling, Merkel y Somló, los principales teóricos del movimiento, creyeron, en consonancia con el espíritu positivista de su tiempo, poder fundamentar una ciencia general del derecho que, dejando de lado toda metafísica, constituyese el saber jurídico correspondiente al período positivo que entendían inaugurar en ese campo.

K. Bergbohm (1849-1927), uno de los hombres más prestigiosos del movimiento, sostenían que las distintas ramas del derecho no podían resolver sus propios problemas sin el apoyo de principios tomados en préstamo de la filosofía del derecho positivo, entendida como disciplina estrictamente positiva y jurídica y cuya temática central sería la de develar el fundamento último de lo jurídico. En su opinión, esa filosofía del derecho positivo o teoría general del derecho estaría en relación con las ramas del derecho positivo, amenazados todos ellos por una diáspora

<sup>28</sup> Wilhelm Sauer, *Filosofía Jurídica y Social*, ed. Labor, Barcelona 1933, p. 13.

inminente, como el Imperio se encuentra respecto de los Estados federados.

Pero no deja de ser cierto que gran parte de su ambicioso programa no pasó de mero proyecto, y realizado sólo en parte por sus continuadores, que heredaron también de él la pretensión positivista que les señaló Bobbio: la de reducir la filosofía jurídica a teoría general del derecho.<sup>29</sup>

Bierling (1841-1919) concibió la teoría general del derecho como una exposición sistemática de los conceptos y proposiciones fundamentales, con independencia de todo derecho positivo. Hasta aquí su cometido no tenía nada de censurable si no fuese por la pretensión, común a toda la escuela y de la que también él participaba, de obtener esos conceptos básicos mediante el método de la inducción y la clasificación, revelando su filiación positivista. Filiación que también se revelaba en su doctrina del fundamento del derecho en un fenómeno eminentemente sociológico-jurídico como el reconocimiento (*Anerkennung*).<sup>30</sup>

Según Haesaert, la teoría general del derecho de A. Merkel (1836-96) concibe como conceptos básicos de lo jurídico las nociones de hecho jurídico (*Tatbestand*) y consecuencias de derecho (*Rechtsfolgen*) y la combinación de éstas con aquél.<sup>31</sup> Con esos conceptos, Merkel pretendía completar cada rama particular del derecho, ligándolas por una intrínseca relación y entendiendo, al igual que los anteriores, la teoría general del derecho como una parte más general en relación a las "partes generales" de las ramas especiales del derecho positivo.

Félix Somló (1873-1920) es un seguidor húngaro de la *Allgemeine Rechtslehre*. Su teoría general del derecho puede ser divi-

<sup>29</sup> Norberto Bobbio, *Teoría della Scienza Giuridica*, Giapichelli, Torino s. d. p. 33. Sobre el pensamiento de Bergbohm, interesantes observaciones críticas en Juan Llambías de Azevedo. *Reflexiones sobre la Crítica de Bergbohm a la Doctrina de derecho natural*, Sobretiro de Diancia, México 1905.

<sup>30</sup> Para un tratamiento de la doctrina del reconocimiento como temática sociológico-jurídica, Cfr. Luis Recaséns Siches. *Tratado General de Sociología*, Porrúa, México 1956, p. 582-584.

<sup>31</sup> J. Haesaert, *Théorie Générale du Droit*, Bruxelles 1948, p. 37.

dida en metodología y teoría del derecho. En la primera, establece la distinción entre conceptos jurídicos necesarios o realmente fundamentales y conceptos jurídicos generales, recogidos del contenido variable del derecho. Entre los conceptos necesarios o fundamentales están el propio concepto de derecho y los que éste implica: norma, destinatario, fuente del derecho y cuyo conjunto constituye la teoría fundamental del derecho.

Completando su metodología aparece su teoría del derecho, en la cual se define al derecho como un conjunto de normas que un poder superior, comúnmente obedecido, extenso y permanente impone. Recaséns observa a propósito de esta teoría del derecho que ella no es otra cosa que una teoría sociológica del derecho.<sup>32</sup>

Su propósito de substituir la filosofía del derecho por una ciencia empírica le cerraba el camino a la teoría general del derecho y no le permitía alcanzar el elevado objetivo que se había fijado.<sup>33</sup> Como observa García Máynez, muy pronto se advirtió que su programa era un intento fracasado, "pues los juristas se percataron de que la aplicación del método inductivo a la definición del derecho implicaba el previo conocimiento de aquello que con tal procedimiento se trataba de alcanzar", pues "para abstraer de una serie de datos jurídicos las notas que les son comunes, es necesario conocer de antemano la esencia del derecho, ya que de otro modo resulta imposible seleccionar los fenómenos que habrán de servir de base a la inducción".<sup>34</sup>

Colocando correctamente la cuestión en el plano lógico de la crítica a la inducción amplificadora o baconiana, los autores argentinos Aftalión, Olano y Villanova<sup>35</sup> ofrecen una interesante

<sup>32</sup> Luis Recaséns Siches —en Del Vecchio— *Filosofía del Derecho* (2 v.), Uteha, México 1946, 2 vol. p. 231.

<sup>33</sup> Sobre tal intento cfr. Norberto Bobbio *Introduzione alla Filosofia del Diritto*, Giappichelli, Torino, s. d. p. 53-54 y Karl Larenz, op. cit. 39. Para Gustav Radbruch, la teoría general del derecho es la eutanasia de la filosofía jurídica. Cfr. G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, ed. cit. p. 33.

<sup>34</sup> Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 4ª ed. 1951, p. 118.

ejemplificación jurídica de la materia para llegar a la conclusión de que solamente la intuición eidética esencial es el método conveniente para el descubrimiento de las esencias universales. En tal sentido, agregan, con un único ejemplar del objeto intuído es posible descubrir sus elementos esenciales mediante la anulación imaginativa de cada una de sus notas. Serán esenciales, entonces, aquéllas que no pueden faltar sin que se anule el propio objeto distinguiéndolas así de las notas accidentales que son las que pueden ser obviadas.

Podemos afirmar, como conclusión, que a pesar de sus legítimas aspiraciones, la Allgemeine Rechtslehre anuló, por la ubicación positivista del problema, el promisorio intento de fundar la ciencia jurídica en una previa elaboración de una teoría de las categorías jurídicas como análisis de los conceptos jurídicos fundamentales. No consiguió tampoco permanecer fiel a su método y pudo por tal razón decir Castán que sus representantes "sin darse cuenta traspasan, con mucha frecuencia, los límites del empirismo y dan señales de viva apetencia filosófica".<sup>36</sup>

A pesar de las costantes críticas, en nuestra opinión definitivas, que acabamos de reseñar, la problemática original de la Allgemeine Rechtslehre todavía permanece viva en aquellos ambientes jurídicos donde la carencia de preparación filosófica es más acusada como, por ejemplo, en los medios jurídicos franceses y donde, recientemente, el profesor Mitchel Villey realizó una "enquête" para los *Archives de Philosophie du Droit*, y cuya pregunta principal era exactamente la siguiente: "Croyez-vous à la raison d'être d'une philosophie du droit ou d'une théorie générale du droit?" Nada tiene de extraño que profesores franceses como Henry Lévy-Brutl hubiesen contestado que "je verrais sans régrèt une jeune "Théorie du Droit" se substituer à une "philosophie du Droit" pussièreuse et périmée".<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Cfr. Aftalión, Olano y Villanova, *Introducción al Derecho*, El Ate-neo, Bs. As. 6ª ed. 1960, p. 840-841 nota 36.

<sup>36</sup> José Castán Tebeñas, op. cit. p. 86.

<sup>37</sup> *Archives de Philosophie de Droit*, N° 7 "Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?" París 1962. p. 83 y 136, respectivamente.

c) *La Jurisprudencia Universal*

Aunque menos radical que la Allgemeine Rechtslehre, la Jurisprudencia Universal o Etnológica representa también una tendencia positivista de carácter unificador de la pluralidad de los elementos constitutivos del saber jurídico bajo el predominio, indistintamente, de la historia universal del derecho, algunas veces y otras de la etnología jurídica o jurisprudencia etnológica pero siempre predominado el conocimiento positivo sobre el filosófico jurídico.

Las figuras más destacadas de esa corriente, además de Bachofen que es el precursor del movimiento,<sup>38</sup> son el jusfilósofo neohegeliano Joseph Kohler y el etnólogo A. E. Post dentro de cuyos discípulos se destaca el nombre de Giuseppe D'Aguanno.

<sup>38</sup> Cfr. J. J. Bachofen, *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955.

## HISTORIA DEL DERECHO Y LIBERACION NACIONAL

RODOLFO ORTEGA PEÑA  
EDUARDO L. DUHALDE

La enseñanza de la Historia del Derecho venía practicándose de una manera acorde con el proyecto neo-colonial en el cual la Universidad toda estaba inmersa. Esa doble dimensión de transmitir la ideología de las clases opresoras y al mismo tiempo insensibilizar al estudiante a todo momento concientizador, transmitiéndole en cambio la visión de científico "aséptico", se hizo manifiesta en la pedagogía de los juristas del derecho argentino.

No podía ser de otra manera. Abrir la comprensión de la totalidad del proceso, realizando una tarea hermenéutica sobre la realidad histórica, daba oportunidad al estudiante de reconocerse en las luchas, populares, de advertir la esencia técnica opresora o libertadora del derecho, según quien lo instrumentara. Y esto no podía ser admitido por quienes no tenían en la sociedad argentina una presencia precisamente "aséptica" u "objetiva". Abogados de empresas británicas primero y luego de multinacionales yanquis, asesores de los grandes ingenios azucareros, funcionarios de la Dictadura Militar, los profesores de Historia, a riesgo de dar al estudiante posibilidades desalienantes, optaron coherentemente por encubrir su "verdad" ideológica con el manto de la científicidad. En nombre de los más diversos presupuestos filosóficos: tomismo, positivismo, normativismo, o positivismo lógico (para señalar sólo los más destacados) convergieron hacia un mismo e idéntico fin: *Rescatar* en clases o escritos, las más curiosas variantes del derecho hispánico o investigar las conno-

taciones más casuísticas de las "instituciones" del derecho *patrio* no codificado.

La propuesta, por otra parte, no podía ser más tediosa. Pero también este elemento psicológico-vital no era ajeno al proyecto. Cuanto más aburrida se tornara la historia argentina, menor conciencia nacional adquirirá el educando. En esto no fueron precisamente muy originales, ya que esa fue precisamente la técnica desarrollada en las escuelas, tendiente a convertir al alumno en un monstruo mnemotécnico, memorizador de fechas de batallas, número de soldados, y años de los generales vencedores.

Por supuesto que toda pedagogía basada en el dato, en el hecho aislado, sin conexiones, sin causalidades, sin relación de conceptos, produce el más absoluto rechazo por su falta de lógica interna, por su recurrir a la memoria fotográfica. En ese sentido, los juristas alcanzaron normalmente éxito, logrando que el estudiante se recibiera sin haber tenido la más mínima vivencia de la juridicidad argentina en su despliegue temporal.

Desde ya que toda esta técnica de la colonización pedagógica jurídica, al margen de las filosofías invocadas para su desarrollo, encontró soporte exclusivo, en cuanto a "weltanschauung" concreta, en el *mitrismo*, en tanto concepción de mundo colonial, concreta, y no solamente como versión historiográfica de los vencedores. Cuando, de contrabando, era necesario dar al estudiante un tema "histórico", se lo hacía desde la perspectiva de una concepción elitista, antipopular, unitaria, presuntamente documentada, y con un gran desprecio a lo nacional, solamente igualado en la admiración a las instituciones y capital europeos.

Y hablamos de un "comercio intérlope" de los histórico porque también, en este proyecto de desculturización, se enunció explícitamente la teoría de la *autonomía* del derecho en su historia. No por supuesto una autonomía relativa, conquistada en la confrontación del concepto con la realidad, sino forzada precisamente para que no se *contaminara* con los óntico (la lucha concreta de un pueblo por su liberación frente a la potencia colonial y sus agentes).

Demiurgos coloniales con un brazo agarrado a la realidad de sus empresas y con el otro sosteniendo la Idea Absoluta de lo Jurídico, nuestros buenos profesores fueron, por supuesto, fieles mandatarios de una clase social ligada al imperialismo cumpliendo su labor a conciencia (de clase).

## II

El triunfo popular, aun parcial, trae aires de liberación en la Universidad. Por de pronto se trata de rescatar la naturaleza manifiestamente polémica de nuestra historiografía. Asumir que la *objetividad* consiste precisamente en señalar el carácter instrumental del derecho, como técnica social, que si bien tiene su lógica interna y que es posible estudiar con "autonomía", lo es en la medida en que no se pierda de vista la "totalidad" en la cual se inscribe como producto histórico, en una sociedad determinada. Sólo a través del análisis de la temporalidad de las normas, a partir de su inserción concreta en la dialéctica social y en la relación con el imperialismo, es posible rescatar la esencia de la historiografía del derecho argentino.

Por ejemplo, el Código Civil surge en un momento determinado, con el auge del mitrismo, la influencia del Brasil, la necesidad de institucionalizar la propiedad privada tras la derrota de la montonera. Pero su esencia se historializa con la aplicación que la misma clase social opresora realiza de ese conjunto de normas. Existe entonces una ida y vuelta entre esas normas y los sectores opresores.

Tras de cualquier producto jurídico del Sistema, es posible encontrar la ideología que le dio su razón de ser. Pero, esto no significa que invariablemente el sentido de la norma esté ligado a su origen histórico; derecho y poder, este último entendido como determinación concreta de lucha de clases, están ligados. El Derecho es realmente "una técnica social específica", pero su sentido recién es pleno cuando se estudia: a) su especificidad y b) se determina por quién es aplicado y contra quién.

Esto nos coloca, en el campo de la historia del derecho argentino, en lo que hemos llamado *Derecho de Dependencia*, o sea el derecho generado por y para afirmar la dependencia enajenada del argentino, con su momento específico del *Derecho Represivo*, que puede ubicarse con claridad ejemplar, en el siglo XIX, en la etapa rivadaviana, mitro-sarmientina y en el Régimen. La historia de la llamada "organización nacional" es precisamente la de la formulación concreta del Derecho de Dependencia. Pero, como resultado de esa contradicción interna también concreta de la sociedad civil argentina, dialécticamente los sectores populares generaron un *Derecho de Liberación*, que se presenta, al igual que el Derecho de Dependencia, como un continuum, en la medida en que de la montonera al peronismo la lucha popular es igualmente continua.

Indudablemente los juristas del Sistema dirán que esto es política, no derecho. Pero aquí recuperamos el concepto de "objetividad" que consiste en mostrar los propios supuestos metodológicos de una manera "abierta", al desnudo, y no ocultos, de contrabando, como lo ha hecho la historiografía jurídica colonial que estamos criticando.

### III

En esta breve nota, no queremos dejar de señalar que la propuesta doctrinaria nueva tenía que traer aparejada, por necesidad interna una nueva propuesta pedagógica.

No queremos extendernos aquí sobre el acontecimiento traumático del examen, resabio metodológico liberal, individualista y antipedagógico, fiel correlato de la clase magistral del profesor elitista (e ignorante) que no se comunica con los estudiantes.

Señalemos sólo que la propuesta de los juicios a personajes, acontecimientos, épocas, etc., permiten la participación en equipo de los estudiantes, que efectúan ese práctico, luego de haber recibido información en clase, que acrecientan en la preparación de los juicios, que actúan desinhibidamente, aprendiendo a re-

lacionar conceptos y a rechazar la erudición como máxima expresión de la falta de inteligencia. La naturaleza polémica de los juicios trae, por otra parte, una efectiva búsqueda de la verdad, de la libertad de cátedra, de la propia formulación de posiciones. Desde las cuestiones disputadas de la Edad Media hasta el psicodrama contribuyen a sostener teóricamente esta nueva metodología propuesta, pero no es eso su rasgo esencial.

Los mejores signos del éxito de la experiencia pedagógica están en la reacción ampliamente positiva de los estudiantes y en la igualmente negativa de los grandes diarios de la oligarquía.

### IV

Es indudable que el triunfo evidente del revisionismo histórico se inserta en la perspectiva de la creciente conciencia histórica de los trabajadores en la Argentina. La conciencia nacional de un salto adelante en manos de los descamisados, y el revisionismo no es ya patrimonio de una minoría intelectual, sin conciencia colectiva de los verdaderos argentinos. Es indudable que en este contexto de liberación, la historia del derecho ha de sufrir una sana revolución interna.

Sin olvidar, desde ya, que las épocas históricas no son precisamente historiográficas.

## **SOBRE EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN "EL DERECHO DEL TRABAJO"**

ENRIQUE RODRIGUEZ

Estas consideraciones responden a los primeros puntos del programa de la materia, que por supuesto son el reflejo del enciclopedismo reinante en nuestra facultad hasta la asunción de las nuevas autoridades, conscientes de que algunos de los males continúan y que a los mismos es preciso desterrar con una lucha sostenida de los que militan en la causa del pueblo.

Toda la ideología liberal intenta mostrar al mundo que gobierna como un conjunto armoniosamente regulado, donde la libertad del hombre aparece como su fundamento filosófico y económico y el derecho como el conjunto de normas que tienden a plasmar esos principios, siendo el estado el organismo encargado de funcionalizarlos apareciendo como un ente independiente, diríase por encima de conflictos, clases de intereses, cuya función es simplemente aplicar esos principios que aparecen plasmados en las constituciones y leyes, en el llamado orden jurídico.

Es decir que se intenta dar una imagen mistificada de la realidad, el derecho aparece entonces como una ciencia que debe basarse en la protección de los principios que impone la filosofía liberal.

Nadie ignora que todo conocimiento implica de alguna manera un corte o fraccionamiento de la realidad, pero la elección de ese corte pasa a tener fundamental importancia, máxime en ciencias sociales. Si elegimos un corte sin ningún tipo de cuestionamiento, valorativamente, podríamos continuar con el camino trazado por los liberales, el estudio de la norma, sin analizar las relaciones reales que la norma tiende a regular, y en consecuencia aceptaríamos el statu quo reinante.

Pero si partimos de otros principios, y pensamos que la realidad socioeconómica tiene su reflejo en la superestructura jurídico político, reconociendo que dentro de ciertos límites existen autonomías y que no hay entre ellas una mera relación mecánica, el resultado del análisis será otro.

El objetivo de estas consideraciones es mostrar realmente lo que regulan las normas jurídicas y este análisis es sumamente dificultoso en esta materia, ya que desde el nombre encontramos mistificación. "Derecho del trabajo", parecería significar que el objeto de esta rama fuera la protección del trabajo, es decir la protección de los trabajadores, pero tal como está encarada, dicho nombre nada tiene que ver con el verdadero sentido de las normas jurídicas que regulan el tema.

Los primeros temas de los viejos programas se refieren al derecho del trabajo; a la naturaleza del derecho del trabajo —tan difícil de definir científicamente; a su autonomía respecto de otras ramas y a su caracterización como derecho público o privado. Tal programación inicial, nada explica científicamente y tiende a encerrar al alumno en el estrecho terreno de la norma, que es analizada avalorativamente para impedir todo razonamiento profundo necesario, inclusive para fundar las autonomías de cada rama.

Es cierto que partiendo del objetivo de mantener el orden jurídico reinante, es decir, un derecho que tiende a regular las relaciones económicas existentes, todo análisis avalorativo, exclusivamente normativo es el correcto. Pero toda ciencia para ser tal tiene que describir su objeto y entonces podemos decir que existen distintos conceptos de trabajo y aquel que mejor lo describa es el verdadero.

El hombre para poder vivir, tiene que dominar a la naturaleza y de ahí nace el trabajo, es decir de la actividad humana que tiende a satisfacer sus necesidades. Desde el comienzo primitivo al capitalismo, pasando por el esclavismo y el feudalismo, encontramos coincidencias con diferencias de matices entre los distintos autores, ya que todos valoran a cada forma de produc-

ción como una superación de las formas de división del trabajo anterior.

El capitalismo aparece también como una forma superior de la sociedad feudal, atento que ve en la división del trabajo el mejor método para ampliar la producción y ésta es quizás su principal contradicción, atento que aparece el trabajo social; cada persona juega un rol en el aparato productivo. Hay especialización, mayor división del trabajo, etc. Si nos quedáramos en esta parte del análisis no habría fundamentales contradicciones, pero aquí comienzan las principales diferencias.

Para un liberal esta es la sociedad perfecta, ya que el obrero en tanto consumidor compra lo necesario para su manutención en el mercado y en tanto el productor, vende la fuerza de su trabajo al mejor postor, también en el mercado de trabajo y todo se regula por la ley de la libre oferta y demanda. Este análisis simplificado, aparece como un silogismo casi perfecto.

Pero esta concepción tiene enormes baches. En primer lugar cabría preguntarse: ¿Puede funcionar una sociedad sin el trabajo, sin los trabajadores? La respuesta aparece evidente: No. Y entonces nos preguntamos por qué existen clases sociales. Las clases sociales se definen por su relación con los medios de producción. Serán capitalistas los propietarios de los medios de producción y proletarios o trabajadores aquellos que con su trabajo hacen funcionar los medios de producción y producen, valga la redundancia, la riqueza social. Y entonces cabría la pregunta: ¿Puede una sociedad funcionar sin capitalistas? La respuesta también es evidente: Sí. Y la conclusión es que *el hombre no puede vivir sin trabajar pero puede vivir sin capitalistas*.

Cabe preguntarse entonces qué función cumplen los capitalistas en una sociedad desarrollada. La respuesta histórica es correcta solo relativamente, ya que podríamos responder que el capitalismo es un avance de la sociedad respecto a formas de producción anteriores, por la mayor división del trabajo, por la aparición del trabajo social, pero si nos quedamos en este estado, estamos diciendo una verdad pero de ninguna manera profundizando el conocimiento y las ciencias, llegado a un resultado,

tienden a desarrollar los conceptos. Y entonces tenemos que volver a los comienzos del artículo, cuando decíamos que el liberalismo mistificadamente defendía la libertad del hombre, pero las ciencias sociales, entre las cuales se encuentra la fundamental —la política— y otras como la sociología, el derecho, la psicología, etc., también tienen como objeto el hombre individual o socialmente, ya que en definitiva tienden a buscar los auténticos caminos de la libertad, no los meros postulados formales del liberalismo, sino la libertad real que permita el desarrollo del hombre en toda su magnitud, lo que tan magníficamente definió el Comandante Ernesto Che Guevara, como el hombre nuevo y entonces tenemos que buscar cuáles son las contradicciones que encierra el capitalismo para impedir la libertad del hombre.

Y volviendo a la pregunta, el propio capitalismo nos enseña que la mejor forma de dominar la naturaleza, de satisfacer las necesidades del hombre es la división del trabajo, el trabajo social, de manera que se prioriza en un sistema en el que va dejando de tener importancia el trabajo manual, individual y comienza a tener importancia lo social, la ubicación del hombre en una función social y es por esa actividad social que aumenta considerablemente la producción. El hombre desarrolla la máquina, nacen las modernas industrias, inclusive llega a dominar lo inalcanzable años atrás; el espacio. Se desarrollan raudamente las ciencias físico-matemáticas. Hoy se habla del descubrimiento de antídotos contra el cáncer, etc. etc. ¿Cuál es entonces la contradicción? ¿Cuál es el freno? ¿Qué impide el desarrollo de la libertad del hombre? Y la respuesta que aparece como imposible, también es fácil. Paralelamente a las modernas formas de división del trabajo, existe una forma de apropiación del trabajo. No todo el resultado del trabajo —el producto social— es pagado al hombre mediante el salario, sino una parte y el resto es apropiado individualmente por las clases de los capitalistas. Y esta es la contradicción: el trabajo es social pero una gran parte de ese trabajo social es apropiado individualmente por los capitalistas. Y esa es la contradicción que debemos resolver: la eliminación de aquellos factores que dividen a los hombres, que hace

que la mayoría de los hombres trabajen y una pequeña minoría se apropie de los resultados de ese trabajo, lo que en definitiva conduce a eliminar de la historia de la humanidad la explotación del hombre por el hombre; la que impone la socialización de los medios de producción y la socialización del producto social y esto no es una afirmación económica sino el único camino para garantizar la libertad real, el objetivo por el cual lucha la humanidad desde hace siglos.

Otra de las contradicciones que vive la humanidad es la explotación de las grandes metrópolis imperialistas a los denominados pueblos o naciones del tercer mundo y eso es también debido a la gran tecnificación, a la monopolización de la economía. Los países del tercer mundo, productores fundamentalmente de materia prima, no pueden desarrollarse independientemente ya que dependen incluso tecnológicamente de las grandes metrópolis y éstos se enriquecen con un producto social adicional, el que se extrae a las grandes masas explotadas del tercer mundo, mediante sistemas de dominación económicos y políticos directos, o mediante alianzas con las oligarquías nativas y los sectores capitalistas aliados, que son su correa de transmisión, inclusive mediante la radicación de capitales, pero esos capitales también tienen una contradicción fundamental para el desarrollo de los países del tercer mundo, porque se exportan las ganancias y éstas ni siquiera son reinvertidas en los lugares en que son producidas, más, en realidad son arrebatadas a los trabajadores de sus lugares de producción.

“El capitalismo a escala mundial atraviesa una crisis económica, social y política que no admite ser resuelta en los marcos del viejo ordenamiento. El mito de la “sociedad integrada”, capaz de desarrollarse ad infinitum, manteniéndose no obstante inalterable en sus relaciones de clase, ha sido quebrantado por un cuestionamiento radical surgido de las propias contradicciones internas y cuya nota distintiva es un malestar generalizado, una crisis de hegemonía y que corroe la civilización burguesa e impugna las relaciones jerárquicas y burocráticas de la sociedad. Porque el capitalismo se fue revelando como un mecanismo irra-

cional, incapaz de resolver de manera estable la contradicción entre las necesidades que el sistema suscita ininterrumpidamente y la imposibilidad de satisfacerlas con el desarrollo actual, el desarrollo posible. Por primera vez en la historia el sistema capitalista aparece agotado, no porque sea incapaz de asegurar un desarrollo productivo o una creciente expansión económica, sino porque representa un obstáculo para la plena utilización de las potencialidades existentes. El conjunto de problemas que los economistas, sociólogos y juristas burgueses atribuían a la inmadurez del capitalismo o a deformaciones coyunturales factibles de ser superadas en el proceso mismo de generalización de las relaciones burguesas de producción, hoy se revelan en cambio como inherente a su mecanismo de funcionamiento. La sociedad capitalista está sacudida por una crisis no precisamente de "crecimiento" sino de madurez... Nace precisamente del propio desarrollo y afecta directamente a los fundamentos del sistema, de modo tal que resulta imposible de superar la situación sin una superación radical de tales mecanismos". (Pasado y Presente págs. 4 y 5).

Esta introducción tiende a precisar cuál es el objeto, que para el autor debe tener, el derecho del trabajo; no el análisis frío y dogmático de la norma sino de las relaciones reales que tiende a regular, no solamente tenemos que analizar el deber ser de la norma sino el deber ser de la sociedad en su conjunto. Debemos empezar a elaborar en nuestra facultad el verdadero derecho, desprovisto de mistificaciones, ubicándonos en el campo del que da la batalla, en el campo de los trabajadores, en el campo de los explotados. Hasta ahora teníamos una sola versión: la de las normas, las del *statu quo*, que era también ubicarse en un terreno: el de los propietarios de los medios de producción, el de los capitalistas, que dan todo por supuesto, y atribuyen a los juristas el mero papel de analistas de la norma, ya que si se profundiza el análisis se profundizan las críticas y cae el esquema formal del orden jurídico existente y aparece la necesidad de implantar un nuevo orden jurídico que regule de otra manera las relaciones de producción, donde los trabajadores de explota-

dos pasen a ser los propietarios de los medios de producción, de conducidos pasen a ser los conductores. En consecuencia, el conocimiento crítico, la ubicación del derecho dentro del campo de las ciencias sociales en general, su no aislamiento, su profundización. el crecimiento del derecho como ciencia autónoma.

El discurso era necesario, ya que casi todos los autores tradicionales tienden a definir el derecho del trabajo sobre la base de su aislamiento; casi todas las definiciones incluyen el *factor trabajo* como integrativo de su concepto. Pero ese factor aparece aislado, es descripto como preestablecido e inmutable, se dan sus connotaciones pero se elude explicarlo en sus implicancias. De una manera general se define al concepto trabajo como una ocupación, actividad o esfuerzo cualquiera. Tal definición por supuesto no encierra ningún contenido, pero precisando el objeto se divide al trabajo en dos grandes ramas: trabajo autónomo o trabajo independiente y trabajo dependiente, prestando en calidad de subordinado, siendo este último el que particularmente analiza la materia.

Se realizan luego una serie de consideraciones sobre cada una de las ficticias divisiones. En primer lugar, podemos decir que el trabajo independiente en las sociedades capitalistas, o capitalistas dependientes como la nuestra, tiende a desaparecer. Ya casi no hay trabajo independiente ni siquiera para las profesiones liberales, atento de que el ingeniero es un asalariado de las grandes empresas de su especialidad, o del Estado. El médico ya no ejerce su profesión en su consultorio sino que pasa a depender de los grandes centros privados de atención o del Estado y debe trabajar por magros salarios. El sociólogo debe hacer investigaciones para las empresas o el Estado; el especialista en letras o el autor depende de las grandes editoriales y el abogado debe trabajar en los grandes estudios, en las empresas, o en los sindicatos, en la justicia o la burocracia estatal. Y se traspasan los conceptos viejamente pensados. Los profesionales, los dueños de su trabajo, según los viejos esquemas liberales, pasan a ser técnicos dependientes. Ya casi no existe el plomero o zapatero. Todo se tiende a dividir, a especializar, en definitiva a socializar y en

muchos casos los intereses de los llamados profesionales dependientes pasan a ser los intereses de los explotados en general. El trabajo intelectual tiene dos destinatarios: o los dueños del poder, del capital o se dirige a los explotados y en consecuencia, de meros intelectuales nos convertimos en trabajadores intelectuales que con todas nuestras limitaciones optamos por un campo. Por qué entonces no ha de regular el derecho del trabajo este tipo de tarea? ¿Acaso porque se perciben honorarios para eludir la dependencia y los beneficios de la ley laboral?

Según Krotoschin en su "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo": "El trabajo al servicio o bajo mando es entonces el hecho fundamental y el presupuesto sociológico del derecho del trabajo" (ver pág. 4 - Ediciones De Palma 1965).

Y nuevamente demostramos que el discurso inicial es el correcto. El autor citado sin ningún reparo restringe el campo de su materia a un tipo de trabajo, el subordinado, como algo inmanente, preestablecido, inmutable, la restricción es total, como si el trabajo subordinado fuere lo único positivo y existente y en consecuencia si se es dependiente y subordinado, según estos autores se lo es por el poder de disciplina y contralir que ejerce el empleador y no porque existan patrones explotadores (empleadores) y obreros explotados (dependientes). Se mistifica elegantemente y se parte de lo preestablecido. Y es cierto, en realidad y desde el punto de vista de un análisis profundo, continuando la lógica de estos autores, el derecho de trabajo es *una mera restricción al dominio, al derecho de propiedad*. Es decir que todo lo que está obligado el patrón por la ley es para mantener el orden jurídico existente, pero por supuesto que esta idea no se expresa, sino que inmediatamente se pasa a enumerar los derechos fundamentales, sobre el tema volveremos más adelante.

En el primer punto del programa que seguía la cátedra que estaba a cargo del Dr. Machera, se enuncia el tema del Derecho del Trabajo y sus diferencias con el derecho de seguridad social. Continuando con la referencia que hace Krotoschin nos vemos en la necesidad de citarlo nuevamente: "La previsión social se ha ampliado, en los tiempos modernos hacia la seguridad social.

La seguridad coincide en algunos aspectos, sobre todo de carácter económico con los fines del derecho de trabajo, en cuanto trata de garantizar al trabajador un cierto nivel de subsistencia: otorgando al trabajador derecho" (Obra citada pág. 5).

Parece absurdo que un jurista sea tan poco sutil. Realmente la frase "garantizar al trabajador un cierto nivel de subsistencia", se explica por sí misma. Este derecho, según este autor, lo determinante es dar lo necesario para que el trabajador subsista, no para que viva como un "hombre libre". Y esto es en realidad con más o menos conquistas lo que sucede en la sociedad capitalista. Se trata de dar al trabajador lo necesario para que vuelva a trabajar y continúe en la producción en beneficio del empleador. El párrafo no admite comentarios y el análisis realizado por el doctor Roberto A. Wasner en su artículo "Seguridad Social y reconstrucción nacional" es una clara crítica a la concepción: "Hay quienes creen que la seguridad social es una técnica que debe aliviar y evitar el estallido que podría producir la no aplicación de paliativos. En la clásica concepción gatopardista, se busca mantener el mismo sistema social, congelando la evolución que requiere un país en crecimiento y auspiciando aquellas medidas que cumplan con alguna aspiración mínima de los sectores populares. Lo que se trata es de ver cuál es el sistema que mejor garantiza el crecimiento y una justa y adecuada distribución del producto social. Por supuesto, sin olvidar que toda reforma que tienda a mitigar la explotación es también un producto de la práctica social, lucha que no debe ser abandonada porque también sirve para el cuestionamiento del conjunto de relaciones existentes.

Luego, el programa antes comentado plantea la vinculación existente entre la materia, la Ciencia del Trabajo, la Economía Laboral, la Sociología del Trabajo, la Política Social y la Justicia Social. Estos tópicos han sido analizados en la primera parte de estas consideraciones.

Más adelante se plantea un punto que tiene especial importancia: Vinculación del derecho del trabajo con las Funciones Estatales.

Desde un punto de vista teórico se analiza también parcialmente el problema en los teóricos tradicionales. El Estado pasa a ser un órgano que cumple funciones que le otorga el ordenamiento jurídico vigente y en el área específica la aplicación de la Ley Laboral desde el punto de vista judicial es una. Otra la de los órganos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo, que tiende a vigilar el cumplimiento de las normas del derecho individual y a regular el funcionamiento de las instituciones del derecho colectivo de trabajo, asociaciones profesionales, convenciones colectivas de trabajo y formas de resolución de los conflictos entre dependientes (trabajadores) y empleadores (patrones). Y finalmente la función legislativa que tiende a regular normativamente mediante leyes las relaciones existentes. Una crítica dogmática podría sostener que estas funciones no las cumple el Estado. Y muy por el contrario, sostenemos que las cumple, pero nos quedamos nuevamente en una mera descripción y eludiríamos el tratamiento crítico del tema si no lo profundizamos.

El Estado tiende a regular y a funcionalizar las relaciones existentes en la sociedad, las relaciones entre los hombres entre sí y la ubicación de los mismos en el aparato productivo, en una sociedad donde existen propietarios de los medios de producción y trabajadores que cumplen la función productiva y que el excedente de lo producido se lo apropian los propietarios de los medios de producción: patrones. El orden jurídico es el reflejo de esa realidad y fundamenta mediante el sistema de la propiedad privada ese derecho fundamental e inalienable de los patrones. Y los distintos órganos de Estado tienen como base y fundamento esa institución. No puede haber Estado neutro, por encima de las relaciones productivas; en consecuencia, en un estado capitalista, el mismo representa los intereses dominantes, el interés de los explotadores por sobre el interés de los explotados, y su función es garantizar el normal funcionamiento del sistema que tiene por basamento la propiedad privada y el ejercicio de ese derecho por los capitalistas.

Y la función descripta es la que cumple el Estado y esa función también la cumple cuando se habla de normas que regulan

el derecho del trabajo. La relación entre el Estado y la represión de todo intento de trastocar el ordenamiento jurídico existente, se ve clara en los momentos en que el poder político es ejercido por una dictadura represora como la que vivió el país hasta hace poco tiempo. No se reprime sin razón, muy por el contrario se reprime todo intento de cambio y esa represión a veces es cruenta y brutal, pero muchas veces lo es sutil y hábil. Nadie deja de condenar la tortura, la represión a los conflictos sociales y políticos, la masacre de Trelew. Ahí aparece clara y sin tapujos la función represiva hacia quienes intentan cambiar las relaciones existentes, pero muchas veces mediante una visión idealista del Estado, éste aparece como regulando derechos; en nuestro caso específico los derechos de los trabajadores, pero esos derechos jamás en una sociedad capitalista podrán cambiar sus contenidos esenciales, son frenos que la propia sociedad utiliza para continuar con su sistema de dominación y es así que se plasman inclusive constitucionalmente ciertos principios esenciales.

El Artículo 14 bis de la Constitución dice: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados; retribución justa, salario mínimo, vital y móvil, igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario, estabilidad al empleo público; organización sindical libre y democrática, reconocida por simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relaciones con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá el carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de

entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

Las normas jurídicas tienen dos orígenes: la mistificación de las relaciones existentes en la sociedad o el resultado de la práctica social. La lucha de los trabajadores que imponen ciertos cambios, que el ordenamiento jurídico integra para perpetuar las relaciones de dominio existente, ya que existen ciertas autonomías entre las relaciones en la sociedad y las relaciones en la superestructura política. La relación jamás es mecánica; no existe en ciencias sociales un determinismo absoluto. Si la práctica social se queda en el mero objetivo de lograr ciertos cambios en el ordenamiento existente, dicha práctica es calificada como reformista, si la lucha por esa práctica tiende a desmitificar las relaciones fundamentales existentes, a cambiar el orden jurídico por otro, es calificada de revolucionaria.

Esta introducción no tiene como intención descalificar el logro de ciertas conquistas que quedan normativizadas, en este caso en la Constitución, sino a analizar su contenido fundamental.

El primer engaño que intentan los juristas para impedir su auténtica aplicación es la división arbitraria que hacen ciertos constitucionalistas entre normas operativas y normas programáticas. Las normas operativas son aquellas que tienen aplicación inmediata y la programáticas aquellas que quedan sujetas a la reglamentación que hagan leyes específicas, es decir que hay normas que no son derechos, sino meros enunciados, no creemos sobre el tema siquiera necesario insinuar la crítica.

Analicemos en consecuencia en particular la norma constitucional y algunas leyes que permitan ubicarnos esquemáticamente en la materia.

Dice la norma constitucional que las leyes garantizarán al trabajador condiciones "dignas y equitativas de labor". Desde un punto de vista de principios en el camino del logro de la libertad

del hombre, esta norma sólo es logvable cuando quede abolido de nuestro orden jurídico la explotación del hombre por el hombre. Todo intento relativista atenta contra la dignidad del hombre y el hombre adquiere dignidad dentro de la sociedad capitalista en la medida que lucha por conseguir este objetivo.

Jornada limitada: dicha norma es reglamentada en nuestro país con anterioridad al principio constitucional por la ley 11.544. No es nuestro objetivo historiar las luchas obreras, pero nadie puede ignorar las sangrientas luchas de los trabajadores por conseguir las ocho horas diarias de labor o 48 semanales, tanto en nuestro país como en el mundo entero. Pero el progreso social es detenido en nuestro país por una crisis estructural que se enmarca dentro de una crisis coyuntural permanente desde hace más de 18 años. Y la realidad nos demuestra que un gran porcentaje de trabajadores argentinos debe cumplir horas extraordinarias e inclusive tener dos trabajos para satisfacer sus necesidades fundamentales. Existe además un fallo plenario que dice: "que las horas extraordinarias no autorizadas por el poder administrador solamente se cobran simples, ya que de lo contrario se viola la ley de jornada limitada y los trabajadores deben hacer cumplirla. Desde un punto de vista estrictamente dogmático, nuestros señores jueces aparecen como celosos defensores de la ley, pero ignoran que la práctica indica que si los trabajadores no las cumplen, o no pueden mantener sus hogares o corren el peligro de perder su empleo. Y de esa manera, por vía jurisprudencial, se permite aún un mayor enriquecimiento de los patrones.

