

# **PRUDENTIA IURIS N° 52**

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



**Agosto 2000**

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD

### *Decano*

Dr. Eduardo P. M. Ventura

### *Secretario*

Dr. Gabriel Limodio

### *Directores de Carrera*

Abogacía: Dr. Manuel H. Castro Hernández  
Ciencias Políticas: Dr. Francisco Arias Pellerano

### *Coordinación de Estudios*

Abogacía: Dr. Florencio F. Hubeñák  
Ciencias Políticas: Lic. Marcelo P. Camusso

### *Centro de Investigaciones Jurídicas*

Director: Dr. Jorge H. Alterini  
Secretario: Dr. Juan M. Battaglia

### *Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas*

Dr. Néstor A. Raymundo

### *Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica*

Director: Dr. Manuel H. Castro Hernández  
Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

### *Doctorado*

Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura  
Comisión Asesora: Dr. Jorge H. Alterini,  
Dr. Orlando J. Gallo y Dr. Félix A. Lamas

## AUTORIDADES DE LA REVISTA

### *Director*

Dr. Roberto Punte

### *Secretario de Recensiones*

Dr. Florencio F. Hubeñák

### *Responsable de Distribución*

Dr. Juan M. Battaglia

*Ediciones de la Universidad Católica Argentina*  
*Universitas S.R.L.*

*Tucumán 1436 - Buenos Aires*

ISSN: 0326-2774

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

# PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

AGOSTO 2000 - Nº 52

|  |     |
|--|-----|
| Editorial. Veinte años de la revista fundada por el Dr. Santiago de Estrada .....  | 7   |
| <b>DERECHO ECLESIASTICO</b>  |     |
| Condición Jurídica del Estado de la Ciudad del Vaticano. <i>Ariel David Busso</i> .....  | 9   |
| <b>DERECHO COMERCIAL</b>   |     |
| La empresa y las responsabilidades emergentes de la competencia desleal. <i>Isabel Miguez</i> .....  | 21  |
| Presentación en concurso preventivo de una (ex) entidad financiera. <i>Javier Armando Lorente</i> .....  | 43  |
| La contenciosidad del procedimiento concursal. <i>Claudio A. Galli</i> ...   | 59  |
| Panorama de la Cooptación en el Directorio Privado en el Derecho Comparado. <i>Mariano Gagliardo</i> .....   | 71  |
| <b>SOBRE LOS FUNDAMENTOS</b>   |     |
| Teoría política de la costumbre y de la codificación. Montesquieu y la doble cultura jurídica en la antigua Francia. <i>Paul-Ludwig Weinacht (traducción del Prof