"Descanso y vacaciones pagados": Existen leyes que reglamentan ambos institutos. Sin embargo se permite que a los trabajadores se les pague por jornal y en consecuencia el descanso semanal deja de ser pago y existen todavía en nuestro país contratos de trabajo que se consideran por un día, como el de los estibadores y los trabajadores no tienen descanso pago, ni siquiera estabilidad en su trabajo. Ni siquiera la estabilidad relativa de la Ley 11.729, tema sobre el que volveremos más adelante.

"Retribución justa": Salario mínimo vital y móvil: Este derecho es reglamentado por la ley 16.459, que establece un órgano para que lo reactualice con agilidad y rapidez. En la práctica de los últimos años es regulado por el Poder Ejecutivo.

Actualmente se los fija en \$ 1.000 argentinos. No es necesario ser un experto en economía para comprender que esa suma no alcanza para mantener un hogar, el propio Ministro de Trabajo consideraba bajo y como obrero él exigiría lo menos \$ 3.000, pero señor Otero, al ser nombrado ministro sostuvo que ese salario pero sin embargo cuando él mismo lo reglamenta establece la antedicha suma.

"Igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas, con control de producción y colaboración en la dirección". Dichas normas son tan solo programáticas. Jamás la patronal permite que los trabajadores conozcan el funcionamiento interno de sus empresas, porque se podría descubrir el monto de sus ganancias, fundamentalmente en las grandes empresas multinacionales y que el proceso de monopolización creciente de la economía las hace cada vez más poderosas y mayoritarias. Y podría dar conciencia a los trabajadores de que los patronos son innecesarios para el desarrollo del proceso productivo.

"Protección contra el despido arbitrario". Dicha norma es reglamentada antes de ser constitucional y en la práctica se reduce a establecer una indemnización desactualizada para el caso de despido arbitrario, ya que se establece como indemnización el promedio de sueldos de los últimos tres años con un tope máximo de mil pesos por año con un mínimo de sueldo de un sueldo. Y esta ley no se aplica para innumerables trabajadores, estibadores, servicios doméstico, etc. Durante la dictadura militar se arrebató esta conquista a los trabajadores de la construcción mediante la sanción de la Ley 17.258 que crea un fondo de desempleo equivalente al 8%, de los salarios percibidos durante el primer año, y el 4% por los restantes. Dicha ley, además de anular una conquista, en los hechos favorece a las grandes empresas

monopólicas, ya que por los enormes recaudos para aplicarla no la pueden cumplir los pequeños contratistas o empresarios.

"Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial". Dicho precepto tiene como reglamentación la ley 14.455, que es prácticamente y con limitaciones la reglamentación de Asociaciones Profesionales dictada durante el Gobierno del General Perón. Dicha regulación es también el resultado de sangrientas luchas de los trabajadores, ya que los sindicatos en su historia frente al Estado pasan por tres períodos, el período represivo donde se consideraba la agremiación como ilegal y violatoria del ordenamiento jurídico, etapa en que se desarrollan grandes luchas por humanizar las condiciones de trabajo, y que inclusive durante este siglo se desarrollaban jornadas de 16 horas, se utilizaban a los niños y mujeres en las tareas más difíciles y duras para pagar menos salarios, etc. etc.

Pero nada podía acallar los justos reclamos de los trabajadores que inclusive son recogidos en la legislación vigente y se pasa entonces a un período de tolerancia de las asociaciones profesionales donde no se las reprimía en todos los casos, se les permitía cierta actuación pero carecían de una regulación legal específica.

Y una tercera etapa: la regulación legal donde el Estado reconoce la existencia y se establece una regulación especial y es entonces que se produce un proceso de crecimiento vertiginoso en el poder económico de los sindicatos, ya que inclusive son protegidos por la ley.

Se dictan las distintas reglamentaciones mediante los decretos 969/66 y 2477/70 por lo que se le dan enormes facultades al Poder Administrativo para intervenir y controlar las asociaciones profesionales.

Los sindicatos a medida que crecen como entidades financieras acrecientan sus arcas pero se apartan de la representación de los intereses de los trabajadores y se crean condiciones burocráticas de conducción que apartan a las bases de la participación en los mismos, salvo honrosas excepciones y en lugar de representar los intereses de los trabajadores se convierten en una

correa de transmisión de la política oficial. En lugar de superarse el sistema, se proyectan leyes para fortalecer la centralización burocrática, para impedir toda forma de participación orgánica de las bases en las decisiones.

"Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo". Dicha norma es regulada mediante la ley 14.250, que permite a las asociaciones concertar convenios colectivos de trabajo. También esta institución fue desnaturalizada; durante la dictadura militar se pasó a un receso y con posterioridad se permitió modificar las convenciones dentro de ciertas pautas, pero facultando a las Comisiones Directivas de los Sindicatos para firmarlas, sin necesidad de consultar a las bases. Actualmente mediante la concreción del denominado pacto social entre las organizaciones empresarias que representan a los patrones, la C.G.T. que no podemos decir que representa a los trabajadores, y el gobierno provisional se han anulado nuevamente, pese a los insistentes reclamos de los trabajadores, ya no por acrecentar conquistas sino para llegar a niveles anteriores.

"Recurrir a la conciliación y al arbitraje". La norma dice recurrir por la Ley 16.396 que se faculta al Estado Nacional a autoconvocarse para abocarse al conocimiento y decisión de los conflictos colectivos de trabajo y recurrir al arbitraje obligatorio. Dicha ley absolutamente inconstitucional jamás ha sido declarada tal por ningún Tribunal de la Nación. Fue dictada durante la dictadura militar.

"El derecho de huelga". Dicho precepto jamás ha sido reglamentado. Sin embargo, los hechos son más tercos que la norma. Y es evidente que con Ley o sin Ley los trabajadores no prescinden de su elemento fundamental de lucha. Sin embargo, por los decretos reglamentarios se han establecido una serie de requisitos. Entre otros, la votación obligatoria y secreta. Pero la jurisprudencia ha tenido aquí una función fundamental, no para afirmarlo como derecho sino para negarlo, ya que huelga se considera la medida de fuerza que ejercen los trabajadores fuera del lugar de trabajo sin cumplir sus tareas. Toda otra medida es considerada ilegal por nuestra Excma. Cámara del Trabajo y

por los Tribunales, Jueces y ex miembros de las Cortes Supremas de Justicia, tal como paros parciales, tomas de establecimientos, disminución concertada de las tareas, etc. Este quizás sea el más claro ejemplo de la función clasista y patronal de los jueces del trabajo en todos los niveles, salvo honrosas excepciones que no podemos dejar de considerar.

"Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relaciones con la estabilidad de su empleo". Este principio es consagrado por la Ley 14.455. Sin embargo, la jurisprudencia también limita este derecho, ya que requiere la previa comunicación fehaciente de la designación a la patronal para que pueda ser aplicada la protección, los abogados que trabajamos en la especialidad podemos enumerar por ciertos los casos que "casualmente", previa a la comunicación, son despedidos trabajadores combativos elegidos por sus bases, en una acción aparentemente concertada entre burócratas y patrones. Además la ex Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires consideraba que la norma de la ley 14.455 no tenía sanción y lo único que se podía hacer eran aplicar las sanciones que por práctica desleal fijaría el Consejo Nacional de Relaciones Profesionales.

El restante párrafo se refiere a la seguridad social, haremos un breve comentario general, las jubilaciones y pensiones sin magras y no móviles. El Estado ha utilizado permanentemente los fondos destinados a este sector a otros fines, los organismos destinados a la salud de la clase pasiva funcionan mal, el seguro social obligatorio no fue reglamentado y no se aplica, la protección integral de la familia se limita a un subsidio "actualizado" por esposa y cada hijo de \$ 84.— y esa es la protección integral que se le da a la familia mediante un resorte de "compensación". Y el acceso a una vivienda digna es todos los días reclamados por el movimiento villero que representa a millares de seres humanos que viven en condiciones de promiscuidad y sin ningún tipo de confort, inclusive en los grandes centros urbanos industrializados, los famosos cordones industriales. Se permite la estafa de enormes corporaciones económicas en la venta de terrenos

por sumas fabulosas sin ningún tipo de urbanización y el enorme esfuerzo de millares de argentinos acrecienta el valor inmobiliario de personas que poseen esos bienes para la pura especulación.

### "Naturaleza jurídica y otras cuestiones"

Todos los clásicos autores se entretienen en un trabajo que jamás he llegado a entender: la naturaleza jurídica. Dicho trabajo consiste en tratar de encajar cada concepto, cada institución, cada norma en otra anterior o más importante, para finalmente por una operación ininteligible, llegar al derecho Romano. El procedimiento no es casual; tiene razones. En lugar de analizar cuál es el contexto social de la norma, es preciso abstraerse, apartarse de la realidad, para evitar que nos demos cuenta de los conceptos que utilizamos y tratemos de entenderlos.

Otra de las operaciones habituales en los especialistas de cada rama es demostrar autonomías con relación a las restantes y su importancia. Esto merece un simple análisis; es imposible realizar un trabajo científico en ciencias sociales, apartándose de las restantes. Las distintas ramas surgen de una necesaria división del trabajo para profundizar el análisis en un corte de la realidad, pero como el objeto es idéntico, el tratamiento de las instituciones no puede ser distinto. No negamos la forma de trabajo, pero elaborar presuntuosas teorías carece de todo sentido. Es necesario estudiar el derecho de trabajo, por una exigencia de la realidad; el contrato de trabajo tiene connotaciones con otras instituciones, el contrato colectivo tiene algunas notas propias como lo tienen los distintos contratos, pero la metodología de análisis no puede ser distinta. Es materia de discusión si el derecho puede ser considerado como ciencia, nos inclinamos por el criterio que lo afirma, pero autonomizar sus materias con conceptos abstractos, absolutos y diferenciales sería el mejor camino de negar al derecho la calidad de ciencia.

Párrafo aparte merece la antojadiza división entre derecho público y privado, y dentro de esta división al derecho privado de orden público, entendemos que todo el derecho es público, ya que el más privado de todos los derechos, según los sostenedores de esta división, "el derecho de propiedad", es la base fundamental de toda la sustentación del ordenamiento jurídico en un país capitalista, ya que de cambiar este sistema por uno que lo reemplace mediante la socialización de los medios de producción y la socialización del producto de trabajo, no cambiaría una norma sino que cambiaría de raíz todo el ordenamiento jurídico y por ende el Estado, inclusive hablaríamos de un nuevo derecho.

El análisis referido al *orden público laboral* implica simplemente un freno estatuido legalmente a la posibilidad que los patronos contraten en condiciones especiales a cada trabajador, el propio capitalismo ha debido reconocer la falta de funcionamiento de este sistema, no para fijar mejores condiciones sino para fijar las mínimas. Es estudio de esta rama por separado se basa en la realidad. No puede contratarse individualmente al trabajador cuando existe un ejército de desocupados, mano de obra excedente, por la irracionalidad del sistema capitalista. El propio estado ha reglamentado este instituto para evitar el irritante social que significaría reducir a ninguna las conquistas tratando de contratar sin ninguna base al más necesitado. Pero la patronal tiene argucias y fraudes fáciles de anular, pero que permanecen, el instituto del recibo en blanco, por el cual se paga menos de lo que dice el recibo. Esta situación es también práctica diaria en los Tribunales, sin embargo, pese al criterio excepcional de Jueces de Primera Instancia, dicha prueba no puede ser dejada de lado con testigos, y así lo entiende la Excma. Cámara. La prueba de testigos no puede prevalecer sobre el principio de prueba por escrito, de un recibo llenado con posterioridad y falsamente, aunque ese recibo no reuna los requisitos de la ley. El combate al fraude también tiene un gran enemigo: la Jurisprudencia, testigos de esta afirmación son millares de empleados de comercio, gastronómicos, etc. argucias que permi-

ten a la patronal eludir el laudo, y no falta en la construcción y en los restantes gremios. Debemos dejar las presuntuosas palabras para analizar la realidad y de ella sacar las pautas para modificarla, pero todo este análisis pareciera demostrar que mediante retoques ya no es modificable.

Hemos llegado al final y es triste llegar a estas conclusiones, pero responder a la realidad, ésta —la realidad— debe ser el punto de partida de todo análisis científico, y es por ello que consideramos que ya no existen soluciones parciales mediante algún retoque, por ello auspiciamos cambios profundos y por ello debemos poner nuestros conocimientos al servicio del principal protagonista de este cambio, los trabajadores argentinos, concientes de nuestra secundaria participación, pero no por ello debemos dejar de profundizar en el análisis para desmistificar los conceptos, éste creemos puede ser el camino a recorrer para lograr un verdadero análisis científico de esta materia.

## INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

CARLOS ALBERTO ETALA

### I. Concepto

En el ámbito de la ciencia del derecho del trabajo, los juristas suelen distinguir dos partes a las que se denomina, por lo general, derecho individual y derecho colectivo del trabajo.<sup>1</sup>

A partir del fenómeno social básico que constituye el sustrato material del derecho del trabajo, esto es, la prestación por parte de ciertas personas de su fuerza de trabajo en provecho de otras a cambio de una remuneración, las distintas normas que a él se refieren consideran aspectos diferentes. Por un lado existen disposiciones que rigen la relación que se establece entre un trabajador y un empleador individualmente considerados y sobre la que se elabora doctrinariamente la teoría del contrato de trabajo y por otro, aparecen normas que se refieren a las relaciones que vinculan a un empleador o un grupo de empleadores con los grupos de trabajadores. El primer conjunto de normas constituye el contenido del derecho individual del trabajo, el segundo, el del derecho colectivo del trabajo. Pero esta primera aproximación no alcanza a delimitar con precisión el concepto de derecho colectivo del trabajo. En efecto, puede presentarse el caso de una mera yuxtaposición de relaciones individuales y no por ello éstas serán regidas por las normas del derecho colectivo.<sup>2</sup> Para que una relación configure materia regulada por

<sup>1</sup> Estas son las denominaciones más difundidas, pero no las únicas. La discusión en torno de las denominaciones la consideraremos más adelante al tratar especialmente este tema.

<sup>2</sup> Sería el caso, por ejemplo, de un litis consorcio activo procesal en

el derecho colectivo del trabajo, es condición necesaria que ella vincule a una *pluralidad* de trabajadores. Pero la existencia de este elemento cuantitativo debe integrarse con un elemento cualitativo representado por la aparición de un *interés colectivo* que no es el resultado de la suma de los intereses individuales de varios trabajadores, sino que expresa un interés cualitativamente distinto referido a los trabajadores como clase (o gremio dentro de la clase o como grupo dentro del gremio). Nos referimos a los trabajadores como clase social, en cuanto el concepto de ésta comprende los "grandes grupos o categorías de individuos que se diferencian básicamente por la posición orgánica y objetiva que ocupan en la organización social de la producción"<sup>3</sup>, ubicación que está determinada fundamentalmente por la forma específica en que se relacionan con los medios de producción (fábricas, maquinarias, materia prima, etc.), ya que los trabajadores por no poseer estos medios de producción o por disponer de una cantidad demasiado pequeña de ellos deben trabajar para aquellos que los poseen, es decir, sus empleadores.

Como se advertirá de inmediato la dificultad se centra en la delimitación del concepto de "interés colectivo". La palabra "interés", en el lenguaje corriente, alude a intenciones o directrices de actuación referidos a individuos, por lo que siempre adquiere casi exclusivamente el carácter de fenómeno psicológico, es decir, subjetivo. Sin embargo, el concepto de "interés colectivo" supone la existencia de intereses objetivos vinculados con la situación que determinado grupo de individuos ocupa en la organización social de la producción. Desde este punto de vista, el contenido de los intereses determinados por esa situación social, puede advertirse que se presenta referido a la existencia de dos sectores de individuos, uno caracterizado por la detentación de

que varios trabajadores conjuntamente reclaman judicialmente de un empleador el cumplimiento del contrato de trabajo.

<sup>3</sup> Costa Pinto, L. A. "Estructura de clases y cambios social", Editorial Paidós, Buenos Aires, pág. 40. (4) DAHRENDORF, RALF "Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial", Ed. Rialp, Madrid 1962, págs. 213 y sgts.

la propiedad de los medios de producción y el otro, que privado de la posesión de esos medios, debe trabajar para aquellos que los poseen. De esta situación fundamental deriva para el primero la posibilidad de ejercer autoridad o poder en el plano de la producción y el consiguiente interés en la conservación de la estructura así creada y para el segundo, el sector laboral, la carencia de esa autoridad o poder y el interés en modificar la estructura que los establecen; ambos intereses se hallan en pugna, uno por la conservación, el otro por la superación del "statu quo".<sup>4</sup> Los intereses así definidos por la ubicación en una situación social determinada son siempre, desde el punto de vista del sujeto "intereses latentes". Se transforman en "intereses manifiestos" cuando se exteriorizan en una acción.<sup>5</sup>

No obstante que la existencia de esos intereses se revela tanto referidos a los empleadores como a los trabajadores, el derecho colectivo del trabajo otorga preeminencia a la consideración de los intereses de estos últimos y sólo los vinculados a ellos merecen la calificación de "interés colectivo". Es que éste está presente en el origen y desarrollo de todas las instituciones vigentes que integran el contenido de nuestra materia. Las asociaciones profesionales se constituyen para la defensa de los "intereses profesionales", los convenios colectivos se conciertan para cristalizar en normas determinados intereses de la categoría, el conflicto colectivo surge para la defensa o concreción de ciertos intereses de la clase, gremio o grupo de trabajadores, etc.

## II. Denominación

La denominación que hemos adoptado de "derecho colectivo del trabajo" para designar esta parte del derecho del trabajo no es aceptada pacíficamente. Devali la ha objetado, con

<sup>5</sup> Tomamos para efectuar la distinción anterior la que formula DAHRENDORF, pero le asignamos un alcance diferente al que le atribuye este autor (Cfr. DAHRENDORF, Ralf, ob. citada en nota anterior, pág. 218).

las siguientes palabras: "Tal denominación no parece conveniente, ya que la parte del derecho contrapuesta, debería lógicamente denominarse "derecho individual", creando así confusión con el concepto de "derecho subjetivo". Por otra parte, es obvio que todo derecho es colectivo, por emanar de y dirigirse a la colectividad. Consideramos pues preferible la denominación de "derecho sindical" atribuyendo a la palabra "sindicato" el alcance general que tiene en casi todos los idiomas y comprensivo de toda clase de asociaciones profesionales, sean obreras o patronales".<sup>6</sup> Tales argumentaciones no nos parecen concluyentes. El fenómeno sindical no agota el contenido de la materia que abordamos. Ello, más aún, después de la reforma constitucional de 1957 en la que el legislador constituyente ha garantizado a los "gremios" (que no es sinónimo de sindicatos) los derechos de concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y el arbitraje y el derecho de huelga (art. 14 bis).<sup>7</sup> La denominación "derecho sindical" sugiere la reducción del contenido de nuestra materia al estudio del régimen de las asociaciones pro-

<sup>6</sup> Deveali, Mario L. "Derecho Sindical y de Previsión Social", Víctor P. de Zavallia, Editor, 3ª edición, Buenos Aires 1957, pág. 12. Rodolfo A. Nápoli acepta la misma denominación en su "Manual de Derecho Sindical", Abeledo - Perrot, 1ª edición; Guillermo Cabanellas, por su parte, trata separadamente el derecho de las asociaciones profesionales, el de las convenciones colectivas de trabajo y el derecho de los conflictos colectivos, conciliación y arbitraje en tres sucesivos tomos titulados respectivamente "Derecho Sindical y Corporativo", "Derecho normativo laboral" y "Derecho de los conflictos colectivos". No obstante, la agrupación de esas materias bajo la denominación común de "Derecho Colectivo del Trabajo" no le parece arbitraria ya que "descansa, precisamente en la realidad de que los trabajadores y los patrones, concebidos aisladamente, dejan de ser sujetos de este Derecho Colectivo del Trabajo, en el cual participan exclusivamente los grupos, las asociaciones profesionales, determinadas categorías", "Derecho Sindical y Corporativo" Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pág. 15.

<sup>7</sup> Según lo veremos más adelante el contenido de nuestra materia está integrado también por el derecho de la negociación y contratación colectivas, el derecho de los conflictos colectivos del trabajo y el derecho de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, la gestión y el control obrero.

fesionales de trabajadores, ya que la ley que las rige reserva la denominación de "sindicato" sólo a la asociación profesional de trabajadores de primer grado (art. 15 inc. 7º ley 14.455), por lo que no cabe además —como lo pretende Deveali— designar como "sindicatos" a las asociaciones patronales extensión de indudable filiación corporativista.

Otros autores se deciden, en cambio, por la designación de "derecho de las relaciones colectivas del trabajo".<sup>8</sup> Tal denominación tiene la virtud de destacar el carácter dinámico y no estático de la realidad económica-social sobre la que se rige el conjunto normativo que constituye el objeto de nuestra disciplina. Es a partir de las relaciones de producción que se establecen entre los diferentes agentes (empresarios y trabajadores) y sus consiguientes intereses contradictorios derivados de su distinta ubicación en el proceso social de la producción, que se constituyen sus diferentes formas de organización y autotutela, sus conflictos y las modalidades de negociación y solución de las controversias. No obstante que, esta última denominación podría ajustarse más al carácter del derecho colectivo, no parece justificarse —por ahora— el reemplazo de la designación más difundida de "derecho colectivo del trabajo".

### III. Sujetos

Las relaciones jurídicas que encuadran normativamente las relaciones colectivas del trabajo suponen la existencia de partes

<sup>8</sup> Mario de la Cueva, en su "Derecho Mexicano del Trabajo", décima edición, Ed. Porrúa S. A., México 1967, llama a esta parte del derecho del trabajo, "derecho colectivo del trabajo"; no obstante, un último estudio dedicado al análisis de la nueva ley federal del trabajo de México es titulado por el maestro mejicano "El derecho de las relaciones colectivas en la nueva legislación del trabajo de México" (en "Derecho colectivo laboral", varios autores, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973). El autor uruguayo Francisco de Ferrari, también se refiere en el tomo IV de sus "Lecciones de derecho del trabajo", Montevideo 1964, a "Las relaciones colectivas del trabajo".

o sujetos titulares de los derechos que implican y entre los cuales se establecen esas relaciones. Ya hemos mencionado que respecto de los trabajadores siempre es necesaria la presencia de una pluralidad de ellos con un interés colectivo manifiesto. Esta pluralidad de trabajadores puede constituir sólo un grupo reducido de ellos (todos o algunos de los trabajadores de un establecimiento o de una sección de un establecimiento) o más amplio (todos o algunos integrantes del gremio o categoría profesional e incluso de la clase en su conjunto). Esos grupos de trabajadores pueden o no estar constituidos en asociaciones aunque normalmente estarán organizados en sindicatos.<sup>9</sup>

Como hemos indicado anteriormente, la reforma constitucional de 1957 al consagrar los derechos de concertar convenios colectivos de trabajo, de recurrir a la conciliación y al arbitraje y el derecho de huelga, erigió en sujeto titular de esos derechos a los "gremios". El sentido que debe asignarse a dicho vocablo quedó de manifiesto en la discusión habida en el seno de la Convención Constituyente. El miembro informante de la Comisión Redactora, convencional Carlos A. Bravo, debió responder a una objeción proveniente del convencional Alfredo L. Palacios quién proponía que fueran "los trabajadores" y no "los gremios" los titulares del derecho de huelga. El convencional Bravo expresó en esa oportunidad: "Pertenece al gremio es una situación de hecho. Se pertenece al gremio en razón del oficio de la profesión que se ejerce: se pertenece al gremio de carpinteros, porque se es carpintero; pero no en razón del sindicato, cosa muy diferente: para pertenecer al sindicato hay un acto de voluntad del trabajador que se afilia a ese sindicato. Cuando tomamos la palabra "gremio" *referida a la huelga*, lo hicimos refiriéndola a una situación de hecho que hacía a los trabajadores a los que correspondía ir a la huelga, estuvieran o no afiliados: es un derecho de pluralidad de trabajadores, y así lo he explicado en mi posición

<sup>9</sup> La ley 14.455 art. 3º sólo considera asociaciones profesionales de trabajadores a aquéllas que los trabajadores constituyen con *carácter permanente* para la defensa de sus intereses profesionales.

y así está incluido en ese sentido en el despacho".<sup>10</sup> Anteriormente al informar el despacho de la Comisión Redactora en relación con el derecho de huelga, el mismo convencional Bravo había puntualizado: "en cuanto al sujeto, puede ser ejercido por los trabajadores del gremio, estén o no afiliados a los sindicatos; basta que lo resuelva una pluralidad de trabajadores, decidiéndolo libremente, aunque sean solamente los integrantes de un solo establecimiento o sección del establecimiento. No es un derecho del sindicato ni de la asociación profesional, no teniendo necesidad siquiera de ser homologado por los representantes del sindicato".<sup>11</sup> De lo precedentemente transcripto queda de manifiesto que la palabra "gremio" fue incluida en el texto constitucional como equivalente de una pluralidad de trabajadores de la actividad u oficio que se trate, aunque pertenezcan a un solo establecimiento o a una sección de un establecimiento, estén o no organizados jurídicamente en una asociación profesional. Esto que que a la titularidad de este derecho se refirió la aclaración del queda suficientemente claro respecto del derecho de huelga, ya miembro de la Comisión Redactora, plantea algunas dificultades cuando se traslada a otros derechos que integran el contenido del derecho colectivo del trabajo. Así por ejemplo, una convención colectiva del trabajo sólo está regida por la ley 14.250 cuando se encuentra suscripta por una "asociación profesional de trabajadores con personalidad gremial" (art. 1º;<sup>12</sup> las denuncias por prácticas desleales pueden ser formuladas por cualquier interesado ante el Ministerio de Trabajo o ante las asociaciones profesionales con personería gremial, pero sólo si esos organismos la estimaren revestida de seriedad, la someten a consideración del Tri-

<sup>10</sup> Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1957, Tº II p. 1457.

<sup>11</sup> Diario de Sesiones ... Tº II p. 1228.

<sup>12</sup> Ello no excluye, sin embargo la posibilidad de que un grupo de trabajadores no organizados jurídicamente (por ejemplo, el personal de una empresa) concluya un acuerdo colectivo de trabajo con la representación patronal, acuerdo que, por no estar regidos por las normas de la ley 14.250, se designan normalmente como "convenios de derecho común".

bunal Nacional de Relaciones Profesionales (art. 52 ley 14.455.<sup>13</sup> Contrariando el sentido del texto constitucional, la tendencia predominante, tanto en el plano legislativo como jurisprudencial, parece orientarse a otorgar calidad de parte en una relación colectiva del trabajo, por el sector obrero, sólo a una, asociación profesional de trabajadores con personería gremial.<sup>14</sup>

Respecto del sector patronal, pueden ser parte de una relación colectiva de trabajo tanto una asociación profesional de empleadores, un grupo de empleadores o un solo empleador (V. por ejemplo, para la concertación de un convenio colectivo de trabajo, el art. 1º de la ley 14.250). Tal como lo afirma Krotoschin, "sólo del lado patronal es posible que también un solo patrono sea sujeto del derecho colectivo porque para el carácter de colectivo es decisivo siempre únicamente el lado obrero. Como ocurre con todo el derecho del trabajo, también el derecho colectivo toma su nombre y su esencia únicamente del lado de los trabajadores, en cuyo interés ese derecho existe, principalmente.<sup>15</sup>

Después de la derogación de la ley 14.295, que instituía una regulación específica para la organización del sector, los empleadores se agrupan en asociaciones o cámaras patronales regidas por el derecho común.

#### IV. Contenido

El conjunto de las normas que en nuestro ordenamiento jurídico pueden considerarse comprendidas dentro del contenido del derecho colectivo del trabajo, son susceptibles de ser ordenadas de la siguiente manera:

<sup>13</sup> La jurisprudencia se inclina, no obstante, a reconocer la posibilidad de que un trabajador individual sea parte en un proceso de juzgamiento por práctica desleal (V. por ejemplo, C. N. Trab., Sala II, mayo 31-9-72, E. D. t. 50 fallo 23.249).

<sup>14</sup> V. por ejemplo respecto de a titularidad del derecho de huelga, C. N. Trab., Sala V, marzo 31-64, D. T. 1964 p. 595.

<sup>15</sup> Krotoschin, Ernesto "Cuestiones fundamentales de derecho colectivo del trabajo", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1957.

- a) el derecho de las asociaciones profesionales de trabajadores: La Constitución Nacional (art. 14 bis) garantiza una "organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial". La regulación de la constitución y funcionamiento de las asociaciones profesionales esta integrada por la ley 14.455 del año 1958, su decreto reglamentario 969/66 y disposiciones de menor importancia. La organización de las asociaciones profesionales de empleadores, luego de la derogación por decreto-ley 7760/55 de la ley 14.295 del año 1953, que las regulaba, se rigen por el derecho común, por lo que cabe excluirlas, en principio, del contenido de nuestra materia, salvo respecto de las disposiciones que, como el art. 9º de la ley 14.250 y los arts. 12 a 14 de su derecho reglamentario 6582/54, se refieren a la integración de la representación patronal para la concertación de los convenios colectivos de trabajo.
- b) el derecho de la negociación y contratación colectivas: El derecho otorgado a los gremios para concertar convenios colectivos de trabajo, (art. 14 bis de la Constitución Nacional) está regulado especialmente por la ley 14.250 del año 1953 y su decreto reglamentario el 6582/54, además de diversas disposiciones de menor significación.
- c) el derecho de los conflictos colectivos de trabajo y sus medios de composición: Sobre la base de la norma constitucional (art. 14 bis) que garantiza a los gremios el derecho de huelga y el de recurrir a la conciliación y al arbitraje, las principales normas legales que lo integran sólo se refieren a la conciliación y el arbitraje (ley 14.786) y al arbitraje obligatorio decreto ley 16.936/66), por lo que en este campo la creación jurisprudencial ha tenido capital importancia.
- d) el derecho de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, la cogestión y el control obrero: Más allá de la cláusula programática inserta en el art. 14 bis de la Constitución Nacional que ordena el dictado de leyes que

aseguren al trabajador la "participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección", son escasas las normas que a él se refieren, casi siempre incluidas en acuerdos obrero-patronales de muy escasa repercusión práctica que contrastan con las regulaciones más orgánicas y las experiencias más ricas en resultados llevados a cabo en otros países.

### V. Carácter ambiguo

El desarrollo de la acción obrera a partir de la revolución industrial se caracterizó no sólo por la permanente lucha de los trabajadores para el logro de mejores condiciones de existencia, sino también y paralelamente, por los constantes intentos de avanzar sobre el poder patronal, instalado tanto en el plano de la empresa, como insertado en la estructura del Estado. La acción obrera adquiere así dos facetas diversas, aunque no excluyentes, una enderezada a satisfacer necesidades inmediatas de elevamiento de las condiciones de trabajo y de existencia de los trabajadores, la otra dirigida a disputar el poder de los patrones dondequiera que éste se ejerza, ya sea oponiendo contrapoderes obreros en el seno mismo de la empresa, ya sea combatiendo por la conquista del poder político para el logro de la transformación global de la sociedad.

La obtención sólo parcial de estas metas, que siempre chocaron con la tenaz resistencia patronal, es la circunstancia que otorga a las instituciones del derecho colectivo del trabajo, ese carácter ambiguo y contradictorio que hoy ostentan, mezcla de logro y concesión, de avance y retroceso, de triunfo y de derrota.

La concreción de las normas del derecho colectivo del trabajo es así el resultado complejo del enfrentamiento de los intereses antagónicos de los trabajadores y de sus empleadores, en el que juega un singular papel el Estado, generalmente como agente encargado de la seguridad del sistema económico en sus últimas instancias, interviniendo sólo en los eslabones decisivos de las

crisis. De esta manera, las instituciones resultantes y las normas que las estructuran no pueden tener más que ese carácter ambiguo y contradictorio que hemos señalado, cuyo grado variará en función de la intensidad de la acción y resistencia de las fuerzas sociales (obrero y empresaria) que participaron en su gestión y disputaron su contenido.

Así, todas las instituciones que confirman la estructura del derecho colectivo del trabajo han sido ultimamente sometidas a la calificación de "ambiguas". Del sindicalismo se ha afirmado que juega un doble papel: es una institución de la realidad burguesa, entendida como una función de esa misma sociedad, pero al mismo tiempo el sindicato no puede ser solamente explicado como institución de la realidad burguesa; es además, una organización propia de la clase trabajadora, esto es, de la clase explotada en el capitalismo.<sup>16</sup> El sindicato obrero —afirma Recalde— admitido y regulado por la sociedad capitalista, cumple en ésta una triple función: de integración en el orden jurídico y político dominante, mediante la posibilidad que tienen los sindicatos de ser representativos a escala de organismos públicos; de componer las relaciones sociales en el mismo orden burgués, mediante la elaboración, de acuerdo con el Estado y con las asociaciones patronales, de unas reglas económicas de juego, como son, por ejemplo, la política de ingresos; de canalización del conflicto social mismo, función reveladora de la extraordinaria capacidad digestiva del orden capitalista que es capaz de asimilar como formando parte imprescindible del sistema social, al mismo conflicto entre clases (canalización del derecho de huelga, etc.).<sup>17</sup>

El convenio, colectivo, resultado de la negociación emprendida por empleadores y trabajadores, ha sido igualmente calificado de "ambiguo". Supone en la dinámica de las relaciones obrero-patronales la cristalización de un momento de la discusión en la que los trabajadores pretenden insertarse en los reservados dominios de la dirección empresaria, para situarse en pla-

<sup>16</sup> Recalde, José Ramón "Sindicalismo y sociedad de consumo", Cuadernos para el diálogo, N° XI extraordinario, Madrid, pág. 42.

<sup>17</sup> Recalde, art. citado en nota anterior.

taformas cada vez más favorables para ejercer la impugnación y poder presentar alternativas de recambio. El convenio colectivo responde de este modo, a un episódico equilibrio en la tensión de fuerzas existentes en las relaciones entre patronos y obreros y resulta así, simultáneamente, un instrumento de paz social pero también posible preludio de un conflicto abierto.<sup>18</sup>

La participación en la gestión de la empresa es otra de las instituciones de significación ambivalente, ya que se instrumentaliza por parte de los sectores patronales como respuesta a la necesidad de integrar el sector laboral en el funcionamiento del sistema global y de las empresas y como modo de controlar los comportamientos conflictuales de los grupos obreros, a fin de consilidar una base mínima para desarrollar cualquier programación a nivel nacional, regional o de empresa. Sin embargo la cogestión ha constituido una insistente reivindicación obrera, que, dentro de los variados matices de la estrategia sindical fue reclamada, bien como forma de administración común del bienestar, bien como instrumento de conquista paulatina de centros de poder económico y social y de órganos de decisión, avanzando progresivamente sobre el poder patronal.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Maravall, José María "Trabajo y conflicto social", Ed. Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1968, Cap. III "La ambigüedad de los convenios colectivos".

<sup>19</sup> Gorz, André "Estrategia obrera y neocapitalismo", Ed. Era, pág. 97; Maravall, obra citada en nota anterior.

## TRABAJO Y SALARIOS

CARLOS ALBERTO KREIMER

Es y ha sido el trabajo dependiente el hecho que informa y al cual se destinan todas y cada una de las instituciones del llamado "derecho del trabajo", pero no por superabundantes y copiosos los conceptos elaborados en torno a las circunstancias más destacables de tal relación —o sea el "trabajo" y el "salario"— obvian oportuno volver sobre los mismos. Entiendo y es ésta una concepción subjetiva, que los árboles no nos han permitido en muchas oportunidades ver el bosque y resulte imprescindible para los "iuslaboralistas" una identificación y precisión de conceptos, para que a ciencia cierta sepamos en el estudio y legislación de cada uno de los institutos que al trabajo y al salario se refieren sus verdaderos alcances económicos y sociales.

Solemos declarar en forma redundante que "el trabajo ni es ni debe ser una mercancía", con lo cual nos sentimos liberados de una suerte de pesadez ética que nos permita mejor interpretar las instituciones del derecho que rigen el contrato de trabajo apuntando a que tal situación o tratamiento se vean ampliamente obviados. Pero como bien decía Galileo "e pur se muove", o las reclaraciones enfáticas son independientes del comportamiento eventual de los distintos elementos que concurren al proceso capitalista de producción de mercancías.

Cuando nos referimos al "sistema capitalista" de producción de mercancías no estamos en este estudio pretendiendo una calificación de ninguna índole, sino simplemente estableciendo el marco dentro del cual se desenvuelve el "contrato de trabajo" que no es otro que el sistema económico-jurídico en donde los

medios de producción pertenecen en propiedad privada y los trabajadores concurren libremente al mercado para vender su "fuerza de trabajo" a cambio de un precio que se denomina "salario". Cuando decimos que concurren "libremente" nos referimos a que lo hacen en el goce formal de la totalidad de sus derechos jurídicos de "hombres libres", en lo que toca a las garantías que su persona y sus bienes tienen.

Pero, antes de volver sobre la categoría del "trabajo" y de la "fuerza de trabajo" en el proceso de producción capitalista, es necesario aclarar qué significado tiene dentro del mismo el "salario".

Toda mercancía que se produce en el sistema productivo capitalista, atiende a una doble finalidad: la satisfacción de una necesidad y su cambio por otra o por dinero. De suyo la primera finalidad pareciera que en el proceso de producción y cambio desapareciera, toda vez que las fábricas y comerciantes solo producen o cambian atendiendo al beneficio que les producirá esas operaciones. Es, aunque parezca una verdad de perogrullo, importante reiterar que solo para que todo este proceso sea válido, la mercancía en última instancia deberá satisfacer una necesidad física o espiritual. "La utilidad de un objeto lo convierte en valor de uso"<sup>1</sup> pero su producción dentro del sistema hace que cuando la misma se realiza se tenga en miras su canje o sea su *valor de cambio*.<sup>2</sup>

Las sociedades anteriores a la capitalista se caracterizaron, entre otras circunstancias, por el hecho que la mayoría de los objetos eran directamente producidos para su uso, o sea, que se los producía para usarlos antes que para cambiarlos. A partir del momento que el capitalista reúne un considerable número de operarios bajo un mismo techo para producir objetos destinados a su cambio o venta, se destaca más claramente la condición de *mercancías* de los mismos. Para ello ha sido necesario, histórica-

<sup>1</sup> Carlos Marx "El Capital", ed. Fondo Cultura Económica. Tº I pág. 3.

<sup>2</sup> David Ricardo, "Principios de Economía Política y Tributación". Sd. Fondo de Cultura Económica, pág. 9, citando a Adam Smith.

mente, que cada operario se dedique a realizar una tarea específica, o sea que los productores efectúen una definida diferenciación de tareas mediante las cuales se realiza la producción de mercancías. Vamos así delineando otra de las características o presupuestos básicos de la sociedad capitalista o sea la "división del trabajo". El otro aspecto histórico es la libertad "jurídica" del trabajador que concurre en la plenitud del goce de su libertad personal al mercado de trabajo para pactar la entrega de su capacidad laborativa.

Producida tal división de tareas se observa que se puede efectuar una doble apreciación del trabajo humano. Por una parte en cada mercancía que se consume para la satisfacción de una necesidad se encuentra materializada una parte de "trabajo concreto". Pero cuando las mercancías se enfrentan en el mercado, no ya para el consumo sino para el cambio, resultará claro que cada una de ellas encierra una porción de la capacidad humana total de producir, o sea una parte de llamado "trabajo abstracto". Llamamos concreto a uno y abstracto al otro porque el primero está claramente materializado en el objeto que se destina al consumo; pero el otro es equivalente a una porción de la capacidad humana de producción o, dicho de distinta manera, contiene una parte de la "fuerza general de trabajo" que gasta el sistema de producción. Es así como Paul Sweezy puede afirmar<sup>3</sup> que "como valor de uso una mercancía es un rasgo universal de la existencia humana, presente en cada una y en todas las formas de la sociedad. Como valor, una mercancía es un rasgo de una forma histórica específica de la sociedad que se distingue por dos características principales: 1) división del trabajo desarrollado, y 2) producción privada. En un orden tal —y en ningún otro— el trabajo de los productores se realiza en mercancías, o si olvidamos el aspecto universal de las mercancías (la utilidad), en valores" (Sweezy, siguiendo en ello a Marx, cuando se refiere al "valor" a secas, no hace otra cosa que referirse al "valor de cambio" en distinción al "valor de uso").

<sup>3</sup> Paul M. Sweezy, "Teoría del Desarrollo Capitalista". Ed. Fondo de Cultura Económica, pág. 38.

Pero a pesar de habernos propuesto abordar el problema del "salario" seguimos merodeando en torno del trabajo. De suyo no se nos escapa que ambos tienen un tan íntimo cordón umbilical que resulta dificultoso distinguir la madre del hijo.

Para llegar al salario será prudente que, a partir de un punto, andemos o desandemos el camino para poder encontrarnos con el mismo y, en su caso, poder determinar su valor.

Partiendo de un sistema económico simple observamos que los productores llegan al mercado e intercambian entre sí sus mercaderías. De suyo existe alguna norma o regla determinante que guía a los productores en tal peculiar intercambio. Si no existiera el dinero —que aparentemente todo lo simplifica otorgando un precio a cada producto— ¿cuál sería el patrón o norma que exprese la forma cuantitativa y cualitativa de intercambiar las mercancías sin que ninguno de los productores se vea perjudicado? Este ha sido, en sus orígenes, el intringulis de la economía política.

Desde un punto de vista cualitativo siempre que se enfrentan dos mercancías hay en ellas algo que, abstractamente, las homogeneiza. Nadie osará cambiar dos mercancías que sean exactamente iguales (en esencia y medida) y si truecan las que son distintas, se deberá primero establecer —aunque quienes las cambian obvian esta etapa— cual es el elemento abstracto que las hace distintas para otorgarles valores disímiles y determinar en que medida se cambiarán en el mercado. Tal elemento "homogeneizante", no es otro que el trabajo humano o la fuerza de trabajo humano que se ha gastado en su producción o conseguimiento. Ya Ricardo se daba cuenta que el único elemento que podría indicar el "valor" de mercancía no podía ser otro que la cantidad de trabajo humano que la misma encierra. "El valor de un artículo, o sea la cantidad de cualquier otro artículo por el cual puede cambiarse, depende de la cantidad relativa de trabajo que se necesita para su producción".<sup>4</sup> Pero con solo decir esto no parece agotado ni mucho menos el tema. Porque si el

<sup>4</sup> David Ricardo - ob. cit. pág. 9.

valor de la mercancía depende del trabajo humano que la misma encierra y el mismo no hay otro modo de medirlo que no sea por la extensión del tiempo que consume, parecería que en verdad el valor de cada mercancía dependiera exclusivamente de la habilidad de un operario o artesano. Quien mejor lo hiciera en menos tiempo daría menor valor a la mercancía y la misma podría tener distintos valores —en una misma época y usando similar materia prima y medios de producción— conforme el simple hecho del obrero que hayamos escogido para tratarla.

Es por ello que los intercambios están en realidad regidos por otro valor o sea el *tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción*. Como bien dice Ernesto Mandel:<sup>5</sup> "Pero una relación de equivalencia entre dos productos, dos mercancías, exige un patrón común, una calidad mensurable común. El valor de uso de una mercancía depende del conjunto de sus cualidades físicas, que determinan su utilidad. La existencia de este valor de uso constituye una condición indispensable para la aparición de un valor de cambio; a cambio de su propio producto nadie aceptaría una mercancía que careciera de utilidad, de valor de uso, para nadie. Pero el valor de uso de dos mercancías expresado en sus cualidades físicas es inconmensurable; no se puede medir con un patrón común, el peso del trigo, la longitud de la tela, el volumen de las vasijas, el color de las flores. Para permitir un intercambio recíproco entre esos productos, es preciso buscar una calidad común a todos ellos, que pueda al mismo tiempo medirse y expresar cuantitativamente. Tal cualidad debe ser una calidad social, aceptable para todos los miembros de la sociedad. Ahora bien, el conjunto de las cualidades físicas de las mercancías, cualidades que otorgan a éstas su valor de uso, se determina por el trabajo específico que las ha producido: el trabajo del tejedor determina las dimensiones, la finura, el peso de la tela; el trabajo del alfarero, la resistencia, la forma, los colores de la vasija. Pero si las mercancías son el producto

<sup>5</sup> Ernest Mandel, "Tratado de Economía Marxista", Ed. Era. Tº I, pág. 61.

de un trabajo específico determinado, son además el producto del trabajo humano social, es decir, de una parte del tiempo global disponible en una sociedad determinada, y sobre cuya economía se basa la sociedad, como acabamos de indicar. Es este hecho lo que hace conmensurables las mercancías; es este trabajo humano general —llamado abstracto porque se hace abstracción de su carácter específico, lo mismo que para sumar tres manzanas, cuatro peras, cinco plátanos, debe hacerse abstracción de sus cualidades específicas para no retener más que doce frutos— lo que constituye la base del valor de cambio. La medida de este trabajo —la duración del tiempo de trabajo necesario para producir la mercancía— da la medida del valor de cambio”.

Marx dice al respecto:<sup>6</sup> “Si el trabajo específico, productivo, del obrero no fuese hilar, no transformaría el algodón en hilo, ni por tanto transferiría a éste los valores del algodón y de los husos. Y si el obrero cambia de oficio y se hace carpintero, seguirá añadiendo valor a su material con *cada jornada de trabajo*. Lo que, por tanto, añade valor es su trabajo, pero no el *trabajo del hilandero* o del *carpintero*, sino el *trabajo social, abstracto, general*, y si este trabajo añade una determinada magnitud de valor, no es porque tenga un carácter útil específico, sino porque dura un determinado tiempo. Por tanto, en su aspecto *abstracto, general*, considerado como aplicación de la fuerza humana de trabajo sin más, el trabajo del hilandero añade *nuevo valor* a los valores del algodón y de los husos, y en su aspecto *concreto, específico, útil*, enfocado como proceso de hilar, *transfiere* el valor de estos medios de producción al producto, *conservando* así en éste su valor. Así se explica el *doble carácter* del resultado del trabajo obtenido *durante le mismo tiempo*”.

Hasta ahora sabemos cual es la ley que determina la proporción entre las cuales se intercambian las mercancías. Pero con saber el valor no lo sabemos todo en cuanto al salario porque quien concurrió al mercado a intercambiar las mercancías no es el trabajador, de donde se sigue que debemos continuar desan-

<sup>6</sup> Carlos Marx, - ob. cit. Tº I, pág. 151

dando el camino para saber cómo el trabajador se junta con el salario, o expresado en términos que aspiran a una mayor exactitud importa descomponer el valor en sus partes integrantes. Si el total del valor le fuera entregado al trabajador sería poco menos que imposible determinar cuál es o ha sido la ganancia del capitalista. Porque no se requiere más que la simple observación del proceso económico para saber que el referido valor se reparte en tres partes: a) la parte que atiende a lo que llamamos medio de producción; b) la parte que se consume en los salarios; y c) la parte que significa la ganancia del capitalista. Desde luego cuando hacemos esta observación y contemplamos el proceso productivo nos asalta la pregunta: ¿de dónde ha salido la ganancia del capitalista? Resulta obvio que ni la mera circulación de las mercancías, ni el cambio de lugar de los materiales usados en el proceso de producción son los que originan el beneficio. Ni éstos ni aquél son idóneos para “crear nuevos valores”. El uno (la circulación) no hace más que modificar el lugar donde se encuentran las mercancías. Los materiales por su parte no pueden transmitir un mayor valor que el que les corresponde a ellos. Como bien señala Sweezy:<sup>7</sup> “Es claro que la plusvalía no puede surgir del mero proceso de circulación de mercancías. Si todos pretendieran obtener una ganancia elevando sus precios, digamos en un 19 por ciento, lo que cada quien ganara como vendedor lo perdería como comprador, y el único resultado sería la elevación de los precios en general, lo que a nadie beneficiaría. Parece ser igualmente obvio que los materiales que entran en el proceso productivo no pueden ser la fuente de la plusvalía. El valor que los materiales tienen al comienzo es transferido a los productos al final, pero no hay razón para suponer que posean el poder oculto de aumentar su valor. Otro tanto pasa, aunque tal vez de un modo menos evidente, con los edificios y máquinas que se utilizan en el proceso productivo. Lo que distingue los edificios y maquinaria de los materiales es el hecho de que los

<sup>7</sup> Paul M. Sweezy - ob. cit. pág. 72.

primeros transfieren su valor al producto final más lentamente, es decir, en una sucesión de períodos de producción, y no todo de una vez como en el caso de los materiales. Es verdad, por supuesto, que de los materiales y la maquinaria se puede decir que son *físicamente* productivos, en el sentido de que la mano de obra que trabaja con ellos puede rendir una producción mayor que la mano de obra que trabaja sin ellos, pero la productividad física en este sentido no debe confundirse bajo ninguna circunstancia con la productividad de valor. Desde el punto de vista del valor no hay razón para suponer que los materiales o la maquinaria puedan transferir finalmente al producto más de lo que ellos contienen. Esto sólo deja una posibilidad, a saber, que la fuente de trabajo sea la fuente de la plusvalía".

Es decir, de todos los componentes del proceso y circulación productiva solo la "fuerza de trabajo" está capacitada para crear nuevos valores. Pero si a la misma se le entrega la parte de valor que le corresponde, cómo podemos distinguir el lugar de donde se extrae el beneficio o "plusvalía". Queda así cercado el problema a dos respuestas: o nadie obtiene beneficio (lo que sabemos que no es cierto) o a la única integrante del proceso productivo (la fuerza de trabajo) capaz de reproducir valor se le entrega una cuota del mismo inferior al que produce, quedándose el capitalista con la diferencia que llamamos "plusvalía".

Es decir, de todos los componentes, del proceso productivo solamente la "fuerza de trabajo" tiene la propiedad de incrementar el valor del producto final, pero como la misma es retribuida a su vez por un "valor" inferior al que incrementa, es la diferencia la única que engendra la llamada "plusvalía".

Es oportuno ahora volver nuestros pasos sobre la determinación del valor de una mercancía. Dijimos que el mismo era determinado por la cantidad de *trabajo socialmente necesario* que encierra. Cuando decimos "trabajo" nos referimos al trabajo abstracto, no el que claramente se ve reflejado en el "valor de uso de una mercancía", sino en el despliegue muscular, físico, nervioso, intelectual, *genérico* que es condición común a la labor de

todos los hombres.<sup>8</sup> De suyo que conforme el desarrollo de los medios de labor la rentabilidad o productividad del mismo trabajo genérico será distinto. Y decimos por ello "*trabajo socialmente necesario*" para reflejar así que la mercancía absorbe una parte del tiempo total de trabajo de una sociedad determinada y medido sobre la base de la tarea de habilidad media de los operarios y con los medios de trabajo que corresponden a la época pertinente.<sup>9</sup>

Como el productor que adquirió los elementos necesarios para la producción la enajena o cambia por un precio superior, nos hemos preguntado de dónde extrajo esa porción del "valor de la mercancía", advirtiendo que el mismo no es otra cosa que el resultado de entregar a uno de los componentes de la tarea productiva una cuota inferior a la que realmente le corresponde (o sea a la "fuerza de trabajo" que, por otra parte es el único ingrediente de los que componen el proceso productivo que tiene la facultad de "crear valor").

Pero en todo este proceso de abstracciones nos hemos olvidado —intencionalmente— del "trabajador" u operario. Llamamos así a quien, desprovisto de todo capital o herramienta propia y productiva, concurre al mercado a ofrecer su único patrimonio

<sup>8</sup> "Todo trabajo humano es, de una parte, gasto de fuerza humana de trabajo en el sentido fisiológico, y como tal como trabajo humano igual o trabajo humano abstracto, forma el valor de la mercancía. Pero todo trabajo es, por otra parte, gasto de la fuerza humana de trabajo, bajo una forma especial, y encaminada a un fin y, como tal, trabajo humano concreto y útil, y produce los valores de uso". Carlos Marx - ob. cit. Tº I, págs. 14/15.

<sup>9</sup> "...si el valor de una mercancía es determinado por la cantidad de trabajo empleado en ella mientras más peroso e inhábil fuera el trabajador, más valioso sería el producto porque mayor sería el tiempo empleado en su producción. En la determinación del valor no debe tomarse en cuenta más trabajo que el "socialmente necesario", es decir, necesario en las condiciones de trabajo existentes. El tiempo de trabajo socialmente necesario es el que se requiere para producir un artículo en las condiciones normales de producción y con el grado medio de habilidad e intensidad comunes en un momento dado". Paul M. Sweezy, ob. cit. pág. 53.

(o capital) canjeable, su "fuerza de trabajo".<sup>10</sup> El capitalista —y nos referimos siempre a un proceso productivo simple por ser en él donde se ve el fenómeno en sus formas más puras— ha adquirido todos los elementos necesarios para la producción: las materias primas, las maquinarias, la energía no humana y con ello no puede contentarse, le falta un ingrediente decisivo: la fuerza de trabajo. ¿Qué hace? Pues no otra cosa que "alquilar" u adquirir por un período determinado toda la fuerza de trabajo que necesita para poner en marcha su aparato productivo. Formaliza —mediante el "contrato de trabajo"— la adquisición por período determinado de toda la fuerza de trabajo que necesita para que esa empresa le produzca la mayor cantidad necesaria de "plusvalía", que no otra finalidad tiene su aventura. Como bien dice Mandel:<sup>11</sup> "Sabemos ya que el valor no es otra que trabajo humano cristalizado. Es evidente que el dinero no puede crear nuevos valores. Pero en lugar de comprar mercancías que se vendan por encima de su valor, el comerciante puede emplear su dinero en comprar una mercancía que, como valor de uso, tenga la cualidad de producir nuevos valores: la fuerza de trabajo humano".

Queda así perfectamente aclarado —y sobre esto volveremos en este trabajo— que en el proceso de producción capitalista la "fuerza de trabajo" es una mercancía más que el capitalista adquiere en ciertas condiciones.<sup>12</sup> Es decir, con el resto de las mer-

<sup>10</sup> Todos estos conceptos son recogidos por el Derecho Social. Así apunta Alonso Olea que "la realidad social sobre la cual el derecho de trabajos descansa es el trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena". "Sobre la realidad social subyacente del derecho de trabajo" en RDT. XXXI-153.

<sup>11</sup> Ernest Mandel, ob. cit., Tº I, pág. 80.

<sup>12</sup> "Entendemos por capacidad o fuerza de trabajo el conjunto de las condiciones físicas y espirituales que se dan en la corporeidad, en la personalidad viviente de un hombre y que éste pone en acción al producir valores de uso de cualquier clase. Sin embargo, para que el poseedor de dinero pueda encontrar en el mercado, como una mercancía, la fuerza de trabajo, tienen que concurrir diversas condiciones. El cambio de mercancías no implica de suyo más relaciones de dependencia que las que se desprenden de su propio carácter. Arrancando de esta premisa, la fuerza

mercancías adquiridas, también está la "fuerza de trabajo". Todo el resto de las mercancías tiene un valor: su tiempo de trabajo socialmente necesario para producirlo, entonces se impone la pregunta ¿cuál es el valor de la "fuerza de trabajo" como mercan-

*de trabajo* sólo puede aparecer en el mercado, como una mercancía, siempre y cuando que sea ofrecida y vendida como una mercancía por su propio poseedor, es decir, por la persona a quien pertenece. Para que éste, su poseedor, pueda venderla como una mercancía, es necesario que disponga de ella, es decir, que sea libre propietario de su capacidad de trabajo, de su persona. El poseedor de la fuerza de trabajo, de su persona. El poseedor de la fuerza de trabajo y el poseedor del dinero se enfrentan en el mercado y contratan de igual a igual como poseedores de mercancías, sin más distinción ni diferencia que la de que uno es comprador y el otro vendedor: ambos son por tanto, personas jurídicamente iguales. Para que esta relación se mantenga a lo largo del tiempo es, pues, necesario que el dueño de la fuerza de trabajo sólo la venda por cierto tiempo, pues la vende en bloque y para siempre, lo que hace es venderse a sí mismo, convertirse de libre en esclavo, de poseedor de una mercancía en mercancía. Es necesario que el dueño de la fuerza de trabajo, considerado como persona, se comporte constantemente respecto a su fuerza de trabajo como respecto a algo que le pertenece y que es, por tanto, su mercancía, y el único camino para conseguir lo es que sólo la ponga a disposición del comprador y solo la ceda a éste para su consumo pasajeramente, por un determinado tiempo, sin renunciar por tanto, a su propiedad, aunque ceda a otro su disfrute. La segunda condición esencial que ha de darse para que el poseedor de dinero encuentre en el mercado la fuerza de trabajo como una mercancía, es que su poseedor, no pudiendo vender mercancías en que su trabajo se materialice, se vea obligado a vender como una mercadería su propia fuerza de trabajo, identificada con su corporeidad viva. Para poder vender mercancías distintas de su fuerza de trabajo, el hombre necesita poseer, evidentemente, medios de producción, materias primas, instrumentos de trabajo, etc. No puede hacer botas sin cuero. Además, necesita medios de vida. Nadie, por muy optimista que sea, puede vivir de los productos del porvenir, ni por tanto de valores de uso aún no producidos por completo, y, desde el día en que pisa la escena de la tierra el hombre consume antes de poder producir y mientras produce. Si sus productos se crean con el carácter de mercancías, necesariamente tienen que venderse después de su producción, y por tanto, sólo pueden satisfacer las necesidades del productos después de vendidos. Al tiempo necesario para la producción hay que añadir el tiempo necesario para la venta." Carlos Marx, ob. cit. Tº I, pág. 121.

cía? No será otra que el tiempo de trabajo necesario para producir esa fuerza de trabajo la que se refleja en la suma de bienes necesarios para su subsistencia y reproducción. De suyo, por su naturaleza, la fuerza de trabajo necesita "subsistir" y reproducirse" lo que insume una cantidad de bienes mínimos necesarios para tal finalidad. El valor de ese conjunto o "canasta" de bienes será el "valor de la fuerza de trabajo". Es esta, quizás, una de las afirmaciones marxistas que han originado de ilusión de su fácil destrucción. Porque no se necesita ninguna iniciación en economía política para advertir que la cantidad de bienes que consume el poseedor de la fuerza de trabajo aumenta con el desarrollo de las fuerzas productivas, lo que equivale a afirmar que su precio constituye un valor variable y que tales bienes parecerían exceder de la mera *subsistencia*. Pero la refutación no es más que el producto de la mala o poca lectura de Marx. En efecto, afirma con claridad Marx que "Las necesidades naturales, el alimento, el vestido, la calefacción, la vivienda, etc. varían con arreglo a las condiciones del clima y a las demás condiciones naturales de cada país. Además *el volumen de las llamadas necesidades naturales*, así como el modo de satisfacerlas, son de suyo un *producto histórico*, que depende, por tanto, en gran parte, del nivel de cultura de un país, y sobre todo, entre otras cosas, de las condiciones, los hábitos y las exigencias con que se hayan formado la clase de los obreros libres. A diferencia de otras mercancías, la valoración de la fuerza de trabajo encierra pues, un elemento histórico moral".<sup>13</sup>

Pero para la producción de los medios necesarios para su subsistencia —valorando la misma conforme sus cualidades históricas— el trabajador solo necesita una parte de las horas durante las cuales alquila su fuerza de trabajo, el resto de la jornada no hace otra cosa que producir "plusvalía". Es por ello que a la primera parte, o a la fracción de la jornada que utiliza el trabajador para obtener los medios de su subsistencia se la denomina

<sup>13</sup> Carlos Marx, ob. cit. Tº 1, pág. 124, lo subrayado es de Carlos Marx.

"trabajo necesario" y, al resto "trabajo excedente". Expresa al respecto Paul Sweezy<sup>14</sup> que "Bajo las condiciones de la producción capitalista el producto del trabajo necesario va a poder del obrero en forma de *salario*, mientras que el capitalista se apropia el producto del trabajo excedente en forma de *plusvalía*".<sup>15</sup>

Es oportuno volver al proceso productivo ahora que ya hemos aproximado nociones sobre "valor" y "fuerza de trabajo" y "plusvalía". Cómo se compone entonces el valor? El mismo podemos dividirlo en tres partes. Llamamos a una "capital constante" y la individualizamos con la valencia c) entendiendo por la misma el componente (máquinas, herramientas, materias primas, etc.) que no sufren alteración del valor en el proceso, sino que lo conserva. Designamos con la valencia v) y la denominación de "capital variable" al componente único capaz de aumentar el "valor" del producto final, o sea la "fuerza de trabajo". Por último designamos como p) a la "plusvalía". Con estos elementos formula Marx la siguiente fórmula:

$$c + v + p = \text{valor total}^{16}$$

<sup>14</sup> Paul Sweezy, ob. cit. pág. 74.

<sup>15</sup> Ernest Mandel, ob. cit., pág. 142, dice: "Así, pues, desde el punto de vista del capitalista la fuerza de trabajo realiza una doble función: conserva el valor de los medios de producción utilizados para la producción, y crea un valor nuevo. Como una parte de este valor nuevo representa el contravalor del salario, el capital adelantado por el capitalista, puede decirse que la fuerza de trabajo *conserva todo el valor del capital existente y crea todo el valor nuevo* apropiado por los capitalistas".

<sup>16</sup> Es interesante consignar las observaciones de Paul Sweezy al respecto. ob. cit. pág. 75.: "Dos comentarios hay que hacer a este respecto. Primero, debe notarse que la fórmula que se acaba de introducir es en realidad una versión simplificada de los balances modernos de empresas. El valor total equivale a las entradas brutas por ventas, el capital constante al desembolso en materiales más depreciación, el capital variable al desembolso en sueldos y salarios, y la plusvalía al ingreso disponible para su distribución como interés y dividendos o para su reinversión en el negocio. La teoría del valor de Marx tiene así el gran mérito, a diferencia de algunas otras teorías del valor, de su estrecha relación con

Si nos detenemos en la observación de esta fórmula veremos que  $p$ ) no es otra cosa que el exceso de  $v$ ), toda vez que se genera en el trabajo excedente. Es por ello que Marx llamó "tasa de explotación" o "tasa de plusvalía" a la relación que vincula a las mismas y que denominaremos  $p'$ ):

$$\frac{p}{v} = p' \text{ (tasa de plusvalía)}$$

Por otra parte llamamos "composición orgánica del capital" a la relación existente entre el "capital constante" y el "capital variable" o sea que:

$$\frac{c}{v} = o \text{ (composición orgánica del capital)}$$

Pero para el capitalista lo más importantes es determinar su "tasa de ganancia" o sea la proporción de plusvalía con relación al capital total desembolsado:

las categorías reales de contabilidad de la empresa capitalista de negocios. Segundo, si la fórmula se extiende hasta incluir toda la economía, nos proporciona un armazón conceptual para el manejo de lo que usualmente se llama el ingreso nacional. No obstante, es necesario no pasar por alto las diferencias entre los conceptos marxistas del ingreso y los que emplean los más modernos investigadores. Si usamos letras mayúsculas para designar cantidades totales, podemos decir que los técnicos modernos, cuando hablan de ingreso nacional bruto, incluyen comúnmente  $V + P$  más esa parte de  $C$  que representa la depreciación del capital fijo, pero excluyen el resto de  $C$ . Por ingreso nacional neto entienden simplemente  $V + P$  lo que incluye todos los pagos a individuos más los ahorros del negocio. Comparando la terminología marxista con la clásica encontramos un tipo diferente de discrepancia. Por "entrada bruta", Ricardo, por ejemplo, entendía lo que los teóricos modernos llaman ingreso neto, esto es,  $V + P$ , mientras que "entrada neta" querría decir para Ricardo sólo plusvalía, esto es, la suma de las ganancias y la renta".

$$\frac{p}{c + v} = g \text{ (tasa de ganancia)}$$

Desde luego toda esta formulación se ha efectuado porque tiene directa relación con el tema que nos preocupa o sea el trabajo y el salario.

Como así remarcaremos luego con mayor énfasis la sociedad capitalista solo tiene en mira la producción de plusvalía. Cómo obtenerla y cómo aumentarla son las obsesiones del sistema. Como la plusvalía solo sale de  $v$ ) en una primera aproximación al capitalista le quedan dos caminos: o aumenta la jornada de trabajo y se queda así con mayor excedente, o mejora la productividad del trabajo. Ello de suyo partiendo de la base que  $c$ ) sea un término que mantenga su constancia.

La primera de las posibilidades se ve limitada por la capacidad que tiene la fuerza de trabajo de "agotarse" ya sea en el tiempo absoluto o en el relativo, necesitando las condiciones para componerse y reproducirse. Pero es bueno saber que este método —que se denomina "aumento de plusvalía absoluta"—no encuentra clausurado ni siquiera en las sociedades donde mayor desarrollo han alcanzado las fuerzas productivas.<sup>17</sup> El segundo método utilizado es el de aumentar la productividad mediante una mejor racionalización de cada una de las faces de labor<sup>18</sup> constituyendo la misma otra forma de aumentar la "plus-

<sup>17</sup> Señala Ernest Mandel citando a Daniel Bell (Work and its Discontents) que en los EE. UU. la General Motors paga no ya por hora sino por fracción de "diez minutos" de trabajo excedente efectivamente realizado.

<sup>18</sup> En un film recientemente exhibido y que se titula "La Clase Obrera va al Paraíso" se muestra una de las formas más tremendas y sofisticadas de la llamada "racionalización" del trabajo. Este método —consistente en la reducción de todos los tiempos de labor a los que puede desarrollar un "as" que se busca entre los propios operarios —fue usado por primera vez en "Citroen" en París y en "Berliet" en Lion.

valía absoluta" toda vez que se mantiene intacta la "composición orgánica del capital". Pero cuando la racionalización de la labor o el aumento de la jornada se agotan como posibilidad de mayor productividad el capitalista opta por incorporar nuevas maquinarias y herramientas buscando así reducir el tiempo de trabajo necesario para retribuir el "valor" de la fuerza de trabajo. Como acertadamente señala Arghiri Emmanuel<sup>19</sup> "El valor de la fuerza de trabajo no está determinado en primera instancia por un cierto número de horas, sino por una cierta canasta de bienes. Directamente el aumento de la productividad no hace aumentar la canasta de bienes, sino que hace disminuir el tiempo necesario para producirlo..."<sup>20</sup>

Ante los límites que encuentra la "prolongación" de la jornada de trabajo y la modernamente llamada "racionalización" en la propia capacidad humana (en su agotamiento) solo le queda al capitalista intensificar la productividad del mismo, lo que solo se logra aumentando la "composición orgánica" o sea incrementando la cantidad de capital constante para que el variable pueda obtener —en el mismo tiempo de labor— una mayor cantidad de bienes.

Desde luego este proceso tiende a un permanente desplazamiento de "fuerza de trabajo" que al verse sustituida por la modificación de la composición orgánica del capital intentará

<sup>19</sup> Arghiri Emmanuel, "El Intercambio Desigual, ed. Siglo XXI Argentina, pág. 147.

<sup>20</sup> Ernest Mandel, ob. cit. Tº I, págs. 127/128: "El capitalismo no introduce nuevas máquinas con el objeto de incrementar la productividad del trabajo humano, tal incremento no es más que un resultado accesorio de los fines que persigue. El capitalismo introduce esas máquinas para reducir sus costos, para vender más barato y vencer a sus competidores. Pero solo le es posible reducir los costos con ayuda de esas máquinas si los precios de esas máquinas, son inferiores a los salarios de los obreros que las máquinas sustituyen... Cuando esas máquinas cuestan exactamente lo mismo que la economía de salarios que puede realizar, no será comprada a pesar de que incluso en este caso pueda representar una importante economía en (en tiempo de) trabajo desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto..."

nuevos lugares de actuación porque, como vimos, constituye el único patrimonio que el grupo desposeído puede llevar para vender en el mercado. Por otra parte el proceso se torna dialécticamente más contradictorio. El aumento de la productividad disminuye el valor general de las mercancías, con lo cual son un mayor número las que ingresan a los bienes de subsistencia, incrementando así el valor del salario. Ello constituye un nuevo acicate, para que el capitalista tienda con mayor prontitud al aumento de la composición orgánica del capital.<sup>21</sup>

Este sistema de modificación genérica de la composición orgánica del capital engendra desocupación. De suyo el capitalista tiende rápidamente a crear nuevas explotaciones porque su acumulación de plusvalía —que no es otra cosa que trabajo humano capitalizado— lo obliga a su conservación, lo que solo se logra de tal manera. Pero el proceso de aumento de la composición orgánica del capital es más lento que el de concreción de nuevas explotaciones. Se crea así fluctuadamente, lo que se ha llamado el "ejército de reserva de desocupados" el que se vuelve —cíclicamente— imprescindible para el sistema, porque es la defensa que permite incrementar a ritmo más lento el valor de la fuerza de trabajo, permitiendo que no decaiga la cuota de plus-

<sup>21</sup> Ernest Mandel, ob. cit. Tº I, págs. 135. : "Vemos, pues, que el aumento de la productividad del trabajo tiene un efecto contradictorio sobre los salarios. En la medida en que reduce el valor de los bienes de subsistencia, si no disminuye el salario relativo (la parte de la jornada de trabajo en la que el obrero produce en valor el equivalente de su salario), tiende a disminuir el valor de la fuerza de trabajo. En la medida en que degrada valor y precio de numerosos productos de lujo, desarrolla la producción en serie (¡muchas veces a expensas de la calidad!) e incorpora en el mínimo vital una serie de mercancías nuevas, tiende, por el contrario, a aumentar el valor de la fuerza de trabajo. La acumulación de capital tiene también un efecto contradictorio sobre el volumen de empleo y sobre la tendencia de los salarios. En la medida en que la máquina sustituye al hombre, el ejército de reserva aumenta. Pero en la medida en que la plusvalía se acumula, en que el capital amplía su esfera de operaciones, en que constantemente surgen nuevas empresas y se amplían las fábricas existentes, el ejército de reserva se reduce y el capital sale en busca de una nueva mano de obra que explotar."

valía. Este proceso engendra dos consecuencias que entendemos importantes para este estudio:

a) El permanente fluir de capitales hacia el llamado "capital constante" —que origina la ampliación de la composición orgánica del capital— señala que la "tasa de ganancia" tiende a disminuir.<sup>22</sup> Pero tal disminución es compensada por el aumento de la "tasa de plusvalía". Dicho de otra manera la relación existente en la plusvalía y el total invertido en capital (ya sea constante o variable) tiende a disminuir, por la permanente necesidad de aumentar el primero de los términos. Pero este proceso importará un creciente aumento de "productividad" con una disminución del llamado "capital variable" con lo cual la "tasa de plusvalía" será cada vez mayor, compensando así la reducción de la tasa de ganancia.

Con ello se demuestra —y las estadísticas lo confirman ampliamente— que la *"depauperización relativa de los trabajadores"* es un efecto típico y necesario del modo de producción capitalista, circunstancia que históricamente ratifica la doctrina marxista. Cabe aclarar, no decimos que los trabajadores cuenten con menos bienes de consumo, toda vez que claramente explicamos que cada vez mayor cantidad de artículos se incorporan en los

<sup>22</sup> Ernest Mandel, ob. cit. Tº I, pág. 147.: "La tasa de ganancia más baja se encuentra, pues, en el sector más elevado de composición orgánica del capital. Esto es comprensible, puesto que sólo el capital variable produce plusvalía. Pero los capitalistas, como ya lo hemos visto, se interesan solamente por la tasa de ganancia producida por el conjunto de su capital. Los capitales afluirán, pues, hacia los sectores de más baja composición orgánica del capital donde la tasa de ganancia es más elevada. Quién dice aflujo de capitales dice competencia exacerbada, expansión del maquinismo y racionalización del trabajo. Pero estas transformaciones conducen precisamente a un aumento de la composición orgánica del capital. Y quien dice aumento de la composición orgánica del capital dice descenso de la tasa de ganancia. El flujo y reflujo de los capitales tiende, por consiguiente, a igualar las cuotas de ganancia en las diferentes esferas, modificando allí, a consecuencia de la competencia, la composición orgánica de su capital.

bienes de subsistencia que determinan el valor de la "fuerza de trabajo". Pero cada vez en el proceso productivo a la "fuerza de trabajo" se le asigna menor cantidad del valor que reproduce, *con lo cual aumenta el grado de explotación.*

b) Como antes viéramos la constante histórica indica la tendencia capitalista a la ampliación de la composición orgánica del capital como la más ferviente forma válida de producción de plusvalía. Tal modificación importa el desalojo permanente de poseedores de "fuerza de trabajo" del sistema productivo, la que se incorpora al mercado de oferta. De suyo la constante capitalización del trabajo —que no otra cosa es la "plusvalía"— tiende también a la formación de nuevas explotaciones económicas o sea a la inversión del "capital", como única forma de conservación del mismo. Pero si el proceso fuera simultáneo no habría una "reserva" sino un mero traslado de "fuerza de trabajo" de una actividad a otra. Pero como antes señaláramos la modificación de la composición orgánica del capital se realiza cuando el capitalista tiene la seguridad que el costo del capital constante que incorpora será inferior al del capital variable que desplaza, lo que le asegura una mayor productividad del capital variable que conserva. Si el valor de la "fuerza de trabajo" se alterara elevándose, no haría gran negocio porque la mayor productividad se vería descompensada con la mejor participación de la "fuerza de trabajo" en el mismo. Es por ello que, como bien indica Ernest Mandel: "El desempleo de una masa de obreros que no encuentran trabajo debido a la competencia de las máquinas, se convierte en una institución permanente del modo de producción capitalista. Esta masa de obreros forma el *ejército industrial de reserva* gracias al cual los asalariados están obligados a aceptar como salario los simples gastos de reproducción de su fuerza de trabajo".<sup>23</sup> Y no es malo en esta oportunidad reiterar que, en algunas eventualidades los propios dirigentes del sistema se animan a hablar franca (o cándidamente?) y así pudo

<sup>23</sup> Ernest Mandel, ob. cit. Tº I, pág. 129.

decir Mr. Truman que "... para la higiene económica es una buena cosa que siga habiendo una reserva de mano de obra en busca de empleo".<sup>24</sup>

Desde luego que los capitalistas no pueden emborracharse con tanta plusvalía y la propia ley del sistema los compele a su inversión con lo cual se aumenta la demanda de "fuerza de trabajo". Este hecho sumado a las luchas obreras permite que la misma aumente su valor. Pero cuando se modifica la composición orgánica del capital por el cansancio "moral" o "físico" de los elementos que integran el llamado "capital constante"<sup>25</sup> la puja en el mercado de oferta de la "fuerza de trabajo" desocupada tiende a devolver al salario nada más que su valor. Es por ello, como así lo sostuviéramos en otra oportunidad,<sup>26</sup> que todos los planes —llámese "política concertada", "política de precios" "política de ingresos o de rentas" o "pactos sociales"— tienden a "congelar" el valor de la fuerza de trabajo al nivel que tiene en el momento en que hay mayor puja de "ejército de reserva". Como así dice Sweezy:<sup>27</sup> "Sería erróneo, por supuesto, suponer que la tasa de la acumulación o bien la introducción de maquinaria

<sup>24</sup> Mr. Truman, "The Economist" del 20 de agosto de 1955.

<sup>25</sup> El capital constante tiene un término "físico" de vida. Su valor se reparte en este término (los contadores le llaman "amortización") y la "fuerza de trabajo" no hace otra cosa que trasladar en el tiempo cada porción de su valor al producto final. El tiempo de duración de ese capital y su agotamiento importa su "cansancio físico". Pero la revolución tecnológica —que se acicatea por la permanente necesidad de modificar la composición orgánica del capital y de encontrar nuevas explotaciones para invertir el capital acumulado y así poder conservarlo, y no como ingenuamente creen algunos, por el "espíritu de superación del hombre"— determina que el capital constante pueda ser reemplazado aún dentro del término de su vida útil, por otro con mayor adelanto técnico. A esto llamamos el "cansancio moral" de la maquinaria, que origina la necesidad de trabajar varios turnos, para lograr así que la "fuerza de trabajo" traslade rápidamente su valor al producto final.

<sup>26</sup> Trabajo efectuado en colaboración con el Dr. Guillermo López, "Política de rentas y política de salarios" y presentado al "Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho de Trabajo"

<sup>27</sup> Paul Sweezy, *ob. cit.* pág. 102.

para ahorrar trabajo marche a un paso igual, como para mantener un delicado equilibrio de los salarios con la plusvalía. Por el contrario, con la acumulación y el desarrollo de la productividad del trabajo que la acompaña, crece también el poder de expansión rápida del capital. Un estallido súbito de acumulación de capital puede ser el resultado de la apertura de un nuevo mercado o de una nueva industria. En tales casos el ejército de reserva se vacía y desaparece el obstáculo que frena el alza de los salarios; la plusvalía puede, a la verdad, disminuir seriamente. Pero tan pronto esta disminución toca el punto en que el trabajo excedente que nutre al capital no es suministrado ya en el volumen normal, se produce una reacción: se capitaliza una parte menor del ingreso, la acumulación se retrasa y el movimiento de alza de los salarios se detiene".

De suyo los "iuslaboralistas" nos hacemos la ilusión que este fenómeno desaparece con la regulación colectiva del precio de la fuerza de trabajo por el camino de los "convenios colectivos". Nada más erróneo. Todas estas circunstancias son las que determinan el "nivel" en el cual se pactan colectivamente los salarios.

Toda esta suscita glosa que hemos efectuado de la esencia del proceso productivo en la producción capitalista, tenía como finalidad —así anunciada al principio del discurso— precisar algunos conceptos para saber a ciencia cierta el contorno dentro del cual se desenvuelven las instituciones que reglamentan el trabajo subordinado. Así:

I. Cuando decimos que el "trabajo no es ni debe ser una mercancía", es evidente que afirmamos una incuestionable verdad. Pero si no seguimos desarrollando el concepto, estamos mintiendo por omisión. El trabajo no es una mercancía; pero si es una mercancía, en el proceso de producción capitalista, la "fuerza de trabajo" que se adquiere y remunera como tal. "Cuando decimos que la fuerza de trabajo es una mercancía, no queremos decir que el trabajo mismo sea una mercancía. La distinción es importante y debe ser cuidadosamente tomada en consideración; podemos aclararla como sigue. El capitalista toma a salario al

obrero para que este vaya cierto día a su fábrica, preparado a realizar cualquier tarea que se le encomiende. Al hacer ésto, compra la capacidad de trabajo del obrero, su fuerza de trabajo; pero hasta aquí no se trata de gasto de cerebro y músculo que constituye el trabajo real. Estos últimos entran en el cuadro solamente cuando al obrero se lo pone en movimiento en una tarea específica. El trabajo en otras palabras, es el uso de la fuerza de trabajo, exactamente como, empleando la analogía de Marx, la digestión es el uso del poder de digestión".<sup>28-29</sup>

II. Desde el momento que al único componente del proceso productivo que tiene la facultad de agregar "valor", o sea a la fuerza de trabajo, se le transfiere (por medio del salario que es su costo de adquisición) una cuota inferior al valor que produce, el sistema productivo conlleva un verdadero despojo. Así lo sintetiza precisamente Engels al decir: "La fuerza de trabajo es, en nuestra sociedad capitalista, una mercancía; una mercancía como cualquier otra y sin embargo muy peculiar. Esta mercancía tiene, en efecto, la especial virtud de ser una fuerza creadora de valor, una fuente de valor, y, si se la sabe emplear, de mayor valor que el que en sí misma posee. Con el estado actual de la producción, la fuerza humana de trabajo no solo produce por día más valor del que ella misma encierra y cuesta, sino que, con cada nuevo descubrimiento científico, con cada nuevo invento técnico, crece ese remanente de su producción diaria sobre

<sup>28</sup> Paul Sweezy, ob. cit. pág. 71.

<sup>29</sup> En el prólogo a la obra de Carlos Marx "Trabajo Asalariado y Capital", ed. Polémica, dice Federico Engels (pág. 15): "Y lo que el obrero vendía al capitalista no era ya su trabajo —dice Marx— éste ha dejado ya de pertenecer a él y no puede por tanto venderlo". Podrá, a lo sumo, vender su trabajo futuro; es decir, comprometerse a ejecutar un determinado trabajo en tiempo dado. Pero con ello no vende su trabajo (pues éste todavía está por hacer), sino que pone a disposición del capitalista, a cambio de una determinada remuneración, su fuerza de trabajo, o sea por un cierto tiempo (si trabaja jornada) o para efectuar una tarea determinada (si trabaja a destajo): *alquila o vende su fuerza de trabajo*".

su costo diario, reduciéndose, por tanto, aquella parte de la jornada de trabajo en que el obrero produce el equivalente de su jornal, y alargándose, por otro lado, la parte de la jornada de trabajo en que tiene que *regalar* su trabajo al capitalista, sin que éste le pague nada".<sup>30</sup> Todos los institutos del derecho de trabajo enderezados a la protección del trabajador,<sup>31</sup> solo tienden a otorgar a la fuerza de trabajo un mejor precio y protección —lo que de suyo se integra con la formación histórica del "valor" de la fuerza de trabajo, como así viéramos— pero ello no modifica la condición de "despojo" que hace a la esencia del sistema. Esto de suyo, no es por nuestra culpa o actitud individual, toda vez que responde —repetámoslo una y mil veces— a una formación histórica y a un sistema que es imposible modificarlo a nivel personal. Ni la caridad, ni el derroche, ni la comprensión de uno o de muchos puede modificar el sistema. Ya lo advertía el propio Marx en 1867 en el prólogo a la primera edición de "El Capital" al decir: <sup>32</sup> "Aunque una sociedad haya encontrado el rastro de *la ley natural con arreglo a la cual se mueve —y la finalidad última de esta obra es, en efecto, descubrir la ley económica que preside el movimiento de la sociedad moderna—*, jamás podrá saltar ni descartar por decreto las fases naturales de su desarrollo. Podrá únicamente acortar y mitigar los dolores del parto. Un par de palabras para evitar posibles equívocos. En esta obra, las figuras del capitalista y del terrateniente no aparecen pintadas, ni mucho menos, de color de rosa. Pero adviértase que aquí solo nos referimos a las *personas* en cuanto *personaficiación de categorías económicas*, como *representantes de determinados intereses y relaciones de clase*. Quién como yo concibe el *desarrollo de la formación económica de la sociedad* como un *proceso histórico-natural*, no puede hacer al individuo responsable de la

<sup>30</sup> Ob. cit., pág. 17.

<sup>31</sup> Comprometo en el futuro un estudio en el cual enfrentaré los distintos institutos de derecho de trabajo, a las realidades que expresa el proceso productivo.

<sup>32</sup> Ob. cit. pág. XV

existencia de relaciones de que él es socialmente criatura, aunque subjetivamente se considere muy por encima de ellas”.

III. Todo el proceso y el sistema de producción capitalista tiene una sola finalidad: “la obtención de la mayor cantidad posible de plusvalía”. Toda la investigación científica y el progreso tecnológico está precedido por la idea de la obtención de plusvalía. Solo la ampliación oportuna de la composición orgánica del capital es su mira. El aumento de la producción importa la disminución del valor de las mercaderías, con lo cual es mayor la cantidad de bienes que ingresa para medir el valor de la fuerza de trabajo. Pero este paso es seguido con la necesidad de creación de nuevas fuentes que enjendran plusvalía, para así capitalizar y conservar la ya existente. Con ello el sistema se vuelve una alucinante vorágine. Claro que acertadamente apunta Mandel:<sup>33</sup> “La fuerza específica con que se presentan estas tendencias en un régimen capitalista es la forma antagónica. El aumento de la sobreproducción social con relación al producto necesario no conduce a un aumento prodigioso del bienestar y del confort para el conjunto de la sociedad, sino a un aumento del *sobretabajo apropiado por las clases poseedores*, al crecimiento del grado de explotación de la clase obrera. La disminución de la relación entre la riqueza nueva creada anualmente y la riqueza social acumulada no significa que la humanidad pueda vivir cada vez más exclusivamente de esta riqueza acumulada, no significa un constante aumento de los ocios, sino al contrario, se convierte en una fuente periódica de convulsiones, crisis y desempleo. El aumento de la masa de trabajo muerto en relación al trabajo vivo no significa una economía creciente del trabajo humano, sino la creación de un vasto ejército de reserva industrial, bajo cuya presión el consumo de los productores queda limitado al producto necesario, y su esfuerzo físico se prolonga o se intensifica. Esta forma antagónica que toman las tendencias de desarrollo del régimen capitalista es lo que determina la inevitabilidad de su destrucción”.

<sup>33</sup> Ob. cit. Tº I, pág. 158.

Ya en otro trabajo anterior<sup>34</sup> éramos claros al expresar que las políticas llamadas “concierto” en auge en Europa a partir de la década del sesenta tendían fundamentalmente —so capa de planificar para aventar la “corruptora” inflación— a evitar que los salarios progresaran a mayor ritmo que la productividad. Es decir, se pretendía que la productividad se adelantara al progreso del salario, deteniendo así en lapsos determinados la capacidad negociadora de la clase obrera organizada. Ello no significa otra cosa que garantizar durante tal período la obtención de mayor cantidad de plusvalía, puesto que la misma resulta del aumento de productividad y la congelación de los salarios.

No dudamos ni desmerecemos las virtudes de la planificación socio-económica. Máximo aún en países de desarrollo capitalista dependiente como es el nuestro. Tampoco cuestionamos las bondades de los institutos que el derecho del trabajo ha incorporado para beneficio y goce de quienes viven de su trabajo subordinados. No se nos escapa la necesidad de planificar para lograr —aún dentro del marco del sistema de producción capitalista— el incremento de los bienes que se producen y asegurar importantes tasas de crecimiento del producto interno. Pero no es malo sino beneficioso que sepamos la verdadera significación en el sistema de los valores fundamentales: trabajo y salario.

<sup>34</sup> Trabajo en colaboración con G. A. F. López.

## REFLEXIONES PARA UN ESTUDIO CRITICO DEL DERECHO CIVIL

HECTOR SANDLER

En un trabajo de hace más de treinta años, George Ripert, se quejaba amargamente del modo en que los juristas franceses estudiaban y enseñaban el derecho civil, a cuyas normas esenciales le atribuían, expresa o tácitamente, carácter de absoluto e inmutable, casi un producto perfecto de la razón deidificada.

"Es indudable —decía Ripert— que ni tienen reparo en criticar la técnica legislativa. Ante las imperfecciones de relación de las leyes modernas su crítica frecuentemente ha sido dura; pero nunca ha pasado de la técnica. Como expresión de la voluntad del legislador, la ley les parece siempre respetable. Todo jurista es un sucesor de un pontífice. Siendo guardián del derecho, se cree obligado a ser defensor de las leyes. Las Universidades y los tribunales son los edificios consagrados al culto".<sup>1</sup>

Esta actitud del jurista contemporáneo, que se traduce sustancialmente en la desazón confesa que suele cundir entre los jóvenes estudiantes<sup>2</sup> y tácita en muchos de los que ya ejercen la

<sup>1</sup> Ripert, Georges, "El regimen democrático y el derecho civil moderno", Ed. J. M. Cajica Jr. Puebla, México, pág. 15. Esta denuncia de RIPERT tiene abundante compañía: Ihering sugirió romper con el exorcismo supersticioso de los juristas y KANTOROWICZ acusaba a la jurisprudencia de ser el pariente espiritual de la teología. Mas duro, Gumpowicz caracterizó a los hombres de derecho como aquellos que "suelen ser grandes en cosas pequeñas y pequeños en cosas grandes".

<sup>2</sup> Destacada por varios autores y que podría resumirse en esta cruda expresión: "ya que no tiene aptitudes para otras carreras por lo menos estudie derecho". Sobre esto, véase Osorio Gallado, "El alma de la toga" y Calamandrei, "Jueces y abogados".

profesión, tiene a mi juicio raíces en varios campos<sup>3</sup>, pero particularmente en dos causas: por una parte la fuerte influencia de la filosofía kantiana y sus derivaciones, subrayando como principal tarea del jurista "científico" la del conocimiento normativo del orden jurídico, explicado por principios autónomos y exclusivos de la propia ciencia jurídica.<sup>4</sup> Por otra, el formidable proceso de codificación que acompañó a la instauración del Estado moderno, por lo menos en los países continentales. Esa "codificación" se brindó de hecho como "el libro" dando las bases materiales para ensayar una actitud dogmática autosuficiente.

En la zona de la filosofía, aparecieron los criterios correctivos de una actividad jurídica reducida a la pura investigación normativa o dogmática, pretendiendo de tal modo la introducción de ponderaciones axiológicas o consideraciones más o menos directas a la realidad social. Sin embargo los encargados de aplicar el derecho —abogados y jueces— y sobre todo los encargados de enseñarlo, han visto con gran reticencia este tipo de intrusiones axiológicas o sociológicas.<sup>5</sup> En consecuencia, el derecho, en nuestro país se sigue enseñando como la descripción de un ordena-

<sup>3</sup> López de Oñatet, en su obra "La certeza del derecho", puso de manifiesto la inseguridad total, pero particularmente en el jurista, causada por la aprofundación legislativa del mundo contemporáneo. Ed. Ejea, 1953.

<sup>4</sup> La concepción de Kant sobre la existencia de dos mundos incommunicados e incommunicables —el mundo del ser y de deber ser— tiene su pináculo metodológico, particularmente entre nosotros, en la filosofía de Kelsen, que llega a explicar lo inexplicable desde el punto de vista de la vida y no explica lo único que debiera explicar: qué es el derecho y sus posibilidades como ciencia. Entre nosotros corresponde destacar las críticas que desde el primer momento hiciera a Kelsen Carlos Cossio (ver, entre otros, "Teoría de la Verdad Jurídica", Losada, 1954) y, ultimamente, desde el punto de vista del materialismo histórico, Umberto Cerroni, "Mark y el Derecho Moderno", Jorge Alvarez, Editor, 1965).

<sup>5</sup> Como dijera el sueco Vilhelm Lundstedt, en la práctica el "jurista que desee efectivamente trabajar como científico se ve obligado a realizar una labor independiente y abrumadora", porque la mayoría de los trabajos "filosóficos" parecieran ser tan interesantes como de otro mundo, a pesar que todos ellos pretenden ser, siempre, un esclarecimiento metodológico para la investigación o aplicación del derecho: "El Derecho y la justicia", en el "Hecho del Derecho", Losada, pág. 159 y siguientes.

miento jurídico normativo, que puede ser explicado "normativamente" y sin que melle esta línea general las apuntaciones muy circunstanciales e intranscendentes de corte histórico o sociológico.<sup>6</sup>

Nadie puede negar que desde otros confines han arreciado las críticas a este modo de estudiar el derecho, desnudando que detrás de este proceder aparentemente acéptico se esconde una dura posición valorativa defensora de intereses muy concretos.<sup>7</sup> Sin embargo las críticas globales al derecho en su conjunto, como la transformación de "ideología" en norma positiva, si bien comportan un conocimiento importante en cuanto ponen sobre aviso al jurista sobre la falsedad que importa la sacramentalidad jurídica, debe ser completada con una actividad concreta sobre cada derecho en particular de modo y manera que se construye sistemáticamente, una ciencia crítica al derecho vigente por oposición a la insípida exposición normativa que hoy pretende monopolizar el nombre de ciencia del derecho en cualquiera de sus ramas positivas.

"Ninguna alusión hacen los tratados de derecho civil —dice Ripert— a la influencia del poder político sobre la confección y transformación de las leyes". Los juristas —agrega— "enseñan que hay una evolución del derecho, mas no deben conocer quiénes luchan para realizarla".

Esta lucha por la realización del derecho es, precisamente, la realidad social concreta de la cual deviene primero y sobre la cual actúa después —como ingrediente de esa misma realidad— el propio derecho.

<sup>6</sup> En los estudios de cada derecho en particular la "historia" de algunas instituciones, es un "agregado" iustrativo (?) de la institución en cuestión que nunca es tomado en serio como cosa esencial por parte de quien enseña o quien aprende.

<sup>7</sup> Ihering no puede ser olvidado como un principal protagonista en esta anatomía del derecho objetivo, cargado de subjetividades muy reales. Cerroni, en la obra citada, demuestra claramente que "la autonomía normativa que parecía ser la culminación de la ciencia jurídica (pura), se revela como la apología del hecho" (es decir de la situación existente). Pág. 43. Los agregados son nuestros.

El reclamo de Ripert no puede ni debe ser resuelto como una pura cronología, más o menos completa, de los antecedentes históricos parcialmente explicativos del nacimiento de determinada norma.<sup>8</sup> El problema planteado por Ripert es mucho más profundo: cuáles son los puentes —cuál es la mediación— que existe entre ese mundo normativo caracterizado como el campo del “deber ser” con el mundo real, conocido como campo del “ser” y cuáles son las interconexiones concretas que entre ellos existen. Y, en ese caso —más allá del método adecuado para ese conocimiento que incluya ambas realidades: hecho y derecho—, cómo se aprecia claramente, en nuestro caso, en el derecho civil.

Esos puentes o conexiones mediadoras entre la norma y la realidad permanecen velados en la actual investigación jurídica. El argumento más corriente —en contra de su descubrimiento— es, precisamente, la reducción idealista del derecho, como objeto de nuestra ciencia, a la positiva. La mayor concesión que suele hacerse es que siendo el derecho un fenómeno social, es posible estudiarlo desde distintos puntos de vista. De ese modo puede analizárselo históricamente, sociológicamente y aun económicamente.<sup>9</sup> Este pluralismo metodológico no es útil a los fines que

<sup>8</sup> Ejemplos hay a centenares. Uno de los más típicos, es la aparición de las leyes de prórrogas de alquileres, llamadas por los juristas de “emergencia”. El menos ilustrado sabe que ellas devienen de un problema muy concreto: falta de viviendas al alcance de los trabajadores y no está ausente quien atribuye la existencia de ese derecho “excepcional” a la acción demagógica de algunos gobernantes. Como leyes que alteran los sacramentales principios de la locación, y mucho más, de la propiedad, el jurista no sólo no las explica dogmáticamente, sino que se limita a enunciarlas como algo que hay que derogar (si es conservador) o que hay que aceptar por una razón de “sensibilidad social” (si es más o menos progresista). Pero no se expone esa normación como la expresión necesaria de ciertas formas económicas sociales concretas, sin cuya alteración, aquella “emergencia” es el único y verdadero derecho existente.

<sup>9</sup> Recientemente han aparecido obras que tratan, por ejemplo, del “Derecho Económico y Derecho Civil”, como la de J. Santos Briz, Ed. Revista Der. Privado, Madrid, que si bien revelan la existencia del problema, no alcanzan a lograr una puesta en evidencia de las conexiones que median entre las formas económicas sociales y el derecho.

nos proponemos toda vez que mantiene a la investigación jurídica en tanto tal, alejada e independiente de los otros trabajos de investigación y sin que, por lo tanto, aquellos conocimientos puedan insertarse como objeto de conocimiento de la ciencia del derecho en sentido estricto.<sup>10</sup>

Es necesario, desde este punto de vista, la apelación de un método unitario que permita conocer al derecho como un conjunto real integrado por dos realidades tan independientes como interconectadas. No parece posible negar que *el derecho sea una idealidad* ordenadora de la realidad para la cual funciona, fenómeno que explica y justifica la aparición de la dogmática jurídica hoy vigente y de la cual no puede ni debe la ciencia del derecho desprenderse si no quiere terminar siendo un puro conocimiento sociológico. Pero este reconocimiento del derecho como idea ordenadora exige, simultáneamente, y como integrante del mismo objeto de conocimiento, admitir que ese derecho es postulado concretamente por una realidad social histórica y determinada; realidad social que es —sustancialmente— *una forma económica social* que por una parte postula a la norma y por la otra es normada por ella.

El conocimiento de las mediaciones históricas existentes entre norma y realidad social, como términos heterogéneos de un mismo objeto de conocimiento —objeto de la ciencia del derecho— es sustancial no sólo para conocer al derecho sino para dar sentido a la *actividad jurídica concreta*, sea ésta destinada a la creación de la ley, a su aplicación o su enseñanza. Se torna indispensable si, además, lo que se quiere es producir la *transformación* de nuestra propia sociedad.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Una muy buena crítica a este pluralismo metodológico, véase en Cerroni, obra citada, págs. 32 y siguientes.

<sup>11</sup> En este sentido, más allá de compartir totalmente sus puntos de vista, es innegable la correcta reivindicación que hace Sergio Cotta en “El desafío tecnológico”, sobre la responsabilidad del jurista en la sociedad actual, que no se compadece, ciertamente, con lo que ahora aprende en la Facultad. EUDEBA, 1970. Sobre el tema, también Darcy Ribeiro, “La Universidad Nueva”, Ed. Ciencia Nueva, 1973.

### El Derecho Civil y el Orden Económico

Dentro de este pensamiento metodológico debe ser estudiado el derecho en general y lo que se conoce como derecho privado en particular. Corrientemente el *Derecho civil* es conceptualizado como aquella parte del ordenamiento jurídico que regula la existencia de los sujetos de derecho —personas visibles e ideales—, las relaciones de familia y las relaciones patrimoniales; esto es las que se dan entre las personas y las cosas y las personas entre sí por causa de las cosas.

Es indudable, en consecuencia, la íntima correlación que media entre el derecho civil contemporáneo y el orden económico social. Esta correlación fue puesta de manifiesto desde el comienzo mismo de la sociedad moderna. Cuando en medio de la llamada Revolución Gloriosa, ocurrida en Inglaterra en 1689, John Locke en su "Ensayo sobre el gobierno civil" —fundamento teórico de la burguesía naciente— daba las bases de la nueva organización social, no se limitó a explayarse sobre las formas políticas de gobierno. Fijó su pensamiento sobre la propiedad como pieza sustancial para la organización de la sociedad y —aun sin quererlo— al considerar que la voluntad de Dios disponiendo el cultivo de la tierra importaba la autorización para apropiarse de ella, no sólo anticipaba un precepto de derecho civil sino que echaba las bases para la forma económica capitalista sobre las cuales habría de desenvolverse la Revolución Industrial.

Hoy por hoy nadie cuestiona la profunda conexión que media entre el orden económico y el orden jurídico civil. Recientemente Díez-Picazo, avanzando sobre la posibilidad de exponer sobre un *derecho patrimonial*, no duda en caracterizarlo como "aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan los fines económicos del hombre".<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Díez-Picazo, "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 37.

Entre nosotros el propio Vélez Sársfield sintió que al implementar el Código que aún nos rige estaba, en el fondo, echando las bases del orden económico social argentino, hecho de por sí patente y que sólo la normativa jurídica posterior podría oscurecer. Sus propias palabras puestas en la nota al Art. 2506 son reveladoras de esta realidad. Al explayarse sobre las diferentes definiciones corrientes en doctrina sobre la propiedad, dice el Codificador: "La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar el fruto de su trabajo, "el derecho de trabajar y ejercer sus facultades como cada uno "lo encuentre mejor". Que este pensamiento no haya sido recogido por el contexto general del Código y, al contrario, muchas de sus instituciones sobre el tema entren en flagrante contradicción con ese pensamiento<sup>13</sup>, no desmiente sino que confirma la existencia del fuerte contenido económico que los preceptos de derecho civil tienen.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> A pesar de que Vélez considera, en el pensamiento transcrito, como único fundamento legítimo de la propiedad al trabajo y como principal derecho del hombre el derecho a trabajar en lo que encuentre mejor, la normativa del Código está destinada a fijar minuciosamente las relaciones económicas entre los propietarios y, como es público, de ninguna manera le preocupa la suerte del trabajador no propietario (trabajador asalariado), régimen que regula en la locación de servicios, cuyas falencias habrían de corregirse mediante la aparición del derecho nuevo: el derecho laboral.

<sup>14</sup> Nuestras formas sociales económicas se apoyan en la propiedad y en el intercambio de bienes y servicios mediante un acto jurídico principal: el contrato. De toda la intrincada red de relaciones sociales-culturales, es decir de las que median entre los hombres y de éstos con la naturaleza, surge que el derecho civil positivo es principalmente económico. Lo demás viene por añadidura y como consecuencia de una forma social de producción y distribución. La supuesta autonomía —frente a esta realidad— de, por ejemplo, el derecho de familia, es muy relativa. Ciertos principios sustanciales de este derecho, hoy francamente cuestionados, como la patria potestad exclusivamente atribuible al padre (Art. 264), sólo pueden ser explicados teniendo en cuenta en primer lugar la preeminencia social del varón, pero en segundo lugar un orden económico social correlativo en donde esta preeminencia es exigida por las formas concretas de producción.

Es factible y necesario investigar la íntima correlación entre el orden económico y el orden jurídico, en nuestro caso, el establecido por el derecho civil, a lo largo de todas y cada una de las instituciones.<sup>15</sup> Sin embargo hay un punto clave imposible de eludir si se quiere penetrar con claridad en la recíproca dependencia existente entre el derecho civil moderno y las formas sociales económicas. Aludimos específicamente al *Método* adoptado por Vélez Sársfield para la organización de las distintas instituciones y derechos integrantes del Código Civil.<sup>16</sup>

De la simple lectura de las leyendas que sirven de título a los cuatro libros que integran el Código, con más las sendas explicaciones y fundamentos dados en diversos artículos, nadie puede poner en duda, seriamente, que el método organizativo seguido por Vélez Sársfield pasa por haber adoptado como "summa divissio" de todos los derechos regulados la que permitiera agruparlos en dos grandes campos: por una parte los *Derechos reales* y, por la otra, la de los *Derechos personales*.<sup>17</sup>

Cuando así dejar de ser —la mujer como sujeto económico— la institución sacramental hace crisis y aquella autonomía se muestra como falsa.

<sup>15</sup> En los límites de este trabajo sólo puntualizamos algunos rumbos; pero no queremos dejar de decir que ese camino aun no recorrido debe hacerse mediante un examen histórico concreto de las formas tal como se dan en la realidad desechando toda tentación de poner en ellas lo que el investigador quiere ver. Es decir la funesta tentación de evidenciar que la realidad "demuestra" las tesis que confesada o tácitamente sostiene el investigador.

<sup>16</sup> En el año 1957, siendo profesor adjunto de Derecho Civil en Córdoba, el titular de la cátedra —José A. Buteler— sostenía la importancia del tema y nos sugería la necesidad de profundizarlo. Aprovecho la ocasión para agradecer aquella indicación de la que estimo fue posible sacar consecuencias mucho más importantes de las que podía imaginar, quizá, nuestro titular de entonces.

<sup>17</sup> El Código tiene cuatro libros, así denominados: Libro I: "De las personas"; Libro II: "De los derechos personales en las relaciones civiles"; Libro III: "De los derechos reales", y Libro IV: "De los derechos reales y personales, disposiciones comunes". Para un examen muy ilustrativo véase de José A. Buteler, "Método del Código Civil", publicado por la Universidad Nacional de Córdoba. Para una visión rápida léase el art. 497 y su nota; Art. 577 y su nota; nota a la leyenda del Libro III y al Título IV

Esta división y su correlativa materialización a través de las sendas instituciones que los posibilitan, importan decir que la sociedad de que se trata piensa resolver el existencial problema económico de la producción de bienes mediante la división del trabajo y el de su distribución mediante el intercambio.

La definición de Demolombe según la cual "El derecho real es aquel que crea entre *la persona y la cosa* una relación directa e inmediata de tal suerte que no se encuentra en él más que dos elementos a saber: la persona, que es el sujeto activo del derecho y la cosa, que es su objeto"<sup>18</sup>, calificada de "harto simplista"<sup>19</sup>, constituye sin embargo una caracterización que si bien deja de lado una serie de ingredientes muy caros a la normativa jurídica, patentiza la esencialidad del dominio: *el poder que ejerce el hombre sobre el mundo objetivo*.

El derecho real —cuyo prototipo es el derecho real de propiedad<sup>20</sup>— supone cierta realidad social y exige en sus formas jurídicas, el reconocimiento de una separación radical entre los sujetos de derecho y los objetos.<sup>21</sup>

del mismo libro y la nota de elevación del primer Libro redactado por Vélez Sársfield.

<sup>18</sup> Charles Demolombe, "Cours de Code Napoleon", t. IX, Nº 464. Sobre este tema, desde el punto de vista fenomenológico, véase el trabajo de Reinach Adolfo, "Fundamentos apriorísticos del derecho civil".

<sup>19</sup> Así Alberto D. Molinario, "La enseñanza de los derechos reales que integran el derecho civil", La Plata, 1959.

<sup>20</sup> En esto hay acuerdo en la doctrina; se sostiene y bien que además de los previstos en el C. Civil un estudio integral de los derechos reales exige el reconocimiento de los que establecen otras leyes. Sobre esto, Molinario, trabajo citado.

<sup>21</sup> En esto tienen razón los pensadores marxistas en cuanto puntualizan que no en cualquier época ni en cualquier sociedad puede darse el derecho real. El es un producto histórico de una sociedad históricamente determinada; fluye de aquellas en que los individuos se distinguen de los objetos y, por lo tanto, en función de la dominación sobre ellos, se separan de los demás individuos que integran el grupo social, con los cuales sólo conseguirán vincularse mediante la mediatización contractual. Sobre esto, en muy buena síntesis, el ya citado trabajo de Cerroni. Para una visión distintiva la "Historia universal del hombre", Kahler, F. C. E. Se traza

La importancia en las formas sociales económicas de este derecho lo pone en evidencia el primer párrafo del tratado de Hedemann: "El derecho de cosas —dice— sirve a la *dominación de los bienes terrenales sin la cual la vida del hombre es imposible*".<sup>22</sup>

Se presenta como derecho cualitativamente distinto y en franca oposición al derecho real, el *derecho personal* o de crédito, cuyo prototipo es la relación obligatoria.

La obligación es la relación establecida entre dos o más personas en virtud de la cual una de ellas —el *deudor*— queda constreñido a hacer algo<sup>23</sup> en favor de la otra, llamado acreedor.

Enfocado desde el punto de vista del acreedor la obligación se resuelve en un crédito; desde el punto de vista del deudor, en una deuda.

La obligación —relación obligatoria o derecho personal— es lo que mediatiza a los hombres en la sociedad, no siempre sino en determinada sociedad históricamente considerada.<sup>24</sup>

aquí una perspectiva según la cual desde una existencia, si puede llamársela así, en la que el hombre arranca absolutamente compenetrado con la naturaleza comienza a separarse de ella y —a la vez— de la sociedad hasta llegar a una plena secularización y crudo individualismo, a partir del cual tiende hacia un modo socializado de vida, en términos materiales y espirituales.

<sup>22</sup> J. W. Hedemann, "Derechos reales", Rev. der. privado, Madrid, 1955.

<sup>23</sup> Los autores, generalmente, puntualizan que el deudor está obligado a entregar al acreedor una prestación. Así, von Tuhr, "Tratado de las obligaciones", entre otros. Pero ello diluye lo esencial que, a mi juicio, lo debido es un *acto del deudor*, aunque normativamente pueda hablarse de obligaciones de dar, hacer o no hacer (Art. 495 de C. Civil).

<sup>24</sup> También en esto tienen razón los críticos marxistas, cuando expresan que no en cualquier forma económica social es posible la obligación. Para ponerlo en evidencia no hace falta apelar a formas comunitarias y pretéritas de vida social; el análisis actual de la familia pone de manifiesto que la vinculación de su seno —reconocida como una forma económico social que puede ser llamada "economía doméstica— no posibilita el tipo de vinculación obligacional. La relación obligatoria supone a personas individualizadas a tenor de lo que establece el Art. 30 del Código civil, con todos sus atributos —especialmente el patrimonio— y *separadas entre sí* de modo que pueden re-unificarse a través de la obligación. Esta realidad es la que abre la amplia perspectiva sobre la posibilidad de formas econó-

La tajante división entre el *Derecho real* —como poder directamente ejercido por el sujeto sobre el objeto— y el *Derecho personal*, como vinculación entre dos personas una de ellas acreedor y la otra deudor, ha sido sostenido en la doctrina jurídica mediante su caracterización normativa y en forma más o menos pacífica.<sup>25</sup> Esta división es muy rica en consecuencias y no sólo permite reconocer en su persistencia o variación de contenido las variaciones de las formas económico sociales reales, sino que su cabal dominio permite recoger el vigor del derecho como ordenador de esa realidad para operar una transformación de la sociedad.

Nuestro Código Civil reconoce, puntualizadamente, las diferencias entre ambos derechos. "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a los derechos reales" (Art. 497). Porque los primeros —ubicados en la *relación* entre dos sujetos: deudor y acreedor— son *derechos relativos*, en tanto que los segundos —los reales— como *poder directo* del hombre sobre la cosa, no necesitan de nadie más que su titular; son, así, *derechos absolutos*.

Lo grave de este ordenamiento jurídico —que fluye históricamente de la existencia de formas capitalista como forma económica social concreta— es que el derecho real, cuya esencia es en principio el *poder del hombre sobre el mundo objetivo* —poder del hombre sobre las cosas— puede transformarse y de hecho se ha transformado en *poder de los hombres sobre los hombres*.

Esta nefasta consecuencia fue advertida con bastante anticipación, aunque se la haya racionalizado en su explicación. Locke, en el *Ensayo*, reconoce que la esclavitud —en la que el hombre ha dejado de ser sujeto para ser objeto pleno — "es la prolongación de un estado de guerra entre un vencedor legítimo y un

mico sociales "socializadas" que impliquen la radical superación de la forma económico social "individualista capitalista", como producto histórico que es y no categoría eterna como alguno la consideran. Sobre esto, recomiendase Martin Buber "Los caminos de utopía" brevariario del F. C. E. y Erich Kahler, "La torre y el abismo", Ed. Compañía Fabril Editora, Bs. As., 1957.

<sup>25</sup> La escuela germánica procuró, sin mucho éxito, salvar las diferencias entre ambos tipos de derecho. Sin embargo, la doctrina en general

cautivo". Es decir, denuncia la existencia de un fenómeno de *poder* en el fondo mismo de la institución; pero la anticipación presentida de lo que podría ocurrir está en esta otra reflexión del filósofo inglés quien tras negar la posibilidad que el hombre libre pueda hacerse esclavo, expresa "Reconozco que entre los israelitas, lo mismo que entre otras naciones, había hombres que se vendían a sí mismos; pero es evidente que no se vendían como esclavos sino para ejercer trabajos penosos".<sup>26</sup> Cita el pasaje del Exodo según el cual —evidentemente— los trabajadores israelitas debían vender su fuerza de trabajo a los egipcios que tenían en ese momento el *poder económico*.

Este fenómeno, presentido por Locke es racionalizado por Kant, quien frente a la distinción idealista sujeto titular de derechos y cosas sometidas a los sujetos encuentra en la realidad ciertos sujetos que son más parecidos a las cosas que a los hombres. Allí tiene sus raíces aquella noción de *Derecho personal de naturaleza real* que consiste en poseer un objeto externo como una cosa y usarlo como persona.<sup>27</sup>

Esta desviación históricamente dada, con mayor intensidad en unas sociedades que en otras, del poder sobre las cosas hacia el poder de los hombres<sup>28</sup> sólo puede ser entendida, en principio, si se pone de manifiesto la íntima relación —a pesar de su radical

reconoce sus diferencias. Pero raramente se ahonda —a nivel jurídico— las raíces socioeconómicas de esa diferenciación. Véase Díez-Picazo, obra citada.

<sup>26</sup> Locke, op. cit., pág. 47, capítulo IV.

<sup>27</sup> Ciertamente que Kant implementa una justificación de la cosificación real del hombre, cuyos perniciosos efectos, más tardíamente, tratara de mitigar la "política social". Es decir admitida la cosificación de algunos seres humanos tratar que ella sea lo menos gravosa posible; Cerroni, en la obra citada encuentra en ese pensamiento la fundamentación teórica de la institución empírica real que estima base de la relación económica moderna: la relación de trabajo asalariado; op. cit., pág. 208.

<sup>28</sup> Aunque hasta la sociedad preindustrial muestra una tensión y una separación crecientes entre esas diferentes funciones de la propiedad, la ruptura decisiva se produjo en la sociedad industrial. En la primera etapa de la sociedad industrial, el aspecto de poder de la propiedad se amplió enormemente. La propiedad de bienes materiales permitió al primitivo ca-

diferencia— que existe entre los derechos reales y los derechos personales.

En una primera aproximación corresponde puntualizar que en tanto los derechos reales exhiben una imagen de un "mundo de situaciones" o *posiciones*, los derechos personales exponen la idea de un "mundo del tráfico" o *intercambio*.

Los derechos reales —tomando como prototipo el de propiedad— tienen como efecto inmediato fijar la situación del hombre respecto de la cosa, para su aprovechamiento o utilización y por tanto ellos tienden a la perpetuidad; es decir no a la eternidad sino a su subsistencia en tanto y en cuanto la permanencia de la cosa sobre la cual se ejerce subsista.<sup>29</sup> Esta potencial inmutabilidad de los derechos reales es lo que autoriza a decir que ellos configuran una visión estática de la sociedad; es decir, marcan —por expresarlo de alguna manera— *las posiciones* de los hombres, en sociedad, respecto de las cosas en ellas existentes.<sup>30</sup>

En cambio, los derechos personales, como reiteradamente lo señalan los tratados más elementales, "nacen para morir".<sup>31</sup> Su

pitalista empresario multiplicar no sólo su poder sobre las cosas —fábricas, mercancías o ganancias—, sino también sobre los hombres"; W. Friedmann, "El derecho de una sociedad en transformación", F. C. E., 1966.

<sup>29</sup> Es lo que, en nuestro derecho, surge expresamente de los artículos 2506 y 2507 y su correlativo 2604 del Código Civil.

<sup>30</sup> El lenguaje, tan rico en contenidos inesperados, destaca ese efecto. El propietario de muchas cosas es un hombre "de buena posición". Sin embargo, esta noción genérica de "posición" del hombre respecto de las cosas es susceptible de un examen más profundo que no podemos hacer en este lugar, pero que debe ser tenido en cuenta por cualquiera que desee seguir profundizando en este modo de conocer el derecho. El "monopolio" que tanto preocupa hoy, es quizá —en última instancia— el resultado de una "posición" concreta de un grupo en la sociedad, resultado de la forma económica social histórica y del correlativo derecho que de ella fluye, pero que al normarla no la corrige sino que la afianza. Idéntica consideración debe hacerse sobre ciertos derechos subjetivos positivos que no pueden entenderse sino como "privilegios" en el sentido vulgar del término.

<sup>31</sup> Reinach, Adolfo, quien en su trabajo notable, logrado desde el punto de vista fenomenológico, dice: "La promesa crea un vínculo peculiar entre dos personas, y en cuya virtud una puede exigir algo que la otra está

finalidad es satisfacer la pretensión del acreedor con el cumplimiento del acto del deudor y en tanto eso no ocurra hay un estado de *pendencia* que busca ser resuelto, sustancialmente con el cumplimiento, u otras vías organizadas por la ley.<sup>32</sup> Ese estado de pendencia, esa inexorable necesidad de "vencimiento" como instante temporal en que se debe actuar cumpliendo, y que se traduce siempre —en cuanto pretensión de sentido— en un *desplazamiento* de algo propio del deudor en favor del acreedor, permite —para decirlo de alguna forma— significar que los derechos personales brindan una *visión dinámica de la sociedad*.<sup>33</sup>

Pues bien: estas dos esferas normativas —que los normativistas se encargan de explicar detalladamente para diferenciarlas y a veces para confundirlas— no sólo son el producto histórico, como derecho, de una sociedad históricamente dada y como tal mediatizan al hombre con la naturaleza y a los hombres, por causa de la naturaleza, entre sí, sino que a su vez se intercondicionan como formas jurídicas distintas, correlativas y dependientes. Con el agregado que del modo en que esa interconexión se dé, deviene un reflujo del derecho todo sobre la realidad social y la correlativa respuesta histórica que la realidad social da al derecho modificando, a su vez, la relación de interconexión entre los derechos reales y personales, que en su nueva configuración vuelven a actuar sobre la realidad social y así sucesivamente.<sup>34</sup>

obligada a cumplir o procurar. Este vínculo aparece como *consecuencia*, como *producto* de la promesa. Admite según su esencia, una duración (pero le es inmanente la tendencia a sufrir un fin o una disolución". "Fundamentos apriorísticos de derecho civil", Bosch, 1934, pág. 31.

<sup>32</sup> Así surge, en nuestro derecho, de los arts. 505, 724, I, 725 y 750.

<sup>33</sup> De ninguna manera puede restringirse como fuente única de las obligaciones a los contratos ni a los actos jurídicos (Art. 495, 944 y 1197); pero nadie que observe la vida diaria, de un día común de un hombre común, puede negar que en nuestra forma económica social la gran masa de obligaciones, algunas de brevísima duración, son la urdimbre de un *intenso tráfico* que exhibe así, jurídicamente, el *dinamismo* del intercambio económico.

<sup>34</sup> Ello es patente en una cuestión que, vinculada a este tema, merece un trabajo por separado. Cuando el Codificador redacta el Código, en este

Observando parcialmente de esa múltiple y dialéctica interacción a nivel de la recíproca relación entre los derechos reales y personales, podemos decir, gráficamente, que si bien los derechos personales nacen para morir, al fin de su existencia —en sentido lato— ocurre el nacimiento de un derecho real. Quien cumple, verbigracia, con la obligación de dar, no sólo aniquila el crédito del acreedor haciendo entrega de la cosa (Art. 725, in-fine), sino que con ese acto el desaparecido acreedor ha sido reemplazado por el nuevo propietario de la cosa entregada (Art. 577, contrario sensu).<sup>35</sup>

De la misma manera, pero a la inversa, la facultad de obligarse, característica típica del sujeto de derecho (Art. 30 C. C.), exige —inexorablemente— que la persona, a nivel de atributo infaltable, tenga un *patrimonio*.<sup>36</sup> Necesariamente debe ser así —con

punto aun vigente, sostiene con toda firmeza que sólo son derechos reales los establecidos por el Art. 2503, siendo los allí enumerados "numero clausum", toda vez que los derechos reales sólo pueden ser creados por ley (Art. 2502). Dentro de ese criterio, en la nota al 2503 da sus razones por las cuales, ciñéndose al "derecho puro de los romanos", deja afuera —echándolos por la puerta— muchos de los derechos mediavtales como el de "superficie" y la "enfiteusis", quedando excluido, aunque no lo diga, además el "censo reservativo". Sin embargo, pasado cien años aquellos derechos expulsados por la puerta intentan entrar por la ventana de las leyes de emergencia o especiales. Ya, en nuestro propio derecho, hay autores que han comenzado a descubrir el notable parecido entre aquellos derechos y ciertos derechos personales, tales como el del inquilino amparado por las leyes de prórroga (Ley 16.739) o la venta de lotes a plazos (Ley 14.005) o la propiedad horizontal (Ley 13.512). Sobre este interesante tema ver especialmente Guillermo L. Allende, "Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el código civil", Abeledo Perrot, 1964 y Jorge Alterini, "La locación y los derechos reales con función equivalente", Editora platense, 1970.

<sup>35</sup> Desde luego que no olvidamos, pero omitimos para facilitar el análisis, el supuesto del derecho real originariamente adquirido, en donde el título se reduce al modo. Ver nota al Título IV, del Libro III del Código Civil.

<sup>36</sup> Se podría argumentar, con aparente razón, que esta es una afirmación típica de la doctrina clásica sostenida sustancialmente por Aubry Etrau o Zachariae que —de paso lo señalamos— han sido principal fuente del codificador (ver nota al Art. 2312) y que la doctrina más moderna no

arreglo a las formas económico sociales de la que aquel derecho surge— porque la facultad de obligarse no sólo consistirá en la persona de una cierta actuación del deudor —acto de cumplimiento— sino que en el tráfico propio de una economía de cambio, el obligado tendrá que *entregar alguna cosa o hacer algo*.<sup>37</sup>

En una apretada síntesis: los derechos personales, como expresión jurídica de la dinámica económica o intercambio, supone la existencia de un mínimum patrimonial y tiene, como resultado, partiendo de determinadas posiciones de los sujetos en las formas económicas sociales (cuya manifestación jurídica principal son los derechos reales), una recomposición de esas posiciones y la correlativa satisfacción de las necesidades humanas que la economía concreta —como actividad social— tiende a satisfacer.

Vista esta múltiple interconexión, va de suyo que no son indiferente los “puntos de partida”; es decir las posiciones iniciales que marcadas por los derechos reales tienen las personas dentro de la sociedad. En otras palabras: es de grandísima importancia,

considera al patrimonio como un atributo de la personalidad toda vez que es posible que una persona tenga varios patrimonios y pueda transmitir alguno de ellos independientemente. Sin embargo a idea del “Zweckvermögen” (patrimonio de afectación), no invalida la idea clásico en lo que esta tiene de central: no hay persona sin patrimonio. “En conjunto, el patrimonio, es una creación del Derecho como dice Vélez Sársfield en la citada nota al art. 2312. Nadie puede ceder en vida su patrimonio, ni quedar sin patrimonio, pues aunque una persona no tuviere ningún bien y fuere absolutamente pobre de solemnidad, tendría siempre la facultad de adquirir bienes, pues la potencia patrimonial es inalienable, salvo los casos de muerte civil (capitis diminutio maxima) que no existe en el derecho actual”. Alberto M. Etkin, en la voz “Patrimonio” en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXI, pág. 855.

<sup>37</sup> Por eso tiene razón la escuela clásica sobre el patrimonio; puede ser que el sujeto de derecho —la persona— carezca de toda cosa, de todo derecho patrimonial que cambiar; pero puede *hacer algo*. El pobre de solemnidad en sentido económico sin embargo tiene sustancialmente su propia energía —fuerza de trabajo— que prometer y entregar. De esta realidad surge la tendencia a ver en la economía de cambio una suerte de venta de trabajo propio y reconocer, correlativamente, la posibilidad —según sostiene Marx— del aprovechamiento de la “plusvalía” por parte del empleador capitalista.

para reconocer la forma económica social concreta de cualquier sociedad, saber con precisión *quienes pueden ser sujeto de derechos reales y sobre qué cosas* esos derechos pueden ser ejercidos.<sup>38</sup> Es así entonces como los derechos reales y personales brindan el *orden constitutivo* de la sociedad. Este orden constitutivo es apreciable como un *orden básico estructural* —configuración dada por los derechos reales— y en un *orden dinámico funcional*, apreciable en la regulación de los derechos personales, con la aclaración expresa que esa *funcionalidad* es recíproca, condicionante y dependiente de órdenes jurídicos entre sí y del orden social concreto de la vida real.

El descubrimiento de esa funcionalidad recíproca es el único camino cierto y científico para explicar muchos de los fenómenos que desorientan y aun repugnan a los juristas, tales como la “reirificación” de algunos derechos personales o la “cosificación” de los sujetos del derecho.<sup>39</sup>

Que los derechos reales expresan el orden básico estructural y como tales diagraman el punto de partida de las conductas sociales económicas —fijan las posiciones de los hombres frente a las cosas— es una afirmación que resulta ratificada por dos nociones pacíficamente aceptadas: ellos son “numero clausum”, es decir delimitados por la ley, y no pueden ser creados por los particulares, toda vez que interesan al orden público económico.<sup>40</sup> Mas como en el fondo del derecho real subyace una cuestión de *poder*, en rigor no son los derechos reales como tales los que interesan

<sup>38</sup> Cuando posiciones políticas socialistas plantean radicalmente la socialización de los medios de producción están proponiendo, precisamente, una recomposición de los derechos reales en esa sociedad. Quieren un distinto sujeto de propiedad para determinado bien que estiman importante, a la vez que declaran que ese bien no puede ser objeto de propiedad privada; es decir de los particulares. Cuando ciertas posiciones política —sin ser socialistas— gravan con impuestos la herencia, o el patrimonio o tratan de que todos los hombres tengan un mínimo de patrimonio real, más allá de su fuerza de trabajo, están proponiendo una rectificación de los “puntos de partida” o posiciones iniciales de todo hombre dentro de la sociedad.

<sup>39</sup> Ver nota 34).

<sup>40</sup> Art. 2502 del Código Civil.

al orden social, sino que interesan al orden público general en cuanto fijan *los poderes de los hombres* en la sociedad, frente a los demás hombres y frente a la sociedad en su conjunto.<sup>41</sup>

Establecido el orden básico estructural puede dejar expandirse el mundo de los derechos personales con total libertad, sin necesidad de establecer ningún "numero clausum" respecto de ellos, salvo los visiblemente lesivos al estilo del tiempo.<sup>42</sup> La libertad de contratación, la libre iniciativa privada, fuentes esenciales de los derechos personales (Art. 944 y correlativos del Código Civil), son el amplísimo campo en el cual —aparentemente— todos los hombres pueden moverse. Sin embargo esa vastedad vital está "a-priori" fijada por el orden básico estructural que ha establecido mediante los "puntos de partida iniciales" los exactos límites hasta donde cada hombre en sociedad puede llegar. Los que tienen poder, hasta donde su voluntad los impulsa y la moral y buenas costumbres los limiten y los que no tienen poder hasta los cercanos límites de su incapacidad patrimonial y hasta donde la vulneración de las "buenas costumbres" no lo dañe.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> En la nota al Art. 2502 Vélez Sársfield pone esto en evidencia con toda claridad, aunque parezca estar motivado por el deseo de evitar las "fuentes de complicaciones y pleitos". Una propiedad de la cosa, clara y absoluta, se le aparecía indispensable para echar las bases de una economía capitalista. No otra cosa habrán pensado los ingleses, en vísperas de la Revolución Industrial, cuando llevaron adelante las "leyes de cercamiento" echando las bases terratenientes del capitalismo posterior.

<sup>42</sup> La cortapisa inicial a los derechos personales —fijado el orden básico estructural— sólo se encuentra en los límites de lo moral, tal, como ocurre, en el Art. 953 de nuestro Código.

<sup>43</sup> El Art. 14 de la Constitución dice que todo habitante del país puede trabajar y ejercer industria lícita, como le plugiere. Esta norma constitucional es seguramente incomprensible para millones de desocupados y muchos millones más que gustosos harían cosas distintas de las que están haciendo. Para ellos la tal libertad de trabajo podrá ser un postulado digno de ser alcanzado; pero jamás la realidad concreta que debiera ser según la norma de la Constitución. Sin embargo, la norma constitucional ha sido históricamente válida para muchas personas; pero ellas tienen nombre y apellidos concretos y que, en general, pueden identificarse como los que tuvieron la posibilidad de ser propietarios de los bienes naturales; es decir —especialmente— la tierra.

Sin embargo, por causa de aquella *funcionalidad* entre los derechos reales y los personales, como de ambos frente a la sociedad, comienza paulatinamente una recomposición inexorable. Lo más corriente es que a través de la llamada "política social" se trate de limar las durezas del orden básico estructural frenando las posibilidades potenciales a que dan lugar los derechos reales lo que —desde el punto de vista humanitario— es lo mínimo que pudiera hacerse, pero que desde el punto de vista del orden social tiende a una estructuración de la sociedad en su conjunto.<sup>44</sup>

Cuando a través de la configuración de los derechos reales algunos alcanzan un poder desde todo punto de vista exagerado frente a los demás, y éstos, para su existencia, dependen de los primeros, operar sobre el área de los derechos personales prohibiendo hacer determinadas cosas u ordenando cómo deben hacerse, trae consigo algo de paz o evita, por lo menos, la guerra civil; pero es posible advertir que una arteriosclerosis invade todas las estructuras sociales que toman así un aire medieval sumamente sugestivo.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> El gatopardismo político social expresado en la frase corriente de que aquellos que tienen mucho deben dar algo para no correr el riesgo de perder todo, tiende un velo sobre el problema que planteamos, aunque —desde luego— haga más aceptable la vida en sociedad. Pero lo sustancial es saber cómo es posible que en nuestra sociedad, nueva y a pocos años de su existencia, haya algunos con tanto y tantos con tan poco. Ello no puede ni debe explicarse por cuestiones raciales, temperamentales o de golpes de fortuna. Sólo un análisis de aquel orden básico estructura —los derechos reales— puede echar luz sobre lo aparentemente inexplicable.

<sup>45</sup> Si se llevara hasta sus últimas consecuencias los principios inspiradores de los arts. 2506, 2507, 2508 y correlativos —según los cuales el dominio es perfecto, exclusivo, perpetuo y absoluto— todos de inspiración romana, como reconoce Vélez Sársfield, habría que prepararse para vivir las guerras civiles que asolaron a los romanos entre propietarios y no propietarios. Dado ese poder —para evitar esa catástrofe social— se reglamenta el uso del poder con un enjambre legal siempre creciente, en cuya sociedad reglamentarista el derecho civil tiende a ser un *derecho civil administrativo*. Es obvio —aunque esto merece un examen por separado— que esta imposición reduce en órdenes y contraórdenes del Estado y la disolución del poder de los hombres y sus estructuras sociales. No debe extrañar, entonces,

### Relación de los hombres con la naturaleza

Estas reflexiones no pretenden ser una exposición exhaustiva de toda la problemática que importa un análisis crítico del derecho civil, que —por lo demás— seguiría siendo incompleto ya que, más ambiciosamente, habría que hacerlo al menos desde el punto de vista del derecho privado en su totalidad.<sup>46</sup> Aspiran, tan sólo, a señalar la necesidad y urgencia sobre un nuevo camino para enfocar el derecho civil en su plenitud sacándolo de los estrechos márgenes del normativismo habitual.<sup>47</sup>

Dentro de esas limitadas pretensiones conviene exponer, muy rápidamente, algún aspecto de lo esencial del derecho real, entendido éste como el poder de un sujeto sobre el mundo objetivo. Nos interesan algunas reflexiones sobre el derecho real de dominio sobre la naturaleza o sea el espacio acotado del planeta sobre el cual se ejerce la soberanía de nuestro ordenamiento jurídico.

Un afamado jurista italiano contemporáneo —Carnelutti— dejó sentado el siguiente pensamiento: “El concepto de dominio es estrictamente económico y, por tanto, prejurídico. En otras palabras: que aun sin el derecho la cosa que le corresponde al dominio existe. El dominio está fundado simplemente sobre el hecho de una distribución de la naturaleza entre los hombres, con el fin de satisfacer sus necesidades.”

que se presente una dura lucha entre grupos sociales por el poder del aparato estatal y que el Estado presente formas corporativas de organización, egislandose muy lejanamente en favor del interés general y mucho más cercanamente en favor del grupo corporativo dominante.

<sup>46</sup> Esto es particularmente válido para el derecho comercial.

<sup>47</sup> Siempre tengo la sensación de que el abogado actual acaba por ser una especie de “guía” en una intrincada selva constituida por la maraña de leyes y reglamentos del estado moderno. Esta realidad del abogado “práctico” es manifiesta en las nuevas especialidades: derecho fiscal, aduanero, etcétera, en las que generalmente otro, más práctico aún, como el despachante de aduana, es a su vez guía del guía. No descarto la necesidad de ese tipo de tareas; pero me resisto a pensar que ellas caractericen al jurista como científico de las ciencias sociales. El normativismo jurídico es inútil para dar nueva respuesta a la avasalladora realidad contemporánea.

La gran parte de verdad que este pensamiento contiene no revestiría con todo mayor importancia, si no fuera porque Carnelutti remata su juicio con esta funesta conclusión: “Tal distribución —la de los bienes de la naturaleza— es un hecho puramente natural, al igual que la constitución psico-física. Tal es el origen de la riqueza o de la pobreza... por eso los hombres no pueden alabarse o quejarse de ricos o pobres, como tampoco de ser grandes o pequeños, guapos o feos, jóvenes o viejos”.<sup>48</sup>

Otro pensador italiano ha dicho, por el contrario, con dramática exactitud: “Quien observe con ánimo desapasionado la sociedad humana tal como se desenvuelve bajo nuestra mirada, advertirá pronto como presenta el extraño fenómeno de una absoluta, irrevocable división de dos clases rigurosamente distintas: una de las cuales, sin hacer nada se apropia de ingresos enormes y crecientes, mientras la otra, mucho más numerosa, trabaja desde la mañana a la tarde de su vida, a cambio de una mísera recompensa; esto es: la una vive sin trabajar, mientras la otra trabaja sin vivir o sin vivir humanamente”.<sup>49</sup>

Este “extraño fenómeno”, sino en forma exclusiva sí de manera importantísima, está vinculado a la relación de dominio que el derecho establece entre el hombre y la naturaleza. Sin necesidad de un mayor explanamiento surge con evidencia plena que la vida social humana sería absolutamente imposible sin una referencia vital y constante al suelo o naturaleza. Cualquier objeto material hecho por el hombre, por complejo que fuere, proviene del suelo y ninguna actividad económica, ni siquiera vital, es pensable sin el espacio sobre la cual, directa o indirectamente, se asiente. De manera que el establecimiento de una relación de dominio —como orden jurídico— del hombre respecto del suelo es una decisión existencial para una sociedad.

<sup>48</sup> F. Carnelutti, “Teoría General del Derecho”, Ed. Rev. de Der. Privado, Madrid, 1955, pág. 28. Este desgraciado pensamiento constituye una real bellaquería jurídica. Es fácil proponer este pacto social: renuncio a alabar mi riqueza con tal que tú renuncies a protestar por tu pobreza!

<sup>49</sup> Aquiles Loria, “Bases económicas de la constitución social”, Ed. El consultor bibliográfico, Barcelona, 1931. Este trabajo es de 1896; sin embargo conserva rigurosa vigencia.

Teheodor W. Schultz se ha preguntado qué es lo que ha ocurrido con la tierra y la renta que ella produce en los análisis económicos en los que deplora su ausencia<sup>50</sup>; idéntica pregunta cabe formularse respecto de los civilistas para quienes, por lo general, el derecho real de dominio sobre el suelo establecido por el Código Civil es —al decir de Carnelutti— cosa natural, sin advertir que nuestro orden social ha sido históricamente condicionado por ese ordenamiento y que ninguna transformación social positiva será factible sin un conocimiento exacto de ese condicionamiento.

Quien —siguiendo el consejo de Loria— observara con ánimo desapasionado la sociedad argentina, debe reconocer con asombro que ella, escasísima en relación al territorio disponible<sup>51</sup>, se encuentra distribuida de una manera realmente curiosa, ya que casi un cincuenta por ciento de la población vive apiñada en apenas unos miles de kilómetros cuadrados y que su principal problema —a pesar de tan amplio espacio— es la falta de fuentes de trabajo. No escasean los análisis sociales y económicos que tratan de dar una explicación coherente a esta realidad; pero falta en ellos el reconocimiento de un ordenamiento jurídico históricamente dado que de ninguna manera es ajeno o aquella configuración que tanto asombro causa.

Si es dable observar cuantas dificultades sufren millones de argentinos que trabajando “desde la mañana a la tarde de la vida” no pueden, sin embargo vivir humanamente, es posible también encontrar que no escasean los mecanismos para vivir, y muy bien, sin mayor esfuerzo. Esto no es de hoy, aunque los efectos sean hoy mucho más dramáticos.

<sup>50</sup> “El papel de la tierra en el desarrollo económico”, citado por Guillermo Flichman en su artículo “Modelo sobre la asignación de recursos en el sector agropecuario”, en *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, N° 39/40, año 1971, pág. 375.

<sup>51</sup> Una de las más bajas demográficas del mundo; en orden a la densidad por kilómetro cuadrado, en la tasa italiana nuestro país debiera tener 600.000.000 de habitantes.

Thomas Hutchinson escribía a fines del siglo pasado: “Deseo aclarar que el señor Alcorta compró, a corta distancia de la estación de Moreno, una fracción de tierra de dos leguas y media al precio de 600 pesos papel (de 5 libras a 6 libras) por cuadra. Después que la estación fue levantada sobre los terrenos de esa propiedad, la tierra se vendió en remate, dividiéndose en lotes para la construcción; y alguno de ellos lograron el enorme precio de entre 35.000 y 40.000 pesos papel por cuadra (£ 275 a £ 315”<sup>52</sup>.

Es obvio que este ejemplo no es de ninguna manera excepcional. Cualquiera sin necesidad de ser científico del derecho compruebau que es esta una operación frecuente aunque puedan ser diferentes los márgenes de ganancia.

Pero la frecuencia no invalida el fenómeno económico social sustancial: el señor Alcorta en el ejemplo citado multiplicó cincuenta veces su fortuna nada más que con un “buen ojo” para la operación. Se ignoran los esfuerzos que ella le demandara; pero indudablemente que no tantos como para que agotara su existencia “de la mañana a la tarde de su vida” y —en todo caso— no fue tan nimia la recompensa si con aquella operación obtuvo una ganancia de 5.000 %.

Sin embargo este es tan sólo un aspecto del fenómeno económico social, pues por otra parte —como dice el dato de Hutchinson— el predio fue dividido en “lotes para la construcción”. Es decir que aquellos ingresos del señor Alcorta fueron sumas entregadas por trabajadores que necesitaban de los lotes para construir su vivienda. Aquellos que efectivamente —al decir de Loria— trabajan de la mañana a la tarde de la vida, son los que entregaron gran parte del producto de su trabajo al vendedor de los lotes que logró así —milagrosamente— amasar rápida y seguramente gran fortuna en una sola operación.

Entonces el jurista advierte que no bastaba el “buen ojo”. Era indispensable un instrumento auxiliar que posibilitara tan exce-

<sup>52</sup> Transcripto en “El caso argentino”, Vicente Vázquez Presedo, Eudeba, 1971, pág. 42.

lente negocio. Este instrumento auxiliar es, precisamente, el orden jurídico de nuestro derecho real de dominio sobre la naturaleza que permite —dadas ciertas circunstancias— hacer del espacio del país un negocio civil con mayor rendimiento que cualquier tipo de operación comercial o industrial.<sup>53</sup>

Como es posible, puede uno preguntarse, semejante enormidad?

Nuestro Código comienza el libro de los Derechos Reales por el Art. 2311 con arreglo al cual son cosas “los objetos materiales susceptibles de tener un valor” y esas cosas —en atención al doble elemento del derecho real: objeto sobre el que recae y sujeto titular— admiten una clasificación desde ese doble punto de vista: las cosas consideradas en sí mismas (Arts. 2313 al 2338) y las cosas consideradas con relación a las personas que obre ellas ejercen el derecho real (Arts. 2339 al 2350).

Desde este punto de vista el espacio de la República —venero de toda actividad humana y sustancialmente la económica— es un inmueble por su naturaleza (Art. 2314) en cuanto es considerado en sí mismo y puede ser un bien público del Estado si algunas de las porciones que relaciona el Art. 2340 o privado del Estado (Art. 2342) o de los particulares (Art. 2347), si no está citado en aquella norma del art. 2340.

Como éste último artículo sólo se refiere a especiales accidentes geográficos de todo el espacio argentino —los mares territoriales, los mares interiores, los ríos, las playas de mar, los lagos navegables y las islas— todo el resto de la superficie es susceptible de ser bien privado del Estado Nacional o particular o simplemente de los particulares. Es decir, que esa superficie *puede ser objeto de comercio mediante actos jurídicos* y de hecho históricamente lo ha sido y sigue siendo.

<sup>53</sup> Luego de la derogación de las leyes de alquileres, el retorno al régimen del Código Civil significó para los fondos de comercio la presencia de un socio —en la participación de las utilidades— tan importante como inexorable: el propietario del local quien, en el fondo, es el socio principal ya que goza del derecho de vida y muerte del comercio o industria tan pronto vence el contrato de locación.

En una palabra: pueden constituirse los derechos reales previstos por la ley sobre la casi totalidad de la superficie territorial argentina. Sus titulares, en uso de ese derecho real, pueden convenir con terceros todos los derechos personales que la ley permite, entre los cuales se destacan ciertamente el de locarlo (art. 1499) y venderlo (art. 1323).

Para apreciar la virtualidad de este sistema cuyo punto esencial —pero no el único<sup>54</sup>— es la puesta de la tierra como objeto comerciable, deben ser analizadas las hipótesis límites.

Entendemos por hipótesis límite el caso, teóricamente posible en cuanto es autorizado por la ley, aunque de hecho no se alcanza a realizar. Así, por ejemplo, no necesariamente todos los hombres deben otorgar actos jurídicos a tenor del art. 944, en la variedad negocial que la ley prevee. Sin embargo si imagináramos que en determinado momento todos los hombres celebran un acto jurídico, podríamos arribar a la conclusión de que el tráfico es en ese instante muy intenso; pero nada obsta a que así ocurra. Menos aún que en el instante siguiente una miriada de hombres se presente en el país y practique la misma actividad negocial seguida o simultáneamente a los que antes lo hacían.

Podemos imaginar una hipótesis límite semejante para el ejercicio del derecho real de dominio sobre el suelo? A lo sumo podemos pensar que en determinado momento todos tengan un derecho de propiedad sobre determinada porción de espacio; pero sin la voluntad de éstos no hay ninguna posibilidad que puedan tenerlo una cantidad siguientes de hombres, toda vez que siendo el dominio exclusivo (art. 2508), los que se presenten luego que

<sup>54</sup> Otro punto importante sobre este tema es la deformación legal de realidades económicas. Así, por ejemplo, según el Art. 2315 son inmuebles por accesión los *muebles* inmovilizados por su adhesión física al suelo. Desde este punto de vista una casa —en cuanto mejora físicamente adherida al suelo— es jurídicamente un inmueble. Sin embargo económicamente reconoce otra naturaleza, toda vez que todos los materiales que la constituyen son bienes de riqueza —muebles— y como tales producto del trabajo humano. El suelo, en cambio, no es resultado del trabajo humano sino un factor dado del cual ningún hombre puede invocar su autoría. Esta radical diferencia es ignorada por el derecho civil.

el suelo este totalmente en propiedad solo podrán acceder a él en calidad de *titulares de derechos personales* frente a los propietarios y siempre y cuando, claro está, que los propietarios desidan arrendarles o venderles su propiedad. En caso de negativa el acceso al suelo será absolutamente imposible para los nuevos habitantes, provengan del extranjero o de las propias familias argentinas.

Sin embargo son excepcionales los casos de quienes quieren tener en propiedad un trozo de tierra por el solo hecho de ser propietarios de ella. En rigor ese derecho es querido por el rendimiento económico que él puede surtir. Por ello es que el propietario que no emplee su fundo para sí puede —siendo bien en comercio— arrendarlo o venderlo contra el pago de un alquiler o un precio. Ese arriendo o precio de venta —resulta económico del derecho real de propiedad— es lo que percibe el titular del derecho real por facilitar el uso de la porción de que se trata sin necesidad de tener que dar nada en contraprestación como no sea el permiso legal —contrato de locación o venta— para el uso del suelo.<sup>55</sup>

Sólo que así las cosas —siempre en la hipótesis límite— el propietario en estos casos se presenta él mismo como un intermediario entre quien debe efectivamente usarlo —el trabajador— y el suelo que necesita ser usado.<sup>56</sup> Por esta intermediación es que el propietario cobra su renta de alquiler o su precio de venta.

El análisis de las consecuencias económicas y sociales de esta estructura no debe ser hecho en los márgenes de este trabajo. Simplemente se puede anticipar lo siguiente: el mecanismo en su conjunto permite vivir sin trabajar, lo que no es lo mismo que vivir sin que nadie trabaje. Vivir sin trabajar quiere decir —en rigor— vivir del trabajo ajeno. Esto no sólo acarrea profundos ma-

<sup>55</sup> Es, por otra parte, lo previsto por Vélez Sársfield, quien en nota al Art. 2503 dice expresamente: "El contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado, un intermediario suficiente".

<sup>56</sup> Cuando aludimos al uso del suelo de ninguna manera nos restringimos a la explotación agrícola. La expresión incluye a todo *uso directo*, sea cual fuere la finalidad y al *uso indirecto* en cuanto que nadie puede dejar de contar con suelo cualquiera sea la actividad que cumpla.

lestares sociales por causa de la injusticia que implica sino que con mucho mayor daño alienta al negocio de la especulación en tierras. Este negocio, tan corriente entre nosotros, no solo permite aprovecharse del esfuerzo ajeno sino que priva al trabajo del principal recurso para la propiedad de un país: su tierra.

Por eso puede afirmarse que lamentablemente la Argentina es un país con un espacio geográficamente existente, jurídicamente adquirible —se puede comprar o arrendar— pero económicamente inalcanzable para los trabajadores.

Reconocer esta realidad es un buen punto de partida para estudiar el derecho civil y aprontarse a las reformas que una urgente transformación social exige.

## APUNTES PARA UNA REELABORACION DEL CONCEPTO DE FAMILIA

CESAR ARIAS

No por ser lugar común es menos cierto que el fluir de la historia modifica las formas sociales, cambia el concepto de propiedad, transforma la moda, varía las normas de comportamiento humano, como también las instituciones sociales.

Entre estas últimas, la familia vive hoy, tanto en lo que hace a sus elementos esenciales como respecto de su propio núcleo constitutivo central, un proceso de transformación acompañado de un amplio debate, en el que las posiciones van desde la negación de su vigencia actual y la búsqueda de sustitutos por el "vanguardismo", hasta la defensa agresiva de las formas tradicionales de constitución y mantenimiento no sólo de la concepción paternalista de la familia, sino fundamentalmente de los caracteres autoritarios y coactivos en las relaciones de parentesco.

Cómo expresiones antagónicas y marginadas de nuestra realidad social debemos recordar, en un extremo, los grotescos grupos de "defensa de la tradición, la familia y la propiedad", que en sus exteriorizaciones callejeras, con sus atuendos carnavalescos—capas purpúreas y pendones medievales—provocan en el transeúnte desprevenido, generalmente, desconcierto y perplejidad que concluyen en el gesto indulgente o la sonrisa burlona, y en el otro polo, las "comunas" o "comunidades" autotituladas alternativa al autoritarismo, cuyos miembros piensan que el camino que conduce al afecto, no pasa por el afecto, sino por su contrario, la indiferencia, que se pronuncian contra la bi-personificación de los afectos, contra la formación de las parejas tradicionales, contra los sub-grupos afectivos que tienden a enturbiar sus relaciones ideo-

lógicas grupales, aunque en el relato de sus propias experiencias, advierten que tras el intento de superar las dependencias afectivas, para llegar a la convivencia plena, terminan reafirmando las pautas de relaciones tradicionales.

Estas tentativas, que por lo común concluyen con la disgregación del núcleo, integrado por individuos pertenecientes a sectores sociales alejados de la actividad productiva, son en realidad formas de evasión social.

Pero lo evidente es que se percibe una realidad social, un comportamiento humano que muy poco tiene de común con la programación comunitaria del ordenamiento jurídico. Mientras la legislación intenta conservar inmodificadas las pautas de conducta familia y las instituciones, de hecho, estas son dejadas de lado y así en muchos casos coexisten una familia "legal" disuelta en la práctica de la vida, junto a nuevas uniones reconocidas socialmente pero negadas desde el punto de vista normativo.

Los juristas nos dan sus definiciones, los caracteres que precisan a la institución familiar y los fines que cumple, como luego ejemplificaremos con la opinión de algunos autores tomados a modo título ilustrativo, pero generalmente desvinculada de los factores económicos que la condicionan.

En el segundo cuarto del siglo xx se nota una particular preocupación de los legisladores por jerarquía a la familia y disponer su protección a nivel constitucional, tanto en Europa como en Iberoamérica. En nuestro país es la Constitución de 1949 la que en su art. 37, II la hace objeto de "preferente protección por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines".

Resulta interesante recordar los fundamentos expuestos por el convencional Dr. Sampay al sostener la inclusión del nuevo texto: "...la reforma tiende a la defensa de los intereses de la familia del trabajador, porque quiere superar la situación de emergencia de un régimen de protección al trabajo de mujeres y menores y llegar a la verdadera solución, que consiste en establecer para el obrero, padre de familia, las condiciones de trabajo y las retribuciones que extingan la necesidad de que la esposa y los hijos se

desarraiguen del hogar, o tornen difícil la atención normal del mismo y la educación de los niños".

"A eliminar la causa material de la dispersión de la familia se enderezan las medidas legislativas programadas para su consolidación económica como tal, a saber: la protección de la maternidad y de la infancia, la institución del bien familiar y la creación de la unidad económica familiar, así como el impulso a la colonización, para que cada familia labriega posea como bien la parcela de tierra que cultiva, de acuerdo con el enunciado básico de la política agraria del general Perón". (Diario de Sesiones del 8 de marzo de 1949).

Claro que el sentido ampliamente proteccionista habría de ser parcialmente desnaturalizado, al intentarse desde la Corte Suprema de Justicia restringir su alcance únicamente a los casos en que la unión matrimonial estaba convalidada por la intervención del funcionario estatal. En cuanto no mediaba cumplimiento de los recaudos legales para la constitución de la familia, se pretendía excluir a la mujer de los beneficios de una legislación concebida para beneficio de la clase trabajadora. Ello implicaba desconocer una realidad, la presencia de amplios sectores del pueblo, sobre todo en el interior del país, y en particular en nuestras provincias pobres del norte, que en materia de familia se rigen más por sus propias tradiciones que por una legislación y estructurada para atender los intereses de las clases poseedoras de la República Argentina.

Se debe tener presente que desde la llamada organización nacional se fué gestando un orden jurídico asentado en una constitución de tipo liberal, que aseguró la vigencia del credo político y económico de los grupos que detentaron el poder.

Al volver al enfoque jurídico, puntualizamos que para Sánchez Román la familia es una institución ética, natural, fundada en la relación conyugal, de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida, de la especie humana.

A su vez, Díaz de Guijarro considera a la familia como la Institución Social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

Tal definición permite distinguir algunos de sus caracteres fundamentales, que siguiendo al mismo autor, resultan ser los siguientes:

a) Vínculo biológico: La unión sexual determina vínculos biológicos en forma natural, independientemente de toda regulación jurídica. b) Vínculo legal: El elemento primario, es decir, el vínculo biológico antes descrito está sujeto en su calidad de fenómeno social a toda una estructura normativa que le otorga "estado legal" y de la cual dependen sus condiciones y calificaciones, de suerte que la unión será matrimonio o concubinato, la filiación matrimonial o extramatrimonial, el parentesco reconocido o desconocido.

Señala el tratadista antes citado, que la mayor dificultad estriba en la correlación armónica del vínculo biológico y el legal, toda vez que en general el fenómeno humano desborda los cánones jurídicos y se encuentra sometido a la evolución de las concepciones ideológicas, lo que implica siempre diferencias en la estructura normativa. Esto se verifica, por ejemplo, a nivel de las calificaciones legislativas referentes a los hijos adulterinos, incestuosos, etc., cuyo contenido peyorativo paulatinamente desaparece. Es que aquí como en tantos otros aspectos del derecho de familia, los vínculos biológicos y las realidades sociales impulsan y modifican las regulaciones normativas, de las cuales son necesario sustento.

La familia no tuvo siempre la forma en que actualmente la conocemos, no fue siempre monógama. Esta especie de unión familiar es la última de la serie de cinco formas diferentes y sucesivas que estudia Morgan en "La Sociedad Primitiva" (p. 327 y siguientes), a saber: a) *La Familia Consanguínea*. Se basaba en el matrimonio entre hermanos y hermanas propios y colaterales, en grupo; b) *La Familia Punalúa*. Se fundaba en el matri-

monio entre varios hermanos (todos hombres o todas mujeres) propios y colaterales, con las esposas o maridos de cada uno de los otros en grupo, no siendo indispensable que estos últimos estuvieran emparentados entre sí, aunque ocurría con frecuencia. Aquí el matrimonio concluía por ser la unión de un grupo de hombres con un grupo de mujeres; c) *La Familia Sindiásmica o por parejas*, era el producto del matrimonio entre parejas solas, pero sin cohabitación exclusiva y duraba según la voluntad de los cónyuges; d) *La Familia Patriarcal*. Se constituía por el matrimonio de un hombre con varias mujeres, las que generalmente estaban recluidas en el ámbito conyugal y e) *La Familia Monógama* formada sobre el matrimonio entre parejas solas con cohabitación exclusiva. Pertenece al igual que la patriarcal al período superior de la barbarie, mientras que las formas anteriores se dan en el salvajismo y estadios inferior y medio de la barbarie.

El concepto de familia y la palabra misma como organización matrimonial de las tribus latinas es posterior al cultivo de los campos y a la servidumbre legalizada (Morgan, ob. cit. p. 401).

La voz "familia" proviene del latín y deriva del osco "famell" que significa "siervo". Por ello es que Engels destaca que al principio, entre los romanos, tal expresión ni siquiera se aplicaba a la pareja conyugal y a sus hijos, sino tan sólo a los esclavos. Entonces designaba al conjunto de esclavos pertenecientes a un mismo hombre. Mommsen, citado por Morgan, le da el significado de "cuerpo de sirvientes".

Según la teoría materialista —en la concepción del co-redactor del Manifiesto— el móvil esencial y decisivo al cual obedece la humanidad en la historia, es la producción y la reproducción de la vida inmediata, que es de dos clases. Por un lado, la producción de los medios de subsistencia (alimento, vestido, vivienda, etc.) y por el otro, la producción del hombre mismo, la propagación de la especie. Las instituciones sociales están íntimamente enlazadas con estas dos especies de producción por el grado de desarrollo del trabajo y de la familia. A menor evolución social, menor producción y mayor subordinación del orden

colectivo a los vínculos de la consanguinidad. Al aumentar la propiedad privada, el cambio de productos, la valoración de la mano de obra extraña y los antagonismos de clases, la sociedad antigua, cimentada en la consanguinidad, desaparece ante el choque de las clases sociales recién formadas y cede el paso a una sociedad nueva resumida en el Estado, una sociedad donde el orden de la familia está completamente sometido al orden de la propiedad, y en el seno de la cual tienen libre curso los enfrentamientos y las luchas de clases propias de cada época de la humanidad.

Antes de continuar, a propósito de la afirmación inicial de Engels, para evitar equívocos, cabe aclarar que es el modo de producción material el que fundamentalmente condiciona el desarrollo de las instituciones sociales, entre las que se incluye la familia.

Decimos esto en consideración a lo que emerge del desarrollo del propio materialismo histórico. Ya en los manuscritos de 1844, manifestaba Marx que la religión, la familia, el Estado, el derecho, la moral, la ciencia, el arte, etc., son sólo modos particulares de la producción y que caen bajo su ley general. Por ello, las formas de alienación familiar son reflejos de la alienación económica y consecuentemente la supresión de ésta por vía de la abolición de la propiedad privada, significará la supresión positiva de toda alienación, el retorno del hombre hacia su verdadera existencia *humana*, es decir, *social*. (Confr. Manuscritos de 1844, pág. 1487 Ed. Arandú Bs. As. 1918). Más tarde en el Manifiesto habría de expresar que "las declamaciones burguesas sobre la familia y la educación, sobre los dulces lazos que unen a los padres con sus hijos resultan más repugnantes a medida que la gran industria destruye todo vínculo de familia para el proletariado y transforma a los niños en simples artículos de comercio, en simples instrumentos de trabajo".

Téngase en cuenta que como lo señala Poulantzas Nicos (Clases sociales y poder político en el estado capitalista" Ed. Siglo XXI), la tesis de Marx de que "el régimen de producción

de la vida material (lo económico) condiciona todo el proceso de la vida social, política y espiritual" no significa ignorar que en determinados momentos históricos, en ciertas formaciones sociales, productos de determinados modos de producción, otros niveles o instancias (político, ideológico o religioso) presentan un índice de predominio mayor que el económico, pero que en última instancia, tales niveles no son más que el reflejo del papel que detenta lo económico. Para decirlo con palabras de Marx: "lo que explica por qué en una sociedad es fundamental la política (Atenas y Roma) o la religión (Edad Media), es precisamente el modo como en esa sociedad se ganan la vida". Por lo demás no hace falta estar muy versado en la historia de la república romana para saber que la historia de la propiedad inmueble forma su historia secreta. Ya Don Quijote pagó caro el error de creer que la caballería andante era una institución incompatible con todas las formas económicas de la sociedad. En una palabra: "la estructura económica de la sociedad es la base real sobre la que se alza la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social". (Nota 36. Cap. I, Libro I, "El Capital", p. 69, Ed. Cartago S.R.L. 1956)

Dejamos de lado la mención de la evolución histórica de la familia antes del matrimonio monogámico (excluimos así al matrimonio poligámico, poliándrico, como también a la filiación femenina, producto del hetairismo —comercio sexual promiscuo— que a su vez producía un aprecio y respeto social extremo hacia la mujer, que concluía en una preponderancia femenina absoluta —ginecocracia—).

La familia monogámica se funda en el poder del hombre (también en la patriarcal), con el fin formal de procrear hijos de una paternidad cierta y esta paternidad se exige, porque esos hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de la fortuna paterna. "La existencia de la esclavitud junto a la monogamia y la presencia de jóvenes y bellas cautivas que pertenecen en cuerpo y alma al hombre, es lo que constituye desde su origen el carácter específico de

la monogamia, la cual sólo es monogamia para la mujer, y no para el hombre" (Engels).

La monogamia no fue el fruto del amor sexual individual, con el que no tenía nada de común en el período inicial ateniense, siendo los matrimonios de pura conveniencia. Tuvo por base las condiciones sociales y no las naturales. Fue el triunfo de la propiedad privada individual sobre el comunismo espontáneo primitivo, de la preponderancia del hombre en la familia y su propósito de procrear hijos que sólo pudieran ser suyos y destinados a heredarle. Estos fueron los únicos móviles del matrimonio entre los griegos, quienes lo fundaban, no en el sentimiento, sino en la necesidad y el deber, sostiene Morgan (ob. cit. p. 407).

Por supuesto que la familia monogámica no ha revestido en todos los lugares y tiempos la forma que tuvo entre aquéllos. La mujer era más libre y considerada entre los romanos, quienes creían suficientemente garantizada la fidelidad de sus esposas por el derecho omnímodo que sobre ellas tenían. Si bien estaba allí subordinada, gozaba de un tratamiento respetuoso. Salía a la calle sin restricciones y frecuentaba teatros y banquetes con los varones. El mayor progreso en el desenvolvimiento de la monogamia se realizó con la entrada de los germanos en la historia, entre los que solo subsistía la poligamia para los grandes señores y jefes de tribus.

En todas las clases históricas activas, es decir, en las clases dirigentes, el matrimonio monogámico siguió siendo lo que ya había sido el matrimonio sindiásmico, cuestión de pactos convenidos entre los padres, si bien fue de todas las formas de familias conocidas, la única en que pudo desarrollarse el amor sexual moderno, lo que no significa que tal cosa ocurriese realmente.

Hasta concluida la edad media, el amor sexual, como forma superior del instinto, *el amor caballeresco*, no fue de ningún modo el amor conyugal, se encarnó en el adulterio cantado por los trovadores.

"La monogamia nació de la concentración de grandes riquezas en las manos de un hombre y del deseo de transmitir las por herencia a sus hijos propios, excluyendo a los de cualquier

otro. Para eso era necesaria monogamia de la mujer, pero no la del hombre; tanto es así, que la monogamia de la primera no ha sido el menor óbice para la poligamia (encubierta) del segundo. Pero la revolución social inminente, transformando por lo menos la inmensa mayoría de las fortunas inmuebles hereditarias (medios de producción) en propiedad social, reducirá al mínimo todos esos cuidados de transmisión hereditaria".

Desaparecidas las causas económicas que dieron origen a la monogamia, ésta subsistirá "porque con la transformación de los medios productores en fortuna social desaparecen el salario, el proletariado, y, por consiguiente, la necesidad de que se prostityan por dinero cierto número de mujeres, fácil de valorar por la estadística. Desaparece el proletariado, y en vez de decaer la monogamia, llega por fin a ser una realidad, hasta para los hombres", afirma Engels.

Antes de la Edad Media no existía el amor sexual como determinante del matrimonio. Los padres son quienes conciertan las bodas. El amor, en el sentido moderno no se presenta sino fuera de la sociedad oficial. Para la nobleza, el matrimonio es un acto político, una cuestión de alianzas para aumentar el poder. Lo mismo sucede con la plebe de los gremios.

La revolución tecnológica que trae la producción capitalista, hace surgir el contrato como acuerdo de personas libres e iguales. El matrimonio continúa siendo unión dentro de una clase, pero con un cierto grado de libertad en la elección de los interesados. "La clase directora prosiguió dominada por las influencias económicas conocidas y sólo por excepción presenta casos de matrimonios concertados verdaderamente con toda libertad; mientras que éstos... son la regla en las clases oprimidas".

Por propia naturaleza, el amor sexual es exclusivista, lo que lleva a concluir que su forma familiar natural es la monogamia, que deberá subsistir pero sin sus pretendidos caracteres actuales: preponderancia del hombre sobre la mujer e indisolubilidad en su forma vigente.

En cuanto a la primera, la evolución del derecho muestra un atenuamiento considerablemente dicha preeminencia,

tendencia igualitaria advertida entre nosotros a través de las modificaciones legales, hasta llegar a la ley 17711. En el derecho comparado, especialmente en la órbita de los países socialistas, ello es mucho más evidente, sobre todo en instituciones como el nombre (el apellido nupcial es elegido libremente por cada uno de los esposos), la administración de la sociedad conyugal (tanto el hombre como la mujer administran y disponen del patrimonio social por sí y en nombre común, solo la compra-venta de inmuebles requiere el consentimiento expreso del otro cónyuge), el domicilio (se proclama la independencia jurídica de los esposos en la elección del domicilio, sin que el cambio de residencia del marido obligue a la mujer), la patria potestad y el apellido de los hijos (éste es el ya elegido de común acuerdo entre los cónyuges).

“La indisolubilidad del matrimonio es consecuencia, en parte, de la situación económica de donde salió la monogamia, y en parte, es una tradición de la época en que, mal comprendido aún el enlace de esa situación económica con la monogamia, fue exagerado hasta el extremo por la religión... Si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, sólo podrá serlo donde el amor persista. Pero la duración del acceso del amor sexual es muy variable según los individuos, particularmente entre los hombres, y la desaparición del afecto ante un amor apasionado nuevo hace de la desaparición un beneficio, lo mismo para ambas partes que para la sociedad. Sólo que debe ahorrarse a las gentes ese patallar en el inútil fango de un pleito de divorcio”. Es decir, que para Engels el matrimonio debe subsistir en tanto siga siendo unión libre y voluntaria sustentada en el amor recíproco.

En sentido coincidente, aunque referido a un enfoque axiológico bilateral, Cossio expresa que se explica los matrimonios infantiles en la India, las concertaciones matrimoniales prematuras de la Edad Media cristiana, así como también la unión matrimonial preestablecida de faraones e incas con sus hermanas, en la medida en que, por ejemplo, hubiera que preservar un sistema de castas como orden social o acrecentar la soberanía

territorial como poder político, o resignarse a los designios de Dios como empresa cosmológica.

Pero desde que el capitalismo modificó en Europa las bases económicas del ligamen personal operante en el feudalismo entre las clases dominantes y las dominadas, desde ese momento desapareció también el sentido político que un matrimonio infantil podía tener como valor positivo de heteronomía (para él los valores de heteronomía son: orden, poder, paz) en la organización jurídica de la sociedad.

“De cualquier manera, la concepción romántica del matrimonio colocó el problema dentro de una perspectiva que se mantiene firme en nuestro mundo de hoy. Una vez descubierto por el romanticismo el juego de los valores jurídicos de autonomía como justicia matrimonial compatible con la estructura capitalista —más aún: compatible, al parecer, con toda otra estructura social donde el matrimonio sea problema de los celebrantes, (que integran relaciones de producción), a partir de aquel momento son los valores jurídicos de autonomía (paz, seguridad y solidaridad), los que deciden como verdad estimativa del correspondiente ente jurídico en el problema prenortativo que concierne al matrimonio en general”.

Cossio, en la búsqueda del elemento que da fuerza de convicción al matrimonio heterosexual como proyecto existencial por oposición al homosexual, descarta la aptitud procreativa por remisión a la experiencia humana y la radica en la solidaridad sexual. El valor “solidaridad” para dicho autor “consiste en la participación con que alguien corresponde o soporta lo que a otro le ocurre, de tal manera que en el primero incide algo de la suerte del segundo” y que como solidaridad sexual se funda en la diferencia sexual pero no en el acto sexual; “es esa solidaridad que el macho como macho dispensa a la hembra o que la hembra como hembra concede al macho en trato permanente”. Es la que los individuos de un sexo ponen en juego frente a los del otro, como cosa debida en forma gratuita y que no es integrante de un acto coactuado como es el acto sexual. Esta solidaridad entre sexos, que es constante y que no desaparece ni de-

clina con los años, es distinta de la que puede haber entre amigos, compañeros o camaradas, en donde nada tiene que ver el sexo.

Es cierto que también se da entre concubinos, por una razón de tipo natural o fisiológica, como lo destaca Cossio, con la diferencia de que la solidaridad sexual matrimonial tiene la firmeza heterónoma que emerge de la ley. "La Causa y la Comprensión en el derecho", 4ª ed. 1969. Ed. Juárez Editor.

El derecho de familia actual, confrontado con la concepción y caracteres tradicionales de sus institutos, se encuentra en crisis, como consecuencia de diversos factores: a) cambios en la filosofía social, que destacan la libertad del individuo contra la indisolubilidad, la profunda transformación de la situación de la familia en la moderna sociedad urbanizada y, en particular, de la posición de las mujeres casadas; b) los progresos científicos y médicos modernos, que hacen posible el control de la natalidad y la inseminación artificial; c) por último, las crecientes exigencias del Estado y su mayor participación en el ámbito propio del derecho privado (conf. Friedman "El Derecho en una Sociedad en Transformación". p. 222. Fondo de Cultura Económica. Méjico, 1966).

No obstante el tiempo transcurrido desde que Lewis Morgan las pronunciara, pensamos que conservan actualidad las siguientes palabras, que hacemos nuestras, sobre el porvenir del régimen familiar monogámico: "...la familia debe progresar con el progreso de la sociedad y cambiar en la medida que ésta lo haga, tal como ocurriera en el pasado. Ella es engendro del sistema social, y debe reflejar la cultura del mismo. Desde que la familia monógama se ha perfeccionado enormemente desde el comienzo de la civilización y sensiblemente en los tiempos modernos, debemos, por lo menos, suponerla capaz de mayores perfeccionamientos hasta que se logre la igualdad de los sexos. Si en virtud del constante progreso de la civilización, la familia monógama, en el futuro lejano, no llegará a responder a las exigencias de la sociedad, no será posible ahora predecir la naturaleza de su sucesora".

## FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

La publicación de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con su actual composición, en los casos Cía. Swift de La Plata S. A., Parke Davis y Cía. de Argentina S. A. y Mellos Goldwin S. A., no obedece a un simple propósito de información jurisprudencial: su alcance es mucho más significativo.

Los tres fallos asuntan en lo jurídico a un aspecto de fundamental relevancia para el derecho contemporáneo: la desestimación de la persona jurídica. Pero más allá del aspecto formal, implica resolver conflictos en los cuales se enfrentan tres empresas multinacionales con los intereses nacionales.

Son documentos de estudio, que señalan un camino para los demás tribunales del país y para todos aquellos que de una u otra forma se vinculen con el campo jurídico.

Su publicación significa en última instancia un merecido homenaje de la Universidad Nacional y Popular a la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**PARKE DAVIS Y CIA. DE ARGENTINA S.A.I.C.  
s/RECURSO DE APELACION**

—Impuesto a los réditos, de emergencia  
y sustitutivo—

Buenos Aires, 31 de julio de 1973

Y Vistos:

Este juicio seguido por Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C. s/recurso de apelación - Impuesto a los réditos, de emergencia y sustitutivo, y

Considerando:

1) Que a fs. 136/142 la Sala en lo Contenciosoadministrativo Nº 2 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en la Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que, por mayoría, había confirmado a su vez las resoluciones de la Dirección General Impositiva, de fecha 28 de mayo de 1968, la cual había determinado de oficio diferencias de gravámenes a favor del Fisco correspondientes a Parke Davis de Argentina S.A.I.C. por m\$ñ 39.484.811, en concepto de impuesto a los réditos por los años 1963 a 1967; m\$ñ 6.820.472 por impuesto de emergencia 1962/64 y 1967, por los años 1963, 1964 y 1967; y m\$ñ 6.575ñ434 por impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes, por los años 1963 a 1967.

2) Que interpuestos por la actora los recursos ordinario y extraordinario que autoriza la ley, se concedió el primero a fs. 151, de conformidad con el art. 24 inciso 6l, apartado a) del decreto-ley 1285/58, llamada ley 17.116, desestimándose el segundo por aplicación de la doctrina de Fallos: 266:53; 250:437; 247:61, entre otros.

3) Que en su memorial de fs. 159 la actora objeta: I. La no deducibilidad como gasto por parte de la Dirección General

Impositiva de las regalías pactadas entre Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C. y Parke Davis and Co. de Detroit (Estados Unidos de Norteamérica) por servicios y usos de fórmulas acreditadas a nombre de la segunda, accionista en el 99,95 % de la primera, por considerarlas utilidades gravadas en cabeza de ésta y en razón de la comunidad de intereses entre ambas empresas vinculadas. II. La aceptación por el Tribunal Fiscal de la Nación y por la Cámara Federal a quo del principio interpretativo de la "significación económica" previstos por los arts. 12 y 13 de la ley 11.683, t. o. en 1960 (actuales arts. 11 y 12 de la misma ley). III. La no aceptación como pauta de interpretación de los convenios celebrados con Suecia (Decreto Ley 12.821/62) y con la República Federal Alemana (llamada ley 17.249) conforme al art. 31 de la Constitución Nacional.

4) Que en apoyo de estas objeciones la actora transcribe en extenso en su memorial el voto de la minoría en el fallo del Tribunal Fiscal y sostiene: a) Que todo contrato de regalía implica de por sí comunidad de intereses; b) Que la existencia de un co-interés entre el titular del derecho y el concesionario de éste, no puede privar de efectos propios a los contratos de regalía previstos en la legislación impositiva, citándose el fallo de la Corte en "Le Petit S. A. Química Industrial y Comercial sobre apelación impuesto a los réditos" (Fallos: 280:112). Afirma también que al aplicarse el criterio de la significación económica sostenido por la Cámara "a quo" en Cía. Massey Ferguson S.R.L. en sentencia del 1-IV-1963, expresamente meritudo en el fallo en recurso, se tuvo en vista un contrato de regalía celebrado entre un socio mayoritario y una sociedad de responsabilidad limitada, careciendo este tipo de sociedad de la personalidad reconocida en la ley 11.682 para las sociedades anónimas. Añade que si el principio de la realidad económica sólo puede jugar en materia tributaria cuando su aplicación no implique extender exenciones o beneficios a contribuyentes que no estén comprendidos en ellos, conforme se resolviera por la Corte en el caso Papelera Pedotti S. A. (Fallos: 279:247) tampoco sería viable

denegar exenciones o deducciones expresamente admitidas en los arts. 5, 61, 65 y 68, inciso a), de la ley 11.682 t. o. 1960 (actuales artículos 5, 60, 64 y 67 inciso a, de la misma ley).

Agrega que el método analógico ha sido desechado en materia tributaria, citando diversos fallos de esta Corte y afirmando que en el caso se lo haría jugar al aplicar una norma que estaría destinada a las utilidades derivadas de los socios o componentes de sociedades de capital (art. 68 inc. b, ley 11.682). Complementariamente se citan diversos fallos sobre el método interpretativo en la materia. Igualmente sostiene la actora, que la sentencia recurrida habría violado la garantía de legalidad prevista en los arts. 4, 17, 19 y 67, inc. 2º, de la Constitución Nacional y la de igualdad del art. 16, al desconocerse normas que admiten la distinta personalidad impositiva entre sociedades de capital y accionistas. También existirían dichas transgresiones, aun reconociendo tal distinta personalidad al tratar el caso como ocurrente entre una casa matriz y su sucursal, ya que la legislación admite la posibilidad de que entre tales entes puedan efectuarse operaciones normales.

Se arguye por último, que rechazar la deducción de regalías en base a la vinculación económica "revelaría de parte del legislador argentino una ingenuidad que no puede aceptarse pues nada sería más fácil que eludir dicho criterio" con los distintos subterfugios que señala.

5) Que a fs. 97, mediante acta levantada ante el Tribunal Fiscal de la Nación, las partes convinieron los puntos que constituyen la materia en litigio, solicitando que el pleito fuera declarado como de puro derecho.

6) Que a los efectos de la justa solución del litigio debe consignarse que el problema de interpretación a dilucidar, consiste en determinar si las deducciones efectuadas por Parke Davis y Cía. de Argentina, en su balance impositivo, en concepto de regalías convenidas por servicio y uso de fórmulas en el campo de la medicina y que deben abonarse o acreditarse a Parke Davis

de Detroit, de los Estados Unidos de Norteamérica, es conforme a las disposiciones de las leyes locales impositivas que regulan ese aspecto de los impuestos. Que a ello se agrega, como elemento propio, si en la estimación de los hechos ha de incidir la circunstancia de que la sociedad norteamericana sea titular del 99,95 % del total de las acciones de la sociedad argentina.

En otros términos, la cuestión a resolver debe ponderar si los importes que pretenden deducirse para el pago de los impuestos reclamados, pueden descontarse como gastos de experimentación y acreditarse en favor de la empresa extranjera, titular de las fórmulas, no obstante que ella sea propietaria del 99,95 % de las acciones que constituyen el capital de la sociedad local.

7) Que parece conveniente, asimismo, para la mejor valoración del problema de interpretación legal sometido a esta Corte, consignar que de acuerdo al Registro de Accionistas de la actora, Parke Davis and C. de Detroit, era titular en efectivo de m\$*n* 349.818.000 del capital de m\$*n* 350.000.000 de la sociedad argentina y que Pavdarco Inc., también sociedad estadounidense con sede en Detroit, era titular de m\$*n* 176.000, perteneciendo el resto del capital, por valor de m\$*n* 7.000 a 11 accionistas locales. Todo ello según resulta de fs. 19 de las actuaciones administrativas agregadas al juicio en oportunidad de la asamblea general ordinaria del 31 de marzo de 1966, última que se conoce, anterior a la iniciación de la demanda.

8) Que la argumentación de la recurrente, expuesta más arriba con la síntesis debida, no ha afectado los fundamentos de la sentencia del "a quo".

Con respecto a la primera crítica, a saber, que la Cámara habría aplicado indebidamente la doctrina del caso "Refinerías de Maíz S. A.", confirmada por la Corte (Fallos: 259:141), por tratarse en el antecedente de una sociedad de responsabilidad limitada y en el "sub lite", de dos sociedades anónimas, esto es, de capital y con régimen impositivo propio, cabe consignar que las razones de hecho son semejantes en uno y otro caso, ya que

los regalistas en el primer supuesto, y la regalista en el segundo, eran titulares de la casi totalidad del capital societario. Tal circunstancia impide admitir diferencias sobre la regulación legal que debe aplicarse a los efectos impositivos, existiendo, como existe, en ambos casos, una misma relación o participación en la formación del capital de propiedad en su casi totalidad de los beneficiarios de la regalía.

9) Que con ello no se desconoce la diferente regulación que para uno y otro tipo de sociedades ha consignado la ley 11.682, sino que se hace aplicación de una pauta de interpretación. Se acepta que el artículo 68, inciso b), de la ley 11.682, hoy art. 65, citado por el "a quo" al analizar el caso, se refiere a sociedades de hecho o de personas y a las relaciones de sus socios con ellas a los efectos de los rubros deducibles, pero el otro elemento o principio de la "realidad económica", a que también hace referencia la Cámara en su fallo, permite extender aquellas disposiciones al caso sub examen, sin que por ello se afecte como pretende la recurrente ni el principio de legalidad en materia impositiva ni el de igualdad, garantía constitucional, ya que el sentenciante se ha limitado a aplicar a situaciones iguales soluciones análogas.

En efecto: ya se trate de sociedades de personas o de capital exclusivamente, en los dos supuestos hay un socio mayoritario en grado de la casi totalidad del capital, que es al mismo tiempo el que ha proporcionado las patentes o marcas o inventos o procedimientos registrados y que, además, se beneficiará en la misma medida con el pago de las regalías consiguientes.

En otros términos, de aceptarse la posición de la recurrente, una misma persona, sea física —si se trata de sociedades de personas— sea jurídica —si es una sociedad anónima—, se beneficiaría como socia de las utilidades derivadas de la inversión y al mismo tiempo, por las acreditaciones que en concepto de regalías se considerarían gastos de la empresa argentina, deducibles como tales.

10) Que esta cuestión de la existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente conduce al examen de otro problema propio de la materia en recurso, planteado por la apelante: el alcance del concepto de la "realidad económica" específicamente aceptado en las leyes impositivas nacionales (arts. 11 y 12 de la ley 11.683, t. o. en 1962).

En el primero de esos artículos se dispone que "en la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica". Este enunciado se perfecciona en el art. 12, disponiéndose que "para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes", configurándose la intención legal del precepto en los párrafos siguientes.

Tal regulación normativa da preeminencia, para configurar la cabal intención del contribuyente, a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a esa realidad económica (Fallos: 237:246; 249:256, y 657 considerando 5º; 251:379 y en la sentencia dictada el 25-8-72 in re L. 188 "Lagazzio, Emilio Francisco s/ apelación impuesto a los réditos").

11) Que para la recurrente, todo contrato de regalía implica de por sí una comunidad de intereses que no puede privar de efectos propios a dicho negocio jurídico.

Al respecto, cabe tener en cuenta que por *contrato* se entiende el acto jurídico bilateral y patrimonial, en el cual están en presencia dos partes, que formulan una declaración de voluntad común con directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. El Código Civil, en el art. 1137, no habla de "parte" sino de persona, pero es preciso aprehender el concepto en relación con la clasificación que formula el legislador sobre los hechos y actos jurídicos. Es menester considerar las vo-

luntades en sus diversas direcciones y en cuanto expresiones de un centro de intereses o de un fin propio. El tercer apartado del art. 14 (hoy 12) del decreto reglamentario de la ley 11.682 se refiere al ajuste de los términos de los contratos de compra y venta, pero parte indiscutiblemente de una premisa: la existencia de tal contrato.

Esta figura jurídica no puede concebirse, en estricto derecho cuando, como en el caso, no existen dos sujetos en el negocio jurídico, en sus roles de acreedor y deudor. Si los intereses de los que concurren al acto no son opuestos sino concurrentes o paralelos, no existe contrato sino un acto complejo. Además no puede pensarse en la libertad de elección que informa el principio de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la falta de independencia real de las dos empresas vinculadas mediante lo que se ha llamado contrato, pero en realidad traduce aporte de capital.

12) Que para la solución del sub-lite no se ha desconocido la existencia de dos sociedades de capital perfectamente delimitadas conforme al orden jurídico privado, ni tampoco la personería jurídica de la sociedad local. Pero tales datos, asentados en los principios del derecho común en materia de sociedades, no son óbice para establecer la efectiva unidad económica de aquellas y su comunidad de intereses a través de la "significación económica de los hechos examinados".

La sociedad Parke Davis de Detroit resulta titular del 99,95 % del capital de la sociedad local. De este modo, la retribución por el uso de las fórmulas y procedimientos de que es titular la empresa extranjera, mediante las regalías, también volvería por vía de pago de la casi totalidad de las utilidades, sin que fueran afectadas por el pago de los correspondientes impuestos. El mismo accionista mayoritario vendría a percibir, por su calidad de regalista: a) la retribución por el uso y explotación de marcas y patentes puestas en explotación en el país por la sociedad local concesionaria de las regalías; b) el monto de las utilidades que ellas produjeron por la superposición de su calidad de rega-

lista y de concesionaria de la regalía en un 99,95 %. En tal forma computando la regalía como gasto en el balance impositivo de la sociedad concesionaria de ésta, real y evidente exención impositiva que la ley no le otorga ni en su letra ni en su espíritu.

A pesar de su aparente autonomía jurídica, la sociedad local se encuentra sin lugar a dudas en relación orgánica de dependencia con la sociedad foránea por su incorporación financiera a la sociedad dominante. Esa relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad jurídica tributaria. Califica una innegable falta de independencia real, con evidentes implicancias en la falta de libertad de elección respecto a los procedimientos contratados y aún a la real utilidad que los mismos puedan reportar, así como a la necesidad de haberlos contratado.

13) Que no varían estas conclusiones los agravios basados en el voto del Vocal disidente del Tribunal Fiscal, que se dejan contestados precedentemente, la doctrina de esta Corte *in re* "Papelería Pedotti" (Fallos: 279:247), inclusive el voto en minoría, o el argumento emergente de los convenios suscriptos por el país con Suecia<sup>1</sup> y la República Federal Alemana, también analizados por el "a quo" y con cuya valoración, respecto de la situación de autos, se coincide.

14) Que como se ha adelantado, el fallo en el caso "Papelería Pedotti" no da base para la revocatoria que se pretende por la apelante, pues, lo que estaba en juego en aquel juicio era la aplicabilidad de las normas impositivas a una fusión de sociedades —local y extranjera— en el caso a examen, perfectamente separadas en vista de su regulación legislativa.

15) Que análogo rechazo merece la invocación que se hace respecto a los derechos reconocidos de las sociedades comprendidas en los convenios celebrados con Suecia (decreto-ley

12.821/62) y con la República Federal Alemana (llamada ley 17.249). El reconocimiento de derechos formulado en dichos actos internacionales sólo puede ser aplicado y afecto a los súbditos o sociedades involucrados en esas disposiciones convencionales.

El convenio celebrado entre dos Estados en orden a evitar la doble imposición, es un estatuto específico entre dos sujetos del derecho internacional que se endereza a otorgar un trato de favor a los residentes de ambos Estados. Si la admisión de la cláusula antiórgano en los tratados citados quebrara la coherencia del sistema tributario argentino, al contradecir disposiciones contenidas en nuestra legislación, ello sólo produciría efectos en beneficio de los residentes de los estados contratantes, a los que esta disparidad de tratamiento solamente alcanzaría.

Basándose el tratamiento impositivo especial en el principio de la reciprocidad, va de suyo que no resulta afectada la garantía de la igualdad alegada, toda vez que según antigua y reiterada jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 16:118 y 155:96) "el principio de igualdad consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias".

Es del caso decir que un fallo de un tribunal argentino, únicamente puede enderezarse a establecer la igualdad ante una ley que es la del país, entre empresas sometidas a su propia jurisdicción. Va de suyo, por lo tanto, que la igualdad reconocida por el art. 16 de la Constitución no se halla afectada por las disposiciones convencionales invocadas, que regulan exclusivamente a la empresa externa receptora.

16) Que por último, ya sea por aplicación de la teoría de la penetración, como esta Corte lo ha hecho tanto en materia no impositiva (caso Gómez Gerardo c/ Comisión Administrativa de Emisoras Comerciales y L. S. 82 T. V. Canal 7; inserto en Fallos: 273:111) cuanto impositiva (Nraden Argentina S. R. L., Fallos: 280:18), como mediante los parámetros del principio de la realidad económica o de la teoría del órgano, de lo que se

trata es de la consideración del fondo real de la persona jurídica. Esto se impone no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea.

Por ello, habiendo dictaminado el Señor Procurador General acerca de la procedencia del recurso, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvanse. *Miguel Angel Berçaitz - Agustín Díaz Bialek - Manuel Aráuz Castex - Ernesto A. Corvalán Nanclares - Héctor Masnatta.*

## COMPAÑIA SWIFT DE LA PLATA S.A. FRIGORIFICA s/ CONVOCATORIA DE ACREEDORES

Buenos Aires, 4 de septiembre de 1973

Y vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Cía. Swift de La Plata S. A. Frigorífica": en los autos "Compañía Swift de La Plata S. A. Frigoríficos s/ convocatoria de acreedores" (expediente C.-705); "Recurso de hecho deducido por José R. Zurdo, en los autos Compañía Swift de La Plata S. A. Frigorífica s/ convocatoria de acreedores (hoy su quiebra), expte. C.-665"; Recurso de hecho deducido por "Deltec International Limited, Deltec Argentina S. A. N. y F. y Argentaria S. A. Cía. Financiera" en los autos "Cía. Swift de La Plata S. A. F. s/ convocatoria de acreedores" (expte. C.-724); "Recurso de hecho deducido por José R. Zurdo en los autos Cía. Swift de La Plata S. A. F. s/ convocatoria —incidente art. 250 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impugnación José R. Zurdo (Deltec International S. A.— expte. C.-723)"; "Recurso de hecho deducido por Carlos R. S. Alconada Aramburú y otro en los autos "Compañía Swift de La Plata S. A. Frigorífica s/ incidente art. 250 inciso 2º Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expte. 156.919" (expte. C.-695) y "Recurso de hecho deducido por José R. Zurdo en los autos "Compañía Swieft de La Plata S. A. s/ incidente art. 250 inciso 2º Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, apelación de José R. Zurdo, expte. C.-685",

Y considerando:

1º) Que la magnitud de los intereses contrapuestos, así como las características de este juicio de convocatoria —posteriormente convertido en quiebra— y sus múltiples incidentes, han prooveado una insólita acumulación de materiales de conocimiento en numerosos expedientes y anexos, en los cuales no siempre aparecen expuestas y resueltas las cuestiones debatidas y, por el contrario, a menudo son oscurecidas por frondosos y repetidos planteamientos que exigen puntualizada depuración.

2º) Que, en consecuencia, los distintos recursos directos sometidos a consideración de esta Corte han de ser objeto de resolución por separado, pero advirtiendo que ha debido procederse a la recomposición del complejo cuadro de temas en alzada, como necesaria operación previa.

3º) Que, en primer término, se examinará la queja que corre a fs. 71/4 del expediente C.-705 que se refiere al recurso extraordinario interpuesto por la Compañía Swift de La Plata S. A. Frigorífica a fs. 11.347 de los autos principales denegado a fs. 11.405 con fecha 5 de septiembre de 1972 y que se articulara contra la sentencia de fs. 11.250 por la cual, el 6 de junio de 1972, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital, Sala "C", confirmó la declaración de quiebra de la recurrente.

Dicho recurso fue deducido en subsidio del de inaplicabilidad de ley, intentado a fs. 11.336 con análogo objetivo al que procura la apelación extraordinaria. Esta circunstancia, como lo señala el señor Procurador General, basta para tornar improcedente el remedio, según reiterada jurisprudencia anterior que esta Corte comparte (Fallos: 237:547; 239:195; 240:50; 261:28; entre muchos otros), conforme a la cual se decide la ineficacia del recurso extraordinario cuando se lo condiciona al resultado de otro o en subsidio de él.

No obstante lo expuesto, tampoco aparece acreditada la arbitrariedad que se imputa al pronunciamiento recurrido, en orden a la impugnación complementaria que formula la recurrente. Sus argumentaciones se limitan a exponer discrepancias con la interpretación que los jueces de la causa efectuaron respecto del derecho común aplicable (Fallos: 119:114; 123:375; 134:309; 194:394) y con las conclusiones a que los mismos arribaron en ejercicio de sus facultades privativas (arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional; Fallos: 187:291; 189:307; 218:278; 238:186; 241:40 entre muchos otros).

Es constante la doctrina jurisprudencial de la Corte respecto a los extremos que se requieren para descalificar las sentencias de los jueces ordinarios y aquellos no se advierten en el sub-lite, desde que no media inequívoco apartamiento de la solución que

la ley prevé para el caso. Los registrados "a quo" han fundado ampliamente el ejercicio de las facultades judiciales respecto a la homologación o rechazo del concordato y sostienen adecuadamente su criterio interpretativo del art. 40 de la ley 11.719. Por otra parte no se observa en el fallo impugnado omisión de cuestiones, acerca de las defensas articuladas como de los hechos acreditados. En orden a la doctrina de Fallos: 276:132, entre otros, no es relevante la invocación hecha respecto de puntos que se dicen no tratados, verbigracia la diferencia alegada entre activo y pasivo de la convocatoria; ello, porque los jueces de la causa no están obligados a ponderar exhaustivamente todas las cuestiones que las partes exponen (Fallos: 272:226) —ya que no priva de fundamento suficiente a una sentencia la falta de tratamiento de algún agravio cuando es obvio que la mención del mismo no habría variado la solución arribada: Fallos: 205:515— y porque la interpretación del Tribunal "a quo" sobre sus propias facultades en orden al art. 40 de la ley de Quiebras aplicada y al criterio que el mismo expresa sobre la responsabilidad de la fallida respecto de las causas que motivaron su falencia, hacen superflua toda otra consideración.

En consecuencia, conforme también lo sostiene el señor Procurador General debe declararse improcedente la queja, de fs. 71/74 del expediente C.-705, con pérdida del depósito efectuado a fs. 1 del mismo.

4º) Que, en segundo lugar, se examinará la queja que corre a fs. 75/96 del expediente C.-665 respecto al recurso extraordinario interpuesto por el señor José R. Zurdo a fs. 11.286 de los autos principales y mediante el cual se impugnan resoluciones dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Correccional "a quo" a fs. 11.263, 11.268 y 11.270.

El análisis de esta queja obliga a puntualizar algunos antecedentes, en referencia a cada uno de los autos apelados que se considerarán sucesivamente:

a) Por la resolución de fs. 11.263/6 se declaró nula la aclaratoria dictada a fs. 10.613 por el Juez Nacional de Primera

Instancia respecto de su sentencia de fs. 10.553, que rechazara el concordato propuesto por la fallida y la declarara en quiebra.

Por vía de dicha aclaratoria el juez de la quiebra, a solicitud del citado acreedor José R. Zurdo y conforme a los términos de la aludida sentencia, resolvió que correspondía extender la responsabilidad por las deudas del frigorífico Swift S. A. F. a "la totalidad de las empresas del grupo" (se refiere al grupo de "Empresas Deltec") ello, "previa excusión de los bienes de la sociedad fallida".

Si bien la resolución de fs. 11.263, como apunta el señor Procurador General en su dictamen de fs. 129 y siguientes, expediente C.-665, no revestiría el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48, una consideración realista de la cuestión impone comprobar que dicho pronunciamiento ha sido dictado en consecuencia de los fundamentos de la sentencia de fs. 10.553 y produce gravamen irreparable, en el alcance propio admitido por la jurisprudencia de la Corte. Ello, así por la magnitud del perjuicio económico que causa (Fallos: 188:244; 194:401) cuanto porque la decidido excede el interés individual de las partes y afecta el de la colectividad, todo lo cual obliga a sostener la existencia del interés institucional serio que justifica prescindir del aspecto meramente formal (Fallos: 248:189 y 232).

En este orden de ideas, corresponde admitir la queja, estimándose bastante la cuestión federal y, atendiendo al suficiente debate de las cuestiones, ilustrado por el conjunto de las actuaciones consideradas, proceder a su resolución con el fondo del asunto.

La decisión de fs. 11.263 hace especial hincapié en la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, respecto a la cual debe comenzar por recordarse que su tutela adecuada queda resguardada cuando se da oportunidad al interesado para hacer valer sus defensas, en la estación procesal oportuna (Fallos: 235:104; 241:195) sin que corresponda extenderla al amparo de la negligencia de los litigantes (Fallos: 147:161). Menos puede invocarse la defensa en juicio para dilatar el trámite de los pleitos (Fallos: 193:487 consid. 6º). El ejercicio del derecho reco-

nocido en el art. 18 de la Constitución Nacional debe compatibilizarse con el ejercicio de los derechos de los demás intervinientes en el proceso y, primordialmente, con el interés social que existe en la eficacia de la justicia (Fallos: 190:124).

La sentencia de la Cámara "a quo" a fs. 11.250 expresa textualmente: "La existencia en el ámbito económico-financiero y comercial del así titulado grupo (se refiere al denominado "grupo Deltec") es de toda evidencia en autos;

"Ello ha sido puesto de relieve por la sindicatura en extensas y detalladas informaciones y sobre la base de abundante y fehaciente documentación (fs. 3.902 vta.; 4115/27; 4.135 vta.; 4.306 vta.; 4.308; 3.981/86)".

"En realidad tampoco ha sido cuestionada esa situación por la convocatoria. No interesa a los efectos de la presente cuestión historiar ni analizar en detalle las intervenciones a que se refiere el síndico; baste señalar que existe un grupo de sociedades con sede en el país y en el extranjero, cuyos paquetes accionarios —prácticamente en su totalidad— permanecen en propiedad de los entes del mismo grupo entre ellos, en un encadenamiento directo o indirecto que en definitiva, se reduce al predominio de Deltec International. Todo ello surge palmariamente del informe del síndico (conf. fs. citadas) y documentación adjunta, del Prospecto. Deltec International a sus accionistas y de la "Memoria y balance de Deltec International 1970", cuyas respectivas traducciones obran a fs. 4017/77 y 4078/94; así también de la comunicación de Deltec International a sus accionistas con motivo de esta presentación en convocatoria (traducción de fs. 4096) en la que esa Compañía habla de que los arreglos financieros de "nuestra" compañía Swift de La Plata en Argentina fracasaron y de que "nos dirigimos de inmediato al correspondiente tribunal argentino a efectos de proceder a una convocatoria".

"Es de observar que en la citada documentación Deltec International habla reiteradamente de "sus" subsidiarias, de "nuestra propiedad" (conf. espec. fs. 4030 vta., fs. 4087/8), etcétera, entre las cuales figura la convocatoria cuyo paquete accionario posee en un 99 % —y muchas otras del país y del extran-

jero, sea en forma directa sea a través de otras subsidiarias; sólo por vía de ejemplo, obsérvese que Swift es una de las subsidiarias que, a su vez detenta otras subsidiarias inmediata o mediatamente, tales como Compañía de Navegación Ganadera y Comercial de Ganados (S. A.), Provita (S. A.), Tranvías Eléctricos de Tucumán (S. A.), Avícola y Ibrí (S. A.)". Más adelante la Cámara "a quo" señala "una primera reflexión que la situación expuesta sugiere es la de que la convocatoria se encuentra seriamente limitada en su libertad de acción y en su política comerciales por encontrarse fuertemente ligada y estructurada en el seno de un grupo de vastísimas proyecciones —según se ha visto— cuyos intereses, lógicamente, han de privar y en cuya política comercial está insertada. Ello surge claramente de las constancias que se han citado precedentemente en el curso de este apartado, pero resultan, además de una serie de circunstancias concretas. Vg.: más del 80 % de las ventas de Swift lo han sido a entidades del "grupo", y la totalidad de las carnes cocidas y congeladas (fs. 3984 vta.); informe de la Junta Nacional de Carnes fs. 10.050/1; en tales ventas se nota una tendencia a concertar precios sensiblemente superiores con los clientes no vinculados el "grupo" que con los de éste (fs. 3964/4 vta.; informe de la Junta Nacional de Carnes, fs. 10.200/204); política de transferencia de fondos a Provita (S. A.) endeudamiento de ésta por cifras superiores a los \$ 11.000.000 y dificultades económicas financieras de ésta para afrontar el pago (fs. 4135, 4169 y fs. 10.127); afianzamiento y descuento de documentos a Ibrí en momentos difíciles para Swift (fs. 4135, 4308, conforme acta N° 1631 del 14-4-70 en legajo agregado); crédito de Deltec Argentina (S. A.) por u\$s. 3.093.000,69, proveniente de afianzamiento a la convocatoria de un préstamo de "Deltec Banking Corporation Ltd." (fs. 4317/8; los pedidos de verificación de crédito por entidades del "grupo" asciende al 37,66 % del total de aquéllos (fs. 3962 y 4168); notable disminución de las deudas con el "grupo Deltec" y retiro de fondos por parte de éste en el último período (informe de la Junta Nacional de Carnes, fs. 10.033 y 10.123)".

Estas terminantes manifestaciones de la Cámara aparecen en contradicción con lo resuelto a fs. 11.267, donde el propio tribunal "a quo" puntualiza, con exceso hitual evidente (Fallos: 268:71), que las mismas sólo implican decidir respecto de la convocatoria y no en referencia a eventuales responsabilidades de las otras fracciones del grupo en especial, de Deltec International, a quien se indica como predominante en el mismo. Tales afirmaciones de la Cámara descartan netamente la consideración del fondo real de la persona jurídica, que viene impuesta, como ha decidido esta Corte; "no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones de actividades en ciertas estructuras sociales, sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea" (in re: "Parke Davis y Cía. Argentina S.A.C.I. s/ recurso de apelación exp. P. 306-XVI).

Deltec International Limited reconoce esa vinculación en documentos oficiales glosados en autos, obrantes en el incidente de impugnación del señor José R. Zurdo; y especialmente en la Memoria Anual de 1970, donde explicita en las notas 1 y 2 los "principios de consolidación" y la puesta en venta de la "subsidiaria argentina" (Swift de La Plata) a la que se refine como "la subsidiaria poseída por mayoría que conduce las operaciones de carne en la Argentina".

Tanto la sociedad Deltec International a fs. 278 del aludido incidente de impugnación de créditos promovido por el acreedor José R. Zurdo como Deltec Food Benelux (fs. 285 id.) Deltec Foods Limited (fs. 280 id.) y Deltec Argentina S. A. (fs. 279 id.) fueron notificadas en autos planteando la última nombrada, que no era "deudor impugnado" y las otras que "no tienen representación ni agencia en la Argentina". Así también expresan que el señor Ernesto Campos, comparecido en autos, habría contestado "por sí" y no "por sus mandantes" ya que sólo estaría apoderado para verificar créditos e intervenir en la Junta. Sostienen pues las empresas citadas que las notificaciones debieron ser practicadas en Bélgica, Londres y Estados Unidos, domicilios legales

de las empresas y no los constituídos en el acto de verificación de créditos.

Esta posición es aceptada en la sentencia de fs. 11.263 pero contrariamente a lo allí sostenido puede advertirse, de la lectura de los poderes agregados en copia a fs. 100/101, 111/113 y 119 y sigs. (autenticados a fs. 388 y que fueron presentados en original a la sindicatura) que el apoderamiento del señor Campos acredita facultades más extensas que las reconocidas en la resolución impugnada. Cada mandato es conferido por el poderdante "para que lo representen en todos los asuntos relacionados con la convocatoria de acreedores de Swift de La Plata S. A. F., con amplias facultades y autoridad para pedir la verificación de créditos, ofrecer y producir toda clase de pruebas, representar al infrascripto en toda clase de incidentes, presentar escritos y peticiones, participar y votar en reuniones de acreedores, recusar, rechazar y objetar reclamos de terceros, aprobar y rechazar concordatos o arreglos entre Swift de La Plata S.A.F. y acreedores, otorgar y aceptar prórrogas y cuitas de deudas o ambas y en general, realizar cuantos más actos se consideran necesarios o convenientes para defender los intereses del infrascripto en dichas actuaciones".

Este apoderamiento, que fue aceptado y a cuyo respecto se produce el acto de verificación de créditos de los otorgantes, surte los efectos previstos en los artículos 49 a 51 del C. P. C. (arts. 1869, 1879 C.C.) y a su respecto es aplicable la doctrina de Fallos: 250:643 caso en el cual la existencia de mandato otorgado a los fines de la actuación en juicio, con las atribuciones usuales y la efectiva presentación del apoderado, se estimó por la Corte como descalificadora, por exceso ritual, de la resolución que imponía la notificación del traslado de la demanda en el extranjero y, en consecuencia, cuestión de arbitrariedad suficiente para sustentar la apelación, revocándose el pronunciamiento por falta de fundamentos bastantes en circunstancias comprobadas y no discutidas en la causa.

Esto impone admitir que la privación que menciona la decisión de fs. 11.263 no la derivado de una ilegítima restricción sus-

tancial o efectiva de la defensa (Fallos: 189:306) sino que ha sido consecuencia exclusiva de una conducción omisa imputable a los interesados (art. 1905 C.C.) lo que torna inatendible el argumento constitucional (Fallos: 259:51).

Corresponde tener en cuenta también que en la decisión de fs. 9904 al reclamar el Juez de la quiebra, con el alcance del art. 12 de la ley 11.719, los créditos invocados por sociedades integrantes del "grupo Deltec", se hizo expreso mérito de que la responsabilidad de las mismas sería de aplicación "únicamente para el caso de falencia en la cual se hacen exigibles el cumplimiento de todas las obligaciones". (Considerando 64).

Sin perjuicio de la demostración que antecede, la consideración esencial para decidir el punto radica en destacar que el tra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en conde terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de las formas societarias varían y adoptan diferentes nombres, pero todas postulan en sustancia la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo. Es obvio que esto adquiere particular relevancia, cuando los jueces deben enfrentarse con los complejos problemas jurídicos que suscita la fenomenología moderna de los grupos societarios. Particularmente, en sus interferencias y conexiones y con relación al carácter supranacional que es su nota características en la vida contemporánea, todo lo cual consolida los poderes de concentración por las dificultades que presenta su control, la difusión de su influencia y el entrecruzamiento de sus redes de administración, con sociedades filiales reales o aparentes.

En el sub lite la apariencia de formas jurídicas que asumen distintas fracciones del mismo grupo, estructuralmente unificadas con el predominio de Deltec Internacional Limited, no debe producir el efecto de que una parte sólo formalmente diferenciada -Swift S. A. F.- sea la única afectada por la decisión judicial. La Corte tiene declarado (Fallos: 264:410) que: "el excesivo apego al tradicionalismo jurídico ha sido catalogado como uno de los más serios obstáculos al éxito de la premoción de la expan-

sión económica y de la justicia social". Ello así porque no debe confundirse la razón del derecho con el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia.

Estas pautas obligan a aprehender el intrincado caso sub exámen previniendo que pueda admitirse, mediante aquella utilización meramente instrumental de las formas societarias, una abstracción inadmisibles de los fines perseguidos o de la realidad social que debe legitimarlos.

Estos principios cobran mayor énfasis en cuanto aparece en juego el concepto de orden económico nacional, gravemente comprometido por los intereses y actividades que la misma sentencia de fs. 11.250 pone de manifiesto, al demostrar que las políticas económicas y financieras seguidas por el grupo controlante obedecen a pautas no sólo gravosas para el interés comercial sino para el de la colectividad toda. Las formas jurídicas que la ley argentina prevé para actividades lícitas y conformes a su derecho objetivo no pueden legitimar políticas económicas y financieras contrarias a las necesidades de nuestra sociedad, que han sido efectivamente comprobadas por la justicia del país.

Consiguientemente, los efectos de la quiebra decretada a Swift S. A. F. deben también imputarse a Deltec International Limited, como deudora real y responsable de las obligaciones de la fallida aparente cuya propiedad y respectivo control le pertenecen (sentencia de fs. 11.250; informe del síndico a fs. 3961/65; 5981/86; 3987/4115/24, informe de la Junta Nacional de Carnes, fs. 10.033 y 10.123/4) comprendiendo en fusión patrimonial los bienes en cabeza de otros titulares aparentes que se establezcan en el respectivo procedimiento y que han sido determinados en el informe de la sindicatura, particularmente los de la filial Deltec Argentina S. A. F. y M. con domicilio en Cangallo 564, Capital Federal, a cuyo respecto tales efectos extensivos cobran total aplicación. Esto resulta impuesto por la compulsión de las actuaciones, con el carácter de verdad jurídica objetiva, conforme a la doctrina que la Corte Suprema sentara (Fallos: 375:389) respecto a las constancias de piezas cuya ponderación no cabe repetir so pena de posibilitar la posible consumación del frau-

de, ya que el primer deber de los jueces radica precisamente en su prevención.

Al declarar írrito con tales alcances el pronunciamiento de fs. 11.263 corresponde dejar establecido que tampoco debe subsistir el beneficio de excusión que el fallo del juez de primera instancia indebidamente otorgara, porque decidido que las empresas estructuradas en el llamado "Grupo Deltec" revisten, a los efectos de la quiebra, unidad socio-económica con la fallida, aquella decisión accesoria introducida modalmente en la aclaratoria de fs. 10.613, entra en contradicción con la conclusión principal de la misma sentencia al punto de destruirla en su sustancia. Ello así porque se aparte de la solidaridad que impone el Código de Comercio (arts. 304, 417, 443 y 480), y la ley 11.719 (artículos 6º, 118, 120, 163/65), como también porque el reconocimiento del beneficio de excusión implicaría aceptar la existencia de la calidad de tercero del "grupo Deltec", sea como cesionario o fiador. Esto queda descartado, no sólo porque nadie puede ser fiador de sí mismo sino porque, como lo tiene declarado esta Corte (Fallos: 273:111) el beneficio de excusión no procede cuando no pueden distinguirse los bienes, en razón de hallarse confundidos los patrimonios, aparte de que tanto el carácter comercial, de una eventual fianza como los efectos de la quiebra decretada, impondrían a todo evento, otra solución legal (arts. 480 C. Com. y 2013, inc. 5º, C. C.)

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la queja y en consecuencia, declarar mal denegado el recurso interpuesto a fs. 11.286 de los autos principales, en lo que se refiere a la sentencia de la Cámara Comercial de fs. 11.263 y, por no ser necesaria mayor sustanciación se resuelve revocar dicha sentencia en cuanto no hizo extensivo a Deltec International Limited y a Deltec Argentina S. A. F. M. la responsabilidad por la quiebra decretada a Cía. Swift de La Plata S. A. F. (arg. art. 165 llamada ley 19.551).

Y atentas las expresas atribuciones, conferidas por el art. 16 parte 2da. de la ley 48 (Fallos: 235:554 y 245:535) esta Corte se pronuncia declarando:

I. *Que el desapoderamiento de los bienes de la Cía. Swift de La Plata Sociedad Anónima Frigorífica debe comprender los bienes de la Compañía y Sociedades integrantes del llamado "grupo Deltec" y en especial, los de Deltec International Limited y Deltec Argentina S. A. F. y M. (artículos 1, 3, 6 y 194 de la ley 11.719) informe del síndico de fs. 3161/63, 3981/86; 4113/24; informe de la Junta Nacional de Carnes de fs. 10.033 y 10.125/4).*

II. *Que en el procedimiento respectivo deben determinarse cuáles otras personas o compañías resulten integrar el mencionado grupo en tanto importa unidad económica con la sociedad declarada fallida.*

III. *Que la ejecución colectiva debe hacerse efectiva sobre todos los aludidos bienes sin exclusión previa de los de la Cía. Swift de La Plata S. A. Frigorífico (art. 73 y sigs. y 104 Ley 11.719 y arg. art. 170 de la llamada ley 19.151).*

IV. *Que las personas visibles o jurídicas aludidas en los ordinales I y II precedentes, una vez determinadas conforme a lo que allí se expresa, pueden ejercer los derechos que les asistan mediante las acciones de exclusión, o restitución de bienes que correspondiere (arg. arts. 81 y sigs. de la llamada ley 19.551).*

Retifíquese y devuélvase el depósito de fs. 1/2 del expediente C-665.

b) También se agravia el apelante por la resolución dictada a fs. 11.268. Por la misma la Cámara revocó la providencia de fs. 9970 en cuanto impuso a los acreedores impugnados las costas del incidente respectivo.

Respecto al agravio fundado en la emisión de pronunciamiento del tribunal a que sobre la apelación por los recurrentes de dicho auto de fs. 9979, en tanto el mismo dispone que las costas del incidente de referencia —que diera lugar al expte. U<sup>o</sup> 31.503 del registro del Juzgado— debían ser soportadas por su orden en lo atinente a la convocatoria, se comparte por esta Corte lo dictaminado por el señor Procurador General en el sentido de que debe desestimarse la queja.

En efecto: la misma resulta insubsistente ya que con posterioridad a la interposición del recurso de fs. 11.263, la Cámara a fs. 188 del incidente que originó las actuaciones n<sup>o</sup> 156.730 del Registro de la Cámara, resolvió dicha cuestión en pronunciamiento que oportunamente impugnan los mismos apelantes por vía de otro recurso extraordinario, que más adelante se considerará (ver infra. considerando 8<sup>o</sup>).

Los restantes agravios se enderezan a obtener se revise la interpretación asignada a los arts. 18, 26 y 27 de la ley 11.719 y, por otra parte, a postular la arbitrariedad de dicho fallo.

Compartiéndose la opinión del señor Procurador en lo tocante al primer orden de agravios, se declara que los mismos sólo plantean una cuestión opinable de interpretación de normas del derecho común, con la consabida consecuencia respecto a la habilitación de la instancia del art. 14 de la ley 48.

En cambio, estimase que existe cuestión federal bastante para las restantes objeciones, mediante agravio definitivo en cuanto la decisión de fs. 11.268 admite la interpretación conforme a la cual no corresponde imponer costas por la cuestión debatida en el incidente de impugnación de créditos promovido por el señor José R. Zurdo (expte. 31.503).

Del análisis de las actuaciones resulta que ha mediado el rechazo total de los créditos que cuestionara el incidentista recurrente, conforme al artículo 18 de la ley 11.719, en procedimiento en cuyo transcurso no sólo ha mediado vencimiento de dichos acreedores sino además, la comprobación —reconocida en la sentencia definitiva— de conducta connivente por quienes pretendieran esas verificaciones y fuera objeto del pronunciamiento de fs. 9904, que rechazara tales créditos por "vulnerar los principios de la persona jurídica, fundarse en una simulación de actos jurídicos repudiados por el ordenamiento, etc.

Lo decidido por el tribunal a que queda entonces comprendido entre las excepciones del principio según el cual lo atinentes al régimen de las costas su cargo y monto es materia procesal irrevisable (Fallos: 251:233 y otros) salvo supuesto de arbitrariedad (Fallos: 250:431; 254:506) que se verifica en el caso,

por lo cual corresponde hacer lugar a la queja y decidir que las costas del incidente promovido por el señor José R. Zurdo (expte. C-503 del Registro del Juzgado) deben ser soportadas por los acreedores impugnados y vencidos. Así se declara, mandando devolver el depósito efectuado.

c) Finalmente, el auto de fs. 11.270, que dejó sin efecto la regulación de fs. 10.609, contra el cual también se agravia el recurrente, debe quedar sin eficacia jurídica, conforme a lo decidido precedentemente. El Tribunal a quo, deberá proceder oportunamente a la regulación definitiva de los honorarios. Así se lo declara.

5º. En tercer término corresponde considerar la queja deducida por Deltec International Limited, Deltec Argentina S. A. F. y M. y Argentaria S. A. (expediente C-724) respecto al recurso extraordinario interpuesto a fs. 242 del expediente n° 156.657 del registro de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial.

Esta Corte comparte el criterio del señor Procurador General que, por lo demás, corresponde a su reiterada jurisprudencia, conforme a la cual las cuestiones de carácter procesal, como la articulada, no son en principio susceptibles del recurso extraordinario. No se advierte por lo demás, que el planteamiento involucre algunos de los casos de excepción como los que más adelante se analizan en el punto 7º y que autorizan el apartamiento de la regla, conforme a la cual las resoluciones atinentes a medidas cautelares no son propias de la instancia excepcional del artículo 14, ley 48 (Fallos: 247:553).

En consecuencia, la queja debe desestimarse, declarándose perdido el depósito efectuado por la recurrente.

6º En cuarto lugar, debe considerarse la queja articulada por el señor José R. Zurdo en el expediente C-723 respecto al recurso deducido a fs. 260 del expediente "Cía. Swift de La Plata S. A. F. s/convocatoria-incidente artículo 250 C.P.C." (expte. 156.657 del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial).

Como lo destaca con acierto el señor Procurador General la jurisprudencia constante de esta Corte declara, por vía de principio que lo que atañe al cargo de las costas resulta ajeno a la instancia extraordinaria (ver *supra*, considerando 4 letras c) no admitiéndose que en el caso exista algún supuesto excepcional conducente a admitir el apartamiento de tal regla. En consecuencia, desestímase la queja, declarándose perdido el depósito efectuado.

7º. En quinto término, se considerará el recurso obrante a fs. 915 del expediente C-695 deducido por Carlos R. S. Alconada Aramburú y Federico G. Polak, por sus propios derechos, respecto a la impugnación anticulada a fs. 67 del expte. 156.919, registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial contra la sentencia obrante a fs. 64 de dicho expediente, que revocara los autos de fs. 10.052 vta. y 10.054 vta. referente a medidas precautorias dispuestas en resguardo de la condena en costas que contenía la resolución de fs. 9989 de los autos principales.

Lo decidido respecto a la cuestión federal bastante, suscitada por la resolución de fs. 11.268/9 de la Cámara, en referencia a la decisión sobre costas del incidente de impugnación de créditos iniciado por el señor J. R. Zurdo (expte. 31.503) debe también imponer análoga conclusión sobre el pronunciamiento recurrido en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General. Consiguientemente, corresponde admitir la queja y resolviendo el recurso articulado, dejar sin efecto la decisión recurrida por cuanto carece de sustentación legal suficiente. En efecto: las medidas cautelares decretadas en resguardo de las costas no requieren regulación de honorarios (art. 34 del decreto-ley 30.439 ratificado por ley 12.997) ni condena (arts. 63 y 212 inciso 1º Código Procesal Civil y Comercial) y por lo demás, los propios términos de la sentencia de fs. 11.268/69 no las excluyen. Igualmente la imposición de costas en el auto de fs. 64 aparece como irrazonable ya que los peticionantes gozaban del derecho a requerirlas. Con estos alcances, se revoca el auto recu-

rrido admitiéndose la queja y mandándose devolver el depósito efectuado.

8º. En sexto y último término, debe examinarse el recurso de hecho deducido por el señor José R. Zurdo, a fs. 13/22 del expediente C-683 respecto del recurso articulado a fs. 194 del expediente 156.750 registro Cám. Nac. Apel. Com. contra la sentencia de fs. 188 del mismo, en la cual se resolviera el recurso de apelación interpuesta contra la parte del auto de fs. 9979, del principal que "declara que las costas serán soportadas por su orden respecto a la convocatoria atento al vencimiento parcial y mutuo".

Se trata de la cuestión ya anticipada en el considerando 4º letra b, segundo párrafo de esta sentencia, y se comparte lo dictaminado por el señor Procurador en el sentido de que la resolución suscita cuestión federal restante, en cuanto resuelve acerca de la scostas correspondientes al incidente de impugnación de créditos que tramitara por expte. 31.513.

Lo decidido por esta Corte en el considerando 4º letra a, sustenta la consideración conforme a la cual el régimen de las costas, que por vía de principio está excluida del remedio federal, halla en la especie un paso de excepción. No sólo la decisión que mantiene la declaración de costas por su orden e impone las de la alzada a la recurrente no puede sustentarse en la rente situación procesal, sino que aquella decisión, ha quedado sentencia de fs. 11.268/9 que tiene en vista otros sujetos y difescalificada en este fallo, considerando 4º letra b). La queja interpuesta debe admitirse y al decidirse sobre el recurso articulado, se declara que el fallo apelado debe dejarse sin efecto por arbitrario, ya que las costas del incidente de impugnación deben ser impuestas a la convocatoria. En consecuencia se hace lugar a la queja y al recurso respectivo con estos alcances mandándose devolver el depósito efectuado. Notifíquese y devuélvase.

*Miguel Angel Bercaitz — Agustín Díaz Bialek — Manuel Arauz Castex — Ernesto A. Corvalán Nanclares.*

## MELLER GOODWIN S.A.C.I. y F. s/IMPUESTO A LAS VENTAS - RECURSO ORDINARIO DE APELACION

Buenos Aires, 18 de octubre de 1973

Y vistos los autos: "Meller Goodwin S.A.C.I. y F. s/Impuesto a las ventas - recurso ordinario de apelación", y

Considerando:

1º) Que a fs. 32 se presenta Beatriz Susana González en representación de Meller Combustion S.A.I. iniciando recurso por demora contra la Dirección General Impositiva persiguiendo la repetición de la suma de m\$<sup>n</sup> 39.823.618 que considera abonados indebidamente en concepto de impuesto a las ventas correspondientes a los años 1960, 1961, 1962, 1963, 1964 y 1965 respecto a su actividad de fabricación e instalación de calderas industriales, etc., demanda que es acogida por el Tribunal Fiscal de la Nación a fs. 157/164 y confirmada por la Cámara Federal de la Capital Sala Contencioso administrativa a fs. 782/84. Contra este pronunciamiento se deduce a fs. 188 recurso ordinario de apelación que es concedido a fs. 789 y que resulta procedente por tratarse de un juicio en que la Nación, es parte y el valor disputado se ajusta a lo previsto en el art. 24, inc. 6º, apartado a), del decreto-ley 1285/58 modificado por el decreto-ley nº 17.116.

2º) Que tanto el Tribunal Fiscal como la Alzada al admitir la acción fundaron sus respectivos pronunciamientos en los siguientes argumentos:

a) La existencia entre Meller Combustion S.A.I. y Meller Goodwin S.A.C. de un "conjunto económico" como fuera sostenido por la propia accionante al declarar que ambas sociedades se encontraban vinculadas económicamente o en relación de sujeción económica, por lo cual sostiene que no puede admitirse

que ambas empresas realizaran entre sí operaciones de compra-venta, sino traspaso de mercaderías entre entes mutuamente complementados; b) La existencia de ejecución de trabajos sobre inmuebles de terrenos por parte del aludido conjunto económico, lo que encuadra el caso en el art. 6º, inciso a), de la ley 12.143, con el efecto de excluir el gravamen a las ventas cuya repetición se reclama.

c) La imposibilidad de atribuir a los elementos que elabora la accionante el carácter de mercaderías, frutos o productos a que alude el art. 1º de la mentada ley de impuesto a las ventas.

3º) Que esta Corte: ha tenido oportunidad de declarar *in re* "Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C. s/recurso de apelación" (expte. P. 306. XVI) que para la configuración de contrato deben mediar diversidad de partes, posibilidad de deliberación y diferenciación de intereses, por lo que acreditada —como en autos— la relación de sujeción o conjunto económico, pierden eficacia todas las apariencias contractuales con que se han encubierto prestaciones. Porque sea por aplicación de la teoría del órgano, de la realidad económica o de la penetración en la forma de la persona colectiva, la sola existencia comprobada del fenómeno de la concentración de empresas que constituye su base material impone la consideración del fondo real de la persona jurídica y la estimación sustantiva de las relaciones que auténticamente las vinculan.

Por otra parte, la ley aplicable al caso contiene una norma que prevé con claridad este modo operativo, ya que el art. 5º de la ley 12.143, expresa en su segundo párrafo que "cuando el responsable del impuesto efectúe sus ventas o a por intermedio de personas o sociedades que económicamente puedan considerarse vinculadas con aquél, en razón del origen de sus capitales o de la dirección efectiva del negocio o del reparto de utilidades, etc., el impuesto será liquidado sobre el mayor precio de venta obtenido, pudiendo la Dirección exigir también su pago en esas otras personas o sociedades y sujetarlas al cumplimiento de todas las

disposiciones de la presente ley. Tal vinculación económica se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando la totalidad de las operaciones del responsable o de determinada categoría de ellas, sea absorbida por las otras empresas o cuando la casi totalidad de las compras de estas últimas o de determinada categoría de ellas es efectuada a un mismo responsable".

4º) Que debe estimarse acertada, en consecuencia, la posición de la parte actora al sostener que las operaciones realizadas entre Meller Combustion y Meller Goodwin —integrantes de un conjunto en el que la segunda sociedad posee el 99% del total del capital de la primera: ver fs. 33 y pericia de fs. 101/6— no configura el hecho imponible previsto por la ley de impuesto a las ventas, ya que las operaciones celebradas entre ambas sólo significan traslado de mercaderías entre sectores formalmente diferenciados. En consecuencia, únicamente adquieren relevancia y efectos tributarios las operaciones realizadas por el conjunto con los terceros, que impliquen una real salida o ingreso de mercaderías del o al patrimonio del mentado conjunto. Y para ello, tanto no interesa la sociedad que jurídica y contablemente realizó la operación cuanto la forma adoptada para el cumplimiento de la prestación ya que el tratamiento impositivo no se alterará sea que la construcción de la obra y la instalación la realice una sola de las sociedades reunidas sea que la tarea aparezca distribuida funcionalmente entre dos o más fracciones del conjunto. Resulta pues parcialmente exacto, como dice la reclamante (fs. 32 vta.; 33 y 34) que "las ventas factuadas por mi mandante —o sea Meller Combustion— a Meller Goodwin no son tales en el sentido del artículo 2º de la ley 12.143, ya que no importan la transferencia a título oneroso de mercaderías del dominio de una persona de existencia visible o ideal al dominio de otra, pues son ambas una misma y única persona a los fines impositivos".

5º) Que ello sentado, el Tribunal rechaza la posición sostenida por la Dirección General Impositiva demandada en el pre-

sennte proceso, al sostener que la finalidad del artículo 5º de la Ley de Ventas, transcripto en el Considerando 3º), es "un arma legal aplicable sólo para el Fisco..." (ver fs. 172) y "no otorgada a los responsables a fin de que, según su conveniencia, la utilicen para no pagar el gravamen" (fs. 197). El renovado instrumental jurídico, cuya elaboración es permanente tarea de la doctrina y de la jurisprudencia, es el resultado de la valoración crítica de los problemas que plantea la producción industrial, en masa y las estructuras económico sociales en transformación, pero de manera alguna importa consagrar institutos que funcionen unilateralmente en favor exclusivo de uno solo de los sujetos de la relación tributaria. Los Tribunales pueden descender el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración y asimismo, admitir la invocación —como en el caso— de la teoría del conjunto económico o sus equivalentes, ya que como dijera esta Corte (*in re* Compañía Swift de La Plata S. A. Frigorífica s/ convocatoria de acreedores, expte. C-705-XVI) de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva, sea ésta favorable al Fisco o al contribuyente. Este, por lo tanto, está habilitado —en términos generales— para invocar la existencia en su beneficio del conjunto económico, sin perjuicio de las particularidades de cada caso, conforme a los principios generales en orden a la oportunidad y buena fe de su articulación.

Aunque es exacto, como se sostuvo *in re* Legazzio E. F. s/ apelación (L. 188.XVI) que la idea del conjunto económico —utilizada por primera vez por el decreto-ley 18.229/43 art. 8— obedeció al propósito de evitar revalúos ficticios, amortizaciones simuladas y transferencias indebidas, no cabe negar a la recurrente el derecho de alegar la existencia de "conjunto" para encuadrar debidamente los hechos imposables, so pretexto, como lo pretende el Fisco demandado, de que no puede invocar su propia torpeza, derivada del hecho de haberlos expuesto en sucesi-

vas declaraciones impositivas bajo una forma que encubría una realidad jurídica y económica no exteriorizada.

6º) Que si bien el principio "nemo auditur..." no tiene el alcance que en el caso le atribuye el Fisco, debe si exigirse en homenaje a la debida lealtad procesal y para que no haya desmedro en la seriedad del planteo como condición de la acción del contribuyente que desarma en su beneficio la ficción que creó, que acredite que ha rectificado su conducta impositiva total, conforme a los extremos legales que impone la convención de la existencia de dicho conjunto económico. Ello así en virtud del principio que surge del art. 959 Cód. Civil, en su parte final. Consiguientemente, es legítimo sostener que la actora también debió acreditar que la existencia de la situación que aquí denuncia para intentar la repetición de tributos pagados en virtud de la ley 12.143 de impuesto a las ventas, fue igualmente exteriorizado a los efectos de realizar los correlativos ajustes en los demás tributos cuya recaudación compete al Estado Nacional. Lo contrario impide la ponderación total de la conducta del reclamante, extremo que resulta imprescindible para descartar todo reproche o incorrección que descalificaría la rectitud y buena fe que son exigibles en el ejercicio de los derechos y acciones en justicia. A estos fines, resulta insuficiente la invocación de la situación que se meritúa sólo respecto el gravamen cuya repetición se pretende, habida cuenta que la accionante presentó durante seis períodos fiscales declaraciones juradas del impuesto a las ventas sin denunciar durante esos años la especial condición que revestía y ahora invoca, al parecer, con ese solo objeto.

7º) Que a este respecto, siendo misión del Juez hacer aplicación del derecho objetivo con independencia de los planteos de las partes (Fallos: 282:209; 261:193; 263:32, entre otros) cabe establecer —con respecto al fundamento indicado en el Considerando 2º letra b)— que en autos no se da la situación prevista por el párrafo 3º inciso a) del artículo 6º de la ley 12.143 que reza: "En el caso de construcción de edificios e inmuebles

en general y de ejecución de trabajos sobre inmuebles o muebles de terceros, el que efectúa la construcción o trabajo es responsable por el valor de venta real o presunto de las mercaderías que incorpore a la obra, siempre que sean de su importación u obtenidas mediante un proceso de elaboración, fabricación o manufactura propia anterior a la construcción o reparación misma".

La hipótesis legal no se verifica en autos ya que según la pericia de fs. 104 y cta. los contadores designados por las partes concuerdan en que la materia en litigio responde "a obras realizadas por encargo de terceros para ser instaladas sobre muebles e inmuebles de terceros". Por otra parte, al contestar los agravios (fs. 174) la actora reconoce que "la contratación de las obras y su facturación final a los clientes se efectúa por medio de Meller Goodwin S.A.C. sociedad vinculada a mi representante quien los instala en los bienes de los adquirentes".

Como se expresara en la disidencia de los Dres. Aristóbulo Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte en el caso "Colusi y Vitale c/ Nación Argentina" (Fallos: 243.111), conforme al art. 1º del decreto-ley 24.671/45 (art. 6º inciso a, 3er. párrafo de la ley 12.143 t. o en 1952) el locador de obra que aporta la materia prima principal está sometido, sin limitación ni restricción alguna, al impuesto a las ventas, con excepción de los supuestos que establece el art. 4º in fine, del mentado decreto-ley. Y no cabe duda que los supuestos excepcionales que taxativa y expresamente enumera dicho precepto legal son: a) la construcción de edificios o inmuebles en general; b) la reparación, esto es la ejecución de trabajos sobre inmuebles de terceros; c) la reparación no ejecución sobre muebles de terceros. En consecuencia se expresa allí, "resulta excluida, pues, de manera obviamente deliberada la construcción de muebles para terceros".

Ello implica que el caso de autos queda abarcado por la imposición sin las excepciones mentadas.

8º) Que con respecto al argumento contenido en el inciso c) del 2º Considerando, la interpretación que se asigna al con-

cepto de "mercadería" tampoco resulta aceptable, ya que significa tanto como hacer caso omiso o prescindir del artículo 2º de la Ley del gravamen, que precisa el verdadero concepto de venta a los efectos del impuesto y subsume en él la transferencia a título oneroso de una mercadería, fruto o producto del dominio de una persona, de existencia o ideal —entre ellas el locador de obra que suministra la materia prima principal— al dominio de otra.

La tesis sostenida por la jurisprudencia dominante parece olvidar dicha equiparación, que data del decreto 24.671 del 10 de octubre de 1945 y que tuvo la única finalidad de precisar la procedencia de la imposición en supuestos como el de autos. En tal sentido, en la exposición de motivos del proyecto elaborado por el Ministerio de Hacienda, se expresó que "no se justificaría que la ley creara diferencias entre el productor que fabrica por propia iniciativa en vista del posible comprador y el productor que aguarda el encargo del cliente, ya que uno y otro operan con igual organización industrial, contemplan iguales factores de producción y suman los mismos valores de costos y utilidad para formar el precio de la mercadería". Este es precisamente el problema replanteado en autos, que así reproduce la situación resuelta en 1945 por dicha norma interpretativa.

La misma traduce una aplicación concreta del principio de la realidad económica, ya que cuando se atribuye a un acto una denominación que no responda a su esencia jurídica, es ésta la que debe prevalecer para su encuadramiento fiscal, conforme a viejas reglas de hermenéutica que ya se encuentran receptadas en la propia ley civil (art. 2326 y nota 1493). Va de suyo que la situación de base del impuesto que se trata se completa con la atribución subjetiva del artículo 6º de la propia ley, al enumerar los responsables directos y precisar en el inciso a) a "productores e industriales" (conf. lo resuelto por esta Corte in re Aebi Hnos. SRL, el 26/7/72). Queda entendido entonces que resultan ajenos al campo de la imposición o no alcanzados por el impuesto los procesos artesanales especialmente mencionados en el artículo 28 de la reglamentación (t. o. en 1960), como así tam-

bién "aquellas otras actividades que por ajustarse a las características y condiciones generales enunciadas en los incisos que anteceden fuesen declaradas incluidas en este artículo por resolución del organismo de aplicación de este impuesto N° 744 del 21-11-61 de la Dirección General Impositiva declaró fuera del campo de imposición la elaboración por encargo de terceros de clisés empleados en las artes gráficas, (fotograbado, fotocromía y litografía), precisamente por tratarse de trabajos de artesanía. Esta situación, obviamente, tampoco se da en la especie, habida cuenta de la naturaleza industrial de los procesos desarrollados por la accionante (ver pericia de fs. 113/22).

9º) Que tampoco es óbice a lo antes expresado el artículo 2º punto 3º del decreto-ley 18.032/68, en cuanto define el carácter de mercadería de propia producción y señala que el mismo "subsiste a los fines del impuesto, aún cuando los procesos respectivos se realicen por cuenta de terceros o los productos obtenidos tuvieren características especiales establecidas por el cliente que realiza el pedido y aunque tales bienes fueren utilizables sólo para quienes los hubieren encargado". Ello porque su carácter aclaratorio resulta indudable, por encima de la literalidad, si se tiene en cuenta lo establecido, según se vió, por el decreto 24.651/45 y los términos del mensaje que acompañó dicho decreto 18.032, en cuanto señala que "además se ha procurado dar más precisión a ciertas normas a fin de evitar la posibilidad de diferentes interpretaciones que desvirtúan el objetivo de la ley", con obvia referencia a la materia de que se trata. Por otra parte, la expresión "modifícase el artículo 6º" que encabeza el apartado 3 del nombrado artículo 2º no puede ser interpretada en un mero alcance gramatical o de lógica formal ya que este Tribunal postula como exigencia inexcusable del adecuado servicio de la justicia, que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, la necesidad de que sus pronunciamientos sean derivación razonada del derecho vigente y no se aparten de la verdad jurídica objetiva (Fallos: 236:27; 238:550; 262:459, entre muchos otros).

10º) Que igualmente no empece al criterio que sienta este pronunciamiento lo dispuesto por el art. 3º del decreto-ley 18.236/69, en cuanto señala que "lo dispuesto en el punto 3 y en el inciso d, del punto 6 del artículo 2º del decreto-ley 18.032/68 no se aplicará a las obras o trabajos contratados con anterioridad al 1º de enero de 1969" toda vez que el verdadero sentido y alcance de dicha norma no está sino referido a las disposiciones verdaderamente modificatorias contenidas en los puntos señalados y no se propone crear una excepción con carácter retroactivo a dicha fecha. Esto es claro si se pondera los términos del mensaje que acompañó dicho decreto-ley, en cuanto explicita que "el artículo 3º tiene por finalidad aclarar un aspecto no contemplado en el decreto-ley 18.032/68 al modificar los artículos 9º y 10º con el objeto de gravar obras y trabajos que anteriormente no se encontraban sujetos al pago del tributo", esto es a supuestos diferentes de los previstos en el tercer párrafo del inciso a) del artículo 6º de la ley del gravamen, de acuerdo con la redacción dada al mismo por el mencionado punto 3º.

11º) Que finalmente, la repetición de autos tampoco procede en razón que el accionante no ha acreditado un presupuesto básico de su acción. El derecho de repetición tiene su fundamento legal en la ley civil (arts. 784 y sigs. Código Civil) y es unánimemente conceptualizado como un supuesto particular del enriquecimiento sin causa (Fallos: 190:397), que en último análisis encierra la idea del daño experimentado en un acervo y el correlativo aumento en otro patrimonio, desplazamiento sin derecho que genera la protección de restablecer la equivalencia perdida o el equilibrio alterado. El fundamento jurídico de la restitución es la expresión de una norma ética. Si bien tanto el error de hecho como el de derecho autorizan la repetición, el deber de restituir nace de la circunstancia de haber hecho suyo el objeto el accipiens, sin que medie causa. De la prueba rendida en estos autos no se advierte que la empresa demostrara haber cumplido el elemental recaudo de procedibilidad que implica la acreditación, no sólo del aumento o enriquecimiento del pa-

trimonio del obligado a la restitución —a que limitara su prueba (fs. 129/31; 139,140/1 y acta fs. 142)— sino del correspondiente y proporcional empobrecimiento del actor (art. 377 C. P. C.; art. 89 ley 11.683) que no es inferible en este supuesto del solo hecho de los pagos como en el caso de un particular y por su única virtud, máxime ante la negativa general de fs. 42 (Fallos: 186:64 y 316, entre otros). Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestos en que ambos extremos y no sólo el enriquecimiento y la falta de causa son condiciones indispensables para la existencia del derecho a repetir, por lo cual la ausencia de empobrecimiento en el accionante o su falta de acreditación y cuantía implican descartar el interés legítimo para accionar en justicia reclamando la devolución íntegra de las sumas ingresadas por pagos de tributos que se impugnen. Así lo decidió la Corte en el caso Cabanillas Orfilio c/ Gobierno Nacional, registrado en el Libro de Copias de Sentencias de esta Corte n° 65, pero no inserta en la colección de Fallos, donde dejóse establecido que el actor demandante contra la Nación fundado en el enriquecimiento sin causa tiene a su cargo la prueba del enriquecimiento, del empobrecimiento y de la relación causal entre ambos extremos.

En autos la sociedad comercial actora trata de repetir un impuesto que por su naturaleza es trasladable, lo que torna viable el razonamiento que informa soluciones de otros ordenamientos en los cuales sólo se autoriza la repetición cuando la empresa reclamante demuestra que no hubo traslación de la carga impositiva, en tanto, si quien demanda por repetición obtiene sentencia favorable y antes trasladó el impuesto al precio de la mercadería vendida, habría cobrado dos veces, por distintas vías, lo cual es contrario a la buena fe, criterio que reposa en una clara regla ético jurídica, conforme a la cual la repetición de un impuesto no puede sino depender de la indispensable prueba del impuesto no puede sino depender de la indispensable prueba del real perjuicio sufrido, por las razones que se han mencionado precedentemente, toda vez que su traslación hacia terceros no depende en definitiva sino de las condiciones del mer-

cado, lo cual, tratándose de indiscutible cuestión de hecho y prueba, debió estar en el caso, a cargo del accionante. La determinación de las condiciones de la pretensión procesal constituye irrenunciable tarea de los jueces ya que el esclarecimiento del hecho controvertido es el que permite ponderar el interés que fundamentan las acciones y, como queda visto, no corresponde sostener que medie enriquecimiento indebido del Fisco por el simple hecho de acreditar el desembolso del tributo, ya que el contribuyente actor debió demostrar que ese pago ha representado para sí un detrimento patrimonial concreto y asimismo, la medida de éste. En este sentido, esta Corte rectifica pronunciamientos anteriores (Fallos. 101:8; 168:226; 170:158; 191:35; 183:160; entre otros y especialmente el fallado el 15 de setiembre de 1972 *in re* Ford Motors Argentina S. A. c/ Dirección de Aduanas —Fallos: 283:360)— y recuerda la acertada doctrina sentida en Fallos: 3:131, causa fallada el 5 de diciembre de 1865, “Domingo Mendoza y Hnos. c/ Provincia de San Luis” donde el Tribunal, integrado por Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, José Barros Pazos, J. C. Gorostiaga y Bernardo de Irigoyen, al referirse a la devolución de lo pagado en virtud del art. 18 de la Ley General de Impuestos de la Provincia de San Luis del 7 de julio de 1862 expresó: expresó: “1º Que aún cuando la casa de Domingo Mendoza y Hnos., que ejercía el negocio de compra de frutos del país en la Provincia de San Luis sea quien haya pagado los derechos sobre los productos exportados por élla; sin embargo son los productores en realidad sobre quienes ha recaído el impuesto, porque los compradores han debido deducir su valor del precio del producto, disminuyéndolo proporcionalmente al importe de los derechos que tenían que satisfacer. Que así la cantidad de dinero cuya restitución solicitan los demandantes viene a ser la misma que se supone que ellos pagaron de menos al productor o dueño de los frutos, presentándose en consecuencia esta reclamación ante la Corte destituida de todas las consideraciones de equidad que pudieran recomendarla”.

A todo ello debe añadirse que la interpretación de la ley impositiva debe respetar los propósitos generales, de orden económico financiero y de promoción de la comunidad, tenidos en cuenta al crear el impuesto (Fallos: 267.247) por lo cual "las exenciones impositivas deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan. Fuera de tales supuestos, corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas (Fallos: 271.338, sus citas y otros; 277.334)".

Conforme al criterio de Fallos: 263:453, la interpretación judicial no ha de practicarse en forma que se agote con la consideración indeliberada de su letra, sino establecer la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso, por medio de una sistemática, razonable y discreta hermenéutica, que responda a su espíritu y observe y precise la voluntad del legislador, en la común tarea de éste con los jueces en la búsqueda de las soluciones justas y adecuadas para la adjudicación de los derechos de sus conciudadanos (Fallos: 249:37 y otros). El porque "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan (Fallos: 265:256), como asimismo, que dicha interpretación comprende no sólo la pertinente armonización de sus preceptos, sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 271:7; 258:75), doctrina que es aplicable también en los supuestos en que el régimen jurídico pertinente esté organizado en más de una ley formal (Fallos: 263:63)". En el caso Ultramar Petrolera Financiera s/ apelación (Fallos: 263.453 cit). se expresó que "el Tribunal estima necesario agregar que comparte la creencia de que es requerido de una economía de expansión exitosa el completo y oportuno cumplimiento de las obligaciones fiscales. Y si esto es así respecto de las obligaciones impositivas en que media exacción patrimonial indudable, aunque lícita —doctrina de Fallos: 256:551 y otros— resulta imprescindible ponderarlo cuando la pretensión persigue la repetición de impuestos —con eventual desequilibrio fiscal— sin esclarecer

en el debido proceso los indispensables supuestos de hecho que determinan el derecho y los mismos límites de la restitución, máxime en circunstancias en que resulta imperativa la reconstrucción nacional.

Por ello y lo dictaminado a fs. 202 por el Procurador General en cuanto a la procedencia del recurso, se revoca la sentencia de fs. 182/4 y se rechaza la demanda. Costas por su orden.

Notifíquese y devuélvanse. E. L.: "otras" vale.

*Miguel Angel Bercaitz — Agustín Díaz Bialet — Manuel Aráuz Castex — Ernesto A. Corvalán Nanclares — Héctor Masnatta.*

**TERCERA REUNION NACIONAL DE ABOGADOS  
"NESTOR MARTINS"**

Santa Fe 2/4 de noviembre de 1973.

De las ponencias aprobadas se han seleccionado dos subtemas preparados por la Comisión N° 4 (Tema: Monopolios en la Argentina. Aspectos legislativos), por considerarlos suficientemente representativos de las conclusiones totales de la Reunión, como así también aproximaciones fundamentales a los temas tratados.

# LOS MONOPOLIOS EN LA ARGENTINA. ASPECTOS LEGISLATIVOS

## I. DERECHO SOCIETARIO

### 1. Introducción

La acción del capital internacional en Latinoamérica, al igual que en el resto del mundo, tiene la particularidad de adecuarse al medio en que actúa tratando de aprovechar todos los resquicios para lograr el control de los principales resortes de la economía de los distintos países.

En su afán de penetración, le resulta esencial eludir los controles legislativos que, justificadamente, tratan de imponérselos.

Estos controles, resultan en general muy tibias medidas, que no llegan en la inmensa mayoría de los casos a afectar los planes de explotación y expropiación del capital internacional.

Para lograr este resultado, utiliza muy variados y poderosos resortes, como campañas previas al debate legislativo de algún tema que puede afectar sus intereses, en las que utilizan los servicios de profesionales, ex funcionarios públicos, organismos de investigación científica —como les llaman— que mantienen, fundaciones, etc., todos los cuales rápidamente elaboran doctrinas pseudocientíficas tendientes a evitar que las normas que se sancionen tengan resultados efectivos.

Por supuesto, si la campaña previa no da resultados, utilizan otros métodos, como solicitar la suspensión de la aplicación de las normas, modificaciones, influencias para lograr que las reglamentaciones las conviertan en ineficaces, etc. Por supuesto, cualquiera de estos métodos, cuentan con los más grandes recursos

y medios con que se puede contar en el país, en cuanto a publicidad se refiere.

Pero una de las armas más importantes con que cuenta el capital internacional para lograr eludir los controles, es la deficiente aplicación de las normas que los establecen. Esta deficiente aplicación tiene en general su causa en la falta de información de la manera de operar en el país de las empresas multinacionales por parte de los diversos organismos de contralor y también en la desconexión que entre ellos existe.

Este trabajo tratará de aclarar algunos aspectos de una de las formas más frecuentes de operar en nuestro país de las empresas multinacionales, aprovechando nuestra benigna legislación, algunos de los objetivos que persiguen y desgraciadamente logran con ello.

## 2. Los grupos de sociedades

Las empresas multinacionales, prácticamente nunca operan en el país bajo una sola razón social. Proceden a constituir una o más cadenas de sociedades, cuyo primer eslabón es la empresa extranjera, que generalmente, ni siquiera tiene representación en el país.

Estas cadenas de sociedades en la mayoría de los casos controladas en un 100 % por la empresa extranjera, funcionan de la siguiente manera:

a) La entidad extranjera madre se hace tenedora de una parte de las acciones de dos o más sociedades constituidas en el país, las que podemos llamar entidades bases. Esta es la única inversión de capital que realizan a los efectos de la constitución de las sociedades, sin descartar que la segunda y sucesivas entidades bases que constituyen en el país lo hacen muchas veces con las utilidades de la primera.

b) Estas entidades bases proceden a su vez a constituir nuevas sociedades, formándose un subgrupo de sociedades en el país, por cada entidad base.

c) La tenencia de las acciones de las distintas sociedades constituidas en todos los grupos, se reparten entre las mismas sociedades, en general tratando de que una parte de las acciones las posea la entidad base de cada una o subgrupo y otra parte una de las sociedades que pertenecen a otro de los subgrupos. De esta forma se cumple con el requisito legislativo de la pluralidad de socios, pero en realidad, la única propietaria de todas las acciones es la entidad madre extranjera. De tal forma que nos encontramos ante verdaderas sociedades aparentes.

d) La simulación se complementaba antes de la sanción de la ley 19.550, haciendo aparecer como accionistas a los directores, que son simples empleados que reciben instrucciones de la entidad extranjera, para lo cual se depositaban acciones a su nombre en el momento de las asambleas, pero tomando la precaución de hacerles firmar los correspondientes contradocumentos. Al eliminar la referida ley el requisito de que los directores fueran accionistas, se hizo innecesario este procedimiento.

## 3. Algunas de las maniobras que se hacen a través de los grupos de sociedades. Un caso concreto:

### I.A.S.F. S.A. FIAT

Por supuesto que las empresas multinacionales constituyen estos grupos de sociedades, porque los mismos les permiten burlar algunas disposiciones y aprovecharse del desconocimiento o descontrol de esta forma de operar para obtener algunas ventajas para su evolución al margen de las condiciones establecidas al capital extranjero para radicarse en el país.

Por ejemplo, con este método y mediante el aguamiento del capital logran con la misma inversión aparentar mayor responsabilidad y numerosas empresas, acaparando así una gran parte del ahorro nacional, por intermedio de los créditos bancarios.

También referido al crédito bancario, logran mediante estos grupos de sociedades y la tenencia cruzada de acciones entre las sociedades de los distintos grupos, disimular el verdadero carácter

ter de la sociedad extranjera y beneficiarse con regímenes de créditos destinados a empresas nacionales.

Otra de las ventajas que suelen sacar es la de la doble facturación, mediante la simulación de intermediaciones realmente inexistentes con el objeto de aumentar los costos y reducir los impuestos, que en justicia les correspondería pagar por la explotación que realizan en el país.

Frecuentemente consiguen también, adquiriendo por intermedio de algunas sociedades del grupo, el paquete accionario de sociedades originariamente nacionales y que se encuentran beneficiadas por leyes de fomento, rehabilitación, excepciones impositivas, etcétera, logrando así —manteniendo en lo formal la sociedad anterior— volcar los beneficios de estas leyes para su explotación, además de adueñarse a muy bajo precio de patrimonios adquiridos con la contribución de ahorristas argentinos.

Aprovechando la sede de esta reunión, daremos un ejemplo referido a lo anteriormente señalado en el que se encuentra involucrada una importante sociedad de esta provincia que ha pasado a ser controlada por un Holding Multinacional; se trata de Industria Automotriz Santa Fe S. A. (Fábrica de vehículos DKW-Auto Unión), con plantas en Sauce Viejo.

Las acciones de Industria Automotriz Santa Fe S. A. están en manos de Imema S. A. y las de éstas son de propiedad de Indufisa S. A. la que a su vez está totalmente controlada por la Internazionale Holdin Fiat S. A.

O sea, Indufisa S. A. sería una de las entidades bases en el país, tal como las caracterizamos en el punto II e Industria Automotriz Santa Fe S. A. ha pasado a ser una de las sociedades del subgrupo.

Por otra parte, la Internazionale Holding Fiat S. A., controla totalmente a Fiat Concord SAIS, que sería otra de las entidades bases y que a su vez controla a numerosas sociedades que constituyen otro subgrupo.

Por lo tanto resulta claro que tanto Industria Automotriz Santa Fe S. A. como Fiat Concord SAIC, resultan partes de una misma empresa multinacional.

Teniendo presente este hecho real, señalaremos cómo se hace actuar en el país a esas partes de una misma empresa.

Industria Automotriz Santa Fe S. A. alquila sus instalaciones y presta toda su mano de obra a Fiat Concord SAIC, para fabricar sus tractores, mediante seudos-contratos entre ambas sociedades.

Lo que Fiat Concord SAIS —que es prácticamente su exclusivo co-contratante— abona a Industria Automotriz Santa Fe S. A. se regula de acuerdo a las necesidades para mantener a la sociedad, pero nunca para dar utilidades. De esta forma las utilidades que podría dar Industria Automotriz Santa Fe S. A., con el funcionamiento a pleno de su importante planta industrial quedan en Fiat Concord SAIC. con el siguiente objetivo: instar a los accionistas nacionales de Industria Automotriz Santa Fe S. A. que todavía conservan sus acciones, a venderlas y por supuesto, sólo las compra la Internacionales Holding Fiat S. A. por intermedio de Imema S. A. y a un precio vil, lo cual poco a poco la está llevando a la posesión del 100 por ciento de las acciones de ésta.

Acerca de las infracciones, aún a las leyes actualmente vigentes, que estas negociaciones implican, se podría abundar, pero por razones de extensión señalaremos tres hechos que tienen especial importancia:

a) Industria Automotriz Santa Fe S. A. se encuentra beneficiada por las disposiciones de la ley 17.507 sobre rehabilitación de empresas nacionales, régimen sumamente favorable que viene a ser aprovechado por un Holding multinacional.

b) Mientras Industria Automotriz Santa Fe S. A. debe más de mil millones de pesos al Banco Nacional de Desarrollo a un interés bajísimo por aplicación del régimen de la ley 17.507, por otra parte le tiene otorgado un crédito a Fiat Concord SAIC. por dos mil millones de pesos, sin interés.

c) Parte de estos hechos, han sido denunciados por un accionista en la última Asamblea General de la sociedad y pese a

que el Banco Nacional de Desarrollo debería ejercer control sobre la sociedad por el régimen privilegiado en que está incluida, no se conoce que se hayan tomado medidas para determinar la maniobra.

#### 4. Diversas disposiciones de control vigentes

Algunas disposiciones del derecho societario vigente, apuntan a desenmascarar a esos grupos de sociedades, como por ejemplo el Capítulo V Disposiciones Especiales Relativas a las Sociedades por acciones, del decreto N° 2293, art. 36 de la Reglamentación de la ley 18.805, que establece la obligación para las sociedades controlantes, de dar a conocer a la Inspección General de Personas Jurídicas la denominación y domicilio, capital suscrito, total de votos que confieren las acciones en circulación de la sociedad controlada y porcentaje de capital y votos que posee la sociedad controlante.

O sea, la obligación de denunciar a los subgrupos, pero no lo más importante que es todo el grupo multinacional, puesto que las acciones de las entidades bases están en manos de los Holding Internacionales a los que no le son aplicables las normas del derecho societario argentino.

También la ley 18.805, establece en su art. 3° el control permanente de la Inspección General de Personas Jurídicas sobre las sociedades controlantes y controladas por otras sujetas a fiscalización permanentes, según las disposiciones de la misma ley.

Por su parte la ley 19.550, en sus arts. 31, 32 y 33, trae interesantes disposiciones sobre límites a las participaciones en otras sociedades, nulidad de las participaciones recíprocas y sociedades controladas.

Pero, como siempre, la efectividad de cualquier norma está condicionada al método y a la responsabilidad con que se aplique y las hasta ahora referidas no parecen haber obtenido resultados concretos.

Se ha llegado inclusive al caso de que cuando la norma realmente puede resultar efectiva, se logra, mediante diversos

métodos, que no tenga aplicación como por ejemplo la creación de los Registros Nacionales a que hace referencia la ley 18.805 en su art. 3° que establece como misión de la Inspección General de Personas Jurídicas la organización de los Registros Nacionales de Sociedades por Acciones y de Sociedades Extranjeras y el art. 8° de la ley 19.550 que establece que los Registros Públicos de Comercio de las distintas jurisdicciones territoriales, deberá remitir una copia de los documentos presentados cada vez que toma razón de una sociedad, al Registro Nacional de Sociedades y agrega que la consulta de éste será pública.

Pues bien, esta medida que sí podría haber sido efectiva para ayudar a localizar a los grupos multinacionales, no tuvo concreción porque el entonces Ministro de Justicia Bruno Quijano, de quien dependía la Inspección General de Personas Jurídicas firmó un convenio —sujeto a la posterior ratificación por el Congreso— que todavía no funcionaba, encomendando la organización de este importante registro a una entidad privada como es el Colegio de Escribanos. Por supuesto el Registro Nacional de Sociedades no existe pese a que su creación fue dispuesta por ley hace tres años.

#### 5. Algunas pautas para un control más efectivo que permita desenmascarar las maniobras del capital internacional

Para lograr que las disposiciones legislativas posibiliten la investigación y denuncia de las maniobras multinacionales debe tenerse muy presente la coordinación, el intercambio de comunicación y la organización de los distintos organismos administrativos de Control, o sea, Inspección General de Personas Jurídicas y sus similares provinciales, Aduana, Dirección General Impositiva, I.N.T.I., Banco Central, etc.

No resulta efectivo por ejemplo, realizar una inspección impositiva en una sociedad perteneciente a los grupos arriba descritos, ignorando esa circunstancia y que muchas de las operaciones que aparecen —las realizadas con las otras sociedades del grupo— son sólo simulaciones.

También es importante lograr la efectiva constitución del Registro Nacional de Sociedades.

Y en un sentido más genérico retomar la idea que justificó el otorgamiento de la personalidad jurídica a las sociedades, o sea, posibilitar que las personas físicas puedan mancomunar sus esfuerzos para realizar empresas que no podrían intentar individualmente y canalizar el ahorro público hacia la actividad productiva y no que sirva de elemento de penetración del capital internacional mediante la constitución de sociedades aparentes, puesto que si en estos casos se cumple con los requisitos formales de la sociedad, mediante simulaciones, no se cumple con el requisito de fondo, con la causa que justifica el otorgamiento de la personalidad jurídica. Por lo tanto, debe permitirse la investigación a fondo por parte de los organismos administrativos para que se pueda llegar a la verdad a "descorrer el velo", según la conocida fórmula doctrinaria y permitir que se trate a estas sociedades como lo que son: filiales de empresas extranjeras y penar severamente los intentos de disimular este hecho.

#### 6. Lo realmente importante

No hay posibilidades de eliminar a las sociedades multinacionales con instrumentos técnicos jurídicos que impidan su instauración por sí o por intermedio de sus filiales. Los medios técnicos legales en el mejor de los casos podrán satisfacer las buenas intenciones de quienes las pretendan aplicar pero tropezarán ineluctablemente con las estructuras políticas que les dan marco: la sociedad capitalista. En consecuencia dejando sentado que los ordenamientos jurídicos de una sociedad capitalista son su expresión ordenadora tendiente a su vigencia y perpetuación, concluimos que una legislación societaria implementada con los controles enunciados (Aduana, Dirección General Impositiva, Banco Central) solamente permitirá y facilitará la denuncia e investigación de su accionar en un medio concreto.

## II. DEPENDENCIA TECNOLÓGICA

Uno de los factores esenciales de la dependencia de los países subdesarrollados es su supeditación tecnológica a los grandes países capitalistas. Si bien el problema de la insuficiente tasa de acumulación de capital es importante, más grave es el que presenta la dimensión de los mercados, pues es imposible montar una tecnología avanzada en mercados reducidos como los de los países latinoamericanos. Es esta una de las razones por la que las grandes potencias tratan de impedir la unificación de los países semicolonias balcanizadas, entre los cuales América Latina, al igual que África y los países árabes son ejemplos clásicos. El segundo factor que se opone a la independencia tecnológica de los países en desarrollo es la extraordinaria complejidad del consumo y la formación de una demanda ficticiamente diversificada o implementada a presión desde los grandes centros del capitalismo mundial, que supeditan en forma tiránica a la industria local a los hábitos de consumo, niveles y necesidades de los grandes centros industrializados.

Por lo tanto la transferencia de tecnología desde los países desarrollados a los países en desarrollo ha pasado a ser un tema importante de debate.

Existe consenso sobre la necesidad de que se efectúe esa transferencia pues los países en desarrollo, sometidos a las condiciones actuales del mercado capitalista, no tienen posibilidad de conquistar su independencia tecnológica por sus propios medios. Sin embargo es necesario analizar: 1) el tipo específico de tecnología necesaria; 2) canales a través de los cuales debe llegar a los países en desarrollo, y 3) las condiciones que los países subdesarrollados podrían aceptar para obtener esa tecnología.

La condición básica a tener en cuenta cuando se aborda este problema, es que la tecnología no es un factor de producción susceptible de ser analizado en forma individual. Concretamente

no puede estudiarse la importación de tecnología sin analizar la importación de equipos y maquinarias que constituyen una de las formas esenciales a través de las cuales ésta se materializa, como así también la posible presencia en esos países de la firma que proporciona esa tecnología y las licencias y patentes.

Ahora bien, el tipo y condiciones de equipos que se importen, licencias que se adquieran y firmas que se instalen dependerá de la orientación y objetivos que se fijen y persigan los países y/o empresas importadoras.

La literatura sobre transferencia de tecnología entre países, suele clasificar las modalidades y mecanismos de transferencia desde el punto de vista funcional y desde el contractual.

Desde el punto de vista funcional las categorías de conocimientos técnicos que son objeto de transferencia se dividen en:

- a) Estudios de factibilidad de nuevos proyectos y estudios de mercados anteriores a la instalación industrial.
- b) Estudios para determinar la escala de las distintas tecnologías disponibles para manufactura de un producto determinado y la identificación de las técnicas más apropiadas.
- c) Diseño de ingeniería de nuevas instalaciones.
- d) Construcción de la planta industrial o instalación del equipo.
- e) Selección de la tecnología a aplicar.
- f) Provisión de asesoramiento técnico en el manejo y operación de las instalaciones productivas.
- g) Provisión de asistencia técnica en cuestiones de comercialización.
- h) Estudio de las posibles mejoras que admitan los establecimientos existentes.

Desde el punto de vista contractual existen las siguientes variantes generales de la transferencia tecnológica:

- a) Acuerdos sobre diseño y construcción por los cuales la empresa extranjera proporciona a la receptora conocimientos téc-

nicos y administrativos para el diseño y construcción de instalaciones productivas, actuando por regla general como intermediaria en la adquisición del equipo necesario.

- b) Acuerdos sobre servicios técnicos.

- c) Contratos de administración, conforme a los cuales se concede a una empresa extranjera el control operacional de una empresa o de una fase de sus actividades.

- d) Contratos de explotación de recursos minerales, celebrados entre empresas extranjeras y los gobiernos de los países en desarrollo.

Cabe advertir que estas modalidades funcionales y contractuales con frecuencia no se manifiestan en forma pura, sino que se combinan dos o más modalidades.

Por otra parte la naturaleza misma del paquete de servicios técnicos procedentes del exterior depende estrechamente de las relaciones de propiedad existentes entre la proveedora y la receptora de tecnología. Las decisiones respecto a la fuente, la amplitud y contenido de la tecnología difiere sustancialmente en: 1) el caso de empresas transnacionales que abren una sucursal en un país extranjero; 2) empresas de propiedad extranjera que no operan globalmente; 3) empresa de capital extranjero y nacional (mixta); 4) empresa nacional privada, y 5) empresa estatal.

### Conclusiones

Es necesario trazar una política nacional que tenga por fin evitar: la brecha tecnológica entre las industrias tradicionales y las nuevas que instalen; la adquisición caótica de tecnologías sin un grado mínimo de adaptación a la proporción de factores y al tamaño del mercado; el crecimiento de las tecnologías superfluas tendientes al manipuleo de las preferencias del consumidor; el alto costo de las tecnologías importadas en comparación con su costo en otros países y la creciente carga de los pagos por cuenta de la tecnología en la balanza de pagos.

Se presenta entonces la necesidad de establecer qué elementos debería contener una política tecnológica adecuada a la presente etapa del desarrollo del país.

Una política que atienda los problemas de la transferencia de tecnologías sólo podrá dar resultado si está coordinada con la política industrial, fiscal y de balanza de pagos, e incorpora los siguientes elementos básicos:

1) La revisión a fondo de la legislación sobre propiedad industrial.

2) La prohibición o restricción de las compras de marcas comerciales extranjeras no acompañadas de aporte tecnológico.

3) La asistencia del estado a los compradores potenciales de tecnología extranjera en sus negociaciones con los proveedores, particularmente proveyéndoles información sobre las tecnologías existentes.

4) La obligación de hacer las modalidades financieras de los acuerdos de adquisición de tecnología.

5) La fijación de un tope general de los pagos por regalías y el control de su estricto cumplimiento.

6) Un tratamiento fiscal preferencial para los gastos de investigación tecnológica realizados en el país.

Sobre estas pautas generales debe dictarse una ley sobre ciencia y técnica con el fin de alcanzar un desarrollo autónomo.

#### Resolución:

Como principio general sostenemos la necesidad de sentar e imponer la doctrina de la "libre captación tecnológica", es decir, el derecho de utilizar sin contraprestación alguna los adelantos tecnológicos a escala internacional.

Existe en nuestro país un fallo de la Suprema Corte de la Nación fundamentado en principios que analógicamente pueden

servir como precedente para sustentar la doctrina enunciada. Nos referimos al caso de "American Cynamid c/ Unifa".

En el año 1848, los franceses producen su ley de patente, ley que fue reproducida en la Argentina con el N° 111. El art. 4 de la ley 111 establece: "Las composiciones farmacéuticas no son susceptibles de patentamiento".

En un año tan especialmente conflictivo como era el 1848, el año del manifiesto precisamente, los franceses advertían de que algo de función social de la propiedad tenía que haber y que esta debía operar sobre este valor tan entrañable que es la salud.

No obstante, en la Argentina de los años 1870 el clima político era tal, que un laboratorio norteamericano se atrevió intentar la declaración de inconstitucionalidad de este art. 4 de la ley 111. Es decir tuvo la audacia de pretender que los argentinos tuviéramos un concepto más individualista, más burgués de la propiedad que los propios franceses de 1848 y la Corte dijo para rechazar el pedido de inconstitucionalidad algo de fundamental importancia y que viene muy al caso, sólo que en esta oportunidad habría que extender el bien jurídico protegido a otros; la Corte dijo: "El alto valor social de la salud debe razonablemente implicar una restricción al derecho de propiedad".

Analógicamente, decimos nosotros que el alto valor social del bienestar de los pueblos debe implicar necesariamente una restricción al derecho de propiedad.

Por otra parte siendo imposible en el desarrollo actual del imperialismo organizar e imponer un régimen internacional que implique la *socialización tecnológica* nos vemos en la necesidad de limitar nuestra pretensión a sostener la doctrina de la libre captación tecnológica, como medio de impedir que el fruto de la investigación de miles de técnicos y científicos pertenecientes a las más diversas razas e ideologías y formados mediante el aporte de todos los pueblos del mundo, termine por ser capitalizado exclusivamente por un reducido grupo de empresas multinacionales o países imperialistas, utilizándolo como otros tantos instrumentos para mantener su aberrante hegemonía.

## **CARTA DE UN PRESO COMUN**

### **A LA ASOCIACION GREMIAL DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL**

La Asociación Gremial de Abogados de la Capital Federal recibió esta conmovedora y profunda carta de un detenido, juzgado como autor de "delitos comunes" pero que, en definitiva, fue alcanzado por la Ley de amnistía porque su aducida condición de "preso común" encubría la motivación política con que había actuado lesionando el "derecho de propiedad".

Más que muchos tratados, más que muchas reflexiones de penólogos y criminólogos, la carta de ese detenido exhibe agudamente la etiología social en la mayor parte de los delitos, señala las falencias del sistema de tratamiento penal y penitenciario y alerta sobre cómo piensan y viven los presos, ironizando sobre los modos de reacción social frente al delito.

Su publicación aproxima a estos temas mejor que muchas conferencias. De allí que la demos hoy a luz.

## A la Gremial de Abogados... o al tacho

Porque el preso común:

Una circunstancia por algunos conocida (y cuyo único responsable soy) me ha vedado el compartir la suerte de los "presos políticos" o sentirme uno de ellos. Y me ha llevado a convivir con lo que se llama "delincuentes comunes" y compartir su vida en lo malo y lo positivo. En estos casi 5 años he tratado de conocer y comprender al medio y los hombres que me rodeaban así como a mi mismo, sin por supuesto la pretensión de haber agotado ese conocimiento.

El "preso común", sin la armazón interior que da una convicción ideológica, sufre su marginación social en forma muy intensa y subconcientemente se sabe el "último orejón del tarro", el acreedor de toda la violencia que la sociedad puede disponer y a quien cualquier derecho le puede ser denegado.

Considero que el preso político o gremial (y aún el conexo) es medularmente social, es decir su acto antisocial no está contra la sociedad en si, sino contra una *forma* social y por otra más humana, justa y actual. Es, por lo tanto, justamente defendible y en épocas como la actual, el seguro vencedor.

El "delincuente común" aunque en los hechos esta cuestionada *toda* la sociedad no es conciente de ello y se encuentra al fin entre la carcel o la muerte, a menos que pueda "hacer un

resto" y "retirarse" a vivir "una vida sin problemas" sueño más enunciado que logrado, más dicho en el cansancio de la cárcel que ejecutado en la tentadora libertad. (Y todos sabemos que en este país la pena de muerte existe, que hay hombres sobre los que pesa orden de captura *muertos*, y que en ciertos "nutridos tirotes" solo se tira de un lado).

El "delincuente común", entonces, sufre toda la violencia de que la sociedad dispone y al igual violencia sufrida no tiene siquiera el lejano respeto común que la sociedad muestra o esconde ante el "delincuente ideológico", tales son sus carencias, (no hablo de las fallas legales y de procedimiento, porque esas son compartidas por "comunes" y "políticos").

Hace muy poco tiempo atrás por ejemplo los detenidos políticos del pabellón 48 en Villa Devoto protestaron porque una tropa de requisa pretendió hacerlos correr como es de uso en esa cárcel, y su protesta se reflejó en la prensa. El preso común, sabe que no hay prensa para él, sabe que tiene que correr, que si se niega ligará un seguro "buzón" amén de los "gomazos" que el humor de la guardia disponga.

Si el "delincuente común" es ejecutado por un policía le significa a este un ascenso y no importa que sea un *ex-delincuente* o que este "retirado" (siempre se "habrá resistido"). Porque los diarios difundirán que "el sujeto tenía un frondoso prontuario" y la sociedad admite que todo sujeto con frondoso prontuario (aunque sea por un hurto o remisiones) es simple matable y todos en paz.

En resumen el "delincuente común" (con su cómplice está solo ante todo el poderío de la sociedad. Tal vez quisiera "retirarse", tal vez tiene una energía que podría canalizarse, tal vez espera *algo* que lo *integre*, tal vez es la madera de un pionero sin sur o, tal vez, ya está definitivamente enfermo de ambición y/o bronca y la "escalera al cielo" se ha cortado definitivamente para él. ¿Pero a quién importa los "tal vez"? Un juez "da años", un comisario de gatillo ágil y corriente alterna, cronistas policiales que disfrutan con el terror (y luego dicen que publicaron solo la in-

formación policial) y todo va mejor con ley y orden. Mientras tanto agregamos camas en las cárceles y difuntos en la sección prontuarios. No voy a caer en la ingenuidad tipo ejército de salvación o "socialismo corazón", de considerar al "delincuente común" una pobrecita víctima de la sociedad. El mismo se reiría de eso, y nosotros somos hombres de un movimiento del pueblo, profundamente humano y por eso conocedores del ritmo pendular entre la bondad y la crueldad, la calma y la violencia en que se mueve el corazón del hombre.

El "común" es todo lo duro que puede, que "le da el cuero" y necesita serlo porque nada de lo que le rodea le dará cuartel, y algo empezó a endurecerse en él cuando aún jugaba y hubo una conjunción o algo entre el medio y él que lo empujó por su camino de hoy; un camino que seguramente, empezó como un juego más grande. De otro modo hoy sería un empleado, obrero, peón de obra o chacra... (o un delincuente económico y por lo tanto más allá del "status carcerarium").

No soy sociólogo ni creo demasiado en eso, lo concreto es que tenemos en el país *que empieza el 25 de mayo próximo*, varios miles de hombres y mujeres que también son el país, y que nos serían más útiles integrados al trabajo, que consumiendo sus años en la cárcel.

Nosotros no podemos querer que ellos vivan sus aspiraciones y aun sus incertidumbres marginados de la promesa y la tarea que ahora se abre.

Desde muchacho en mis pagos escuché que no hay que poner parquet en los cuartos de las viviendas obreras, porque "levantan el parquet para hacer asado", y la misma fábula la tenemos también aquí, las obligaciones y la "gran prensa" se manejan con los mismos conceptos en todos lados.

Nosotros sabemos que si eso sucediera habría que ir y reponer el parquet quemado tantas veces como fuera necesario, porque es más importante un dormitorio cálido que el parquet, que la patria pueda gastar y quemar por su gente.

Porque nos importa nuestra gente y no el parquet, la gente y no el *saco*.

Es cierto que el delito es inadmisibile en una sociedad donde todo es para todos, pero lo comprendemos en una que es del que más tiene, y en la que las "reglas del juego" están hechas para que gane siempre la mano, el as de oro y el de espadas.

Nada va a cambiar de un día para el otro y menos que nada la ambición del hombre. Pero todo puede *empezar* a cambiar ahora.

Por, sentir como sentimos, debemos interpretar las debilidades, los errores y las fallas del hombre (no las nuestras) y ser benignos, sin ser flojos.

Ustedes saben mejor que yo que el cambio también debe alcanzar a la justicia, tanto a su aplicación como al sistema correccional, un sistema correccional donde por ejemplo tras un examen del detenido, la pena fuera de confinamiento con trabajo útil en un pueblo o lugar del país y que sería la solución para ese preso con familia, con mujer e hijos a los que va dejando visita a visita, si es que no los pierde definitivamente.

En fin, yo soy un lego en materia penal y también me pregunto que se puede hacer por un "liberado", que oportunidades han de dársele, que cosa asegurará que no reincida, que esperanzas y realidades, y cómo se podrá asegurar que, ya "retirado", no lo mate un vigilante que necesita un ascenso y más sueldo o un oficial que quiere afirmar su carrera (o aún alguien de los que piensan que "hay que boletearlos a todos"). Cómo ha de hacerse para que le den trabajo sin que alguna agencia "privada" de investigaciones avise a la patronal que es un ex-penado o que se lo acepte aun siéndolo. Para que no lo prendan en "averiguación de antecedentes" y cuando de esa averiguación surgan los antecedentes se niega a una paliza padre para "ver en que anda" y una remisión o un proceso, con el descalabro social, laboral y familiar correspondiente.

En todo hay riesgos calculados, todos los corremos, y la sociedad también.

Ante la nueva época que se abre para el país el "preso común" también espera.

Pienso en tres opciones: indulto, jubileo, amnistía; pienso en alguien que dijo: "borrón y cuenta nueva" y en tanta esperanza, como un cacho de la gran esperanza del pueblo, que está muros adentro. Porque conviviendo con mis compañeros de cárcel se que esperan cuando menos una gran "rebaja" de quienes serán gobierno, y mucho de los cuales conocen lo que es estar preso; del movimiento cuyo líder el Gral. Perón cerró la cárcel de Ushuaia, eliminó el denigrante traje a rayas e hizo quitar del código la reclusión perpetua.

La vida de un hombre entre todos los hombres es sólo una gota en el mar, los años de la vida de un hombre para ese hombre son su vida misma cada año que pasa en la cárcel es un año de vida menos de los cortos 65 que le han sido concedidos.

También sé como han de saberlo ustedes que el preso común es en su inmensa mayoría peronista, como el pueblo del cual procede y, por lo tanto, creo que estos compañeros con problemas merecen que se les "heche un pial" y las cárceles necesitan airearse un poco de tanto sabor a hombre enajenado de su propia vida... ¿no les parece?

Atentamente

W. A. C.

**UNIVERSIDAD NACIONAL Y POPULAR  
DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES**

**Premios "Nestor Martins" y  
"Santiago Pampillon"**

para trabajadores, estudiantes y graduados  
universitarios.

**TEMA:**

**"LEGALIDAD DE LA DEPENDENCIA  
Y LEGALIDAD DE LA LIBERACION".**

**BASES**

Los ensayos no deberán tener un total de más de 180 páginas, ni menos de 80 páginas.

Los trabajos deberán ser presentados en el Departamento de Publicaciones antes del 10 de mayo de 1974. La decisión de los distintos Jurados se dará a conocer el 30 de junio de 1974.

Los premios serán de \$ 3.000 (tres mil pesos) cada uno. Los trabajos premiados serán publicados dentro del año de realizado el concurso por el Departamento de Publicaciones. Durante el plazo mencionado los autores no podrán hacer uso de las obras presentadas y premiadas en este concurso.

Los premios podrán ser declarados desiertos. Los Jurados podrán asimismo, dividir el premio entre varios concursantes.

Los originales deberán ser escritos en idioma español, y firmados con seudónimos. En sobre aparte cerrado y lacrado, se consignarán el nombre, el número de documento de identidad y el

domicilio del autor, la ciudad y el país en que reside. En la parte exterior del sobre que contenga esos datos es escribirá solamente el seudónimo.

Las obras deberán ser enviadas en tres copias a máquina, escritas en una sola cara del papel —tamaño oficio— a nombre de: Premio Ensayo (NESTOR MARTINS o SANTIAGO PAMPILLON) Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones. Avenida Figueroa Alcorta 2263. P.2º. Capital Federal. República Argentina.

Los trabajos no premiados y los respectivos sobres podrán ser retirados por los autores un mes después de conocido el fallo del Jurado.

**PREMIO "NESTOR MARTINS"**

para el mejor ensayo inédito presentado por graduados universitarios.

**JURADO**

Dr. MARIO JAIME KESTELBOIM, Delegado Interventor en la Facultad de Derecho y C/S.

Dr. RODOLFO ORTEGA PEÑA, Interventor en el Instituto de Historia del Derecho.

Dr. CARLOS MASTRORILLI, Profesor Titular de Sociología.

**PREMIO "SANTIAGO PAMPILLON"**

para el mejor ensayo inédito presentado por trabajadores o estudiantes universitarios.

**JURADO**

Dr. MARIO JAIME KESTELBOIM, Delegado Interventor en la Facultad de Derecho y C.S.

Dr. TULIO ROSEMBUJ, Interventor en el Instituto de Finanzas y Derecho Tributario.

Dr. HORACIO VEGA, Interventor en el Departamento de Publicaciones.

Sr. ENRIQUE LUIS BASILE, estudiante.

Sr. CARLOS GUILLERMO FASANO, estudiante.

## TEMARIO

SAMPAY ARTURO

SOLARI YRIGOYEN HIPOLITO

COSSIO CARLOS

POULANTZAS NICOS

MACHADO NETO ANTONIO LUIS

ORTEGA PEÑA RODOLFO y  
DUHALDE EDUARDO LUIS

RODRIGUEZ ENRIQUE

ETALA CARLOS ALBERTO

KREIMER CARLOS ALBERTO

SANDLER HECTOR

ARIAS CESAR

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA DE LA NACION

TERCERA REUNION NACIONAL DE  
ABOGADOS "NESTOR MARTINS"  
LOS MONOPOLIOS EN LA ARGENTINA.  
ASPECTOS LEGISLATIVOS (Comisión 4).

CARTA DE UN "PRESO COMUN" A LA  
ASOCIACION GREMIAL DE ABOGADOS DE  
LA CAPITAL FEDERAL

CONSTITUCION, JUSTICIA Y  
REVOLUCION DEL MUNDO  
CONTEMPORANEO.

VIOLENCIA Y CAMBIO SOCIAL.  
LA LOGICA JURIDICA Y SU  
DENOMINACION.

LA DIALECTICA HEGELIANA-MARXISTA  
Y LOGICA JURIDICA MODERNA.

FUNDAMENTACION EGOLÓGICA DE LA  
TEORIA GENERAL DEL DERECHO.

HISTORIA DEL DERECHO Y LIBERACION  
NACIONAL.

SOBRE EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO  
EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL  
DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.  
TRABAJO Y SALARIOS.

REFLEXIONES PARA UN ESTUDIO  
CRITICO DEL DERECHO CIVIL.

APUNTES PARA UNA REELABORACION  
DEL CONCEPTO DE FAMILIA.

PARKE DAVIS Y CIA.

DE ARGENTINA S.A.I.C. S/RECURSO  
DE APELACION.

COMPANIA SWIFT DE LA PLATA S.A.  
FRIGORIFICA S/CONVOCATORIA  
DE ACREEDORES.

MELLER GOODWIN S.A.C.I. y F.

S/IMPUESTO A LAS VENTAS -  
RECURSO ORDINARIO DE APELACION.

DERECHO SOCIETARIO (Subtema 4).

DEPENDENCIA TECNOLOGICA  
(Subtema 6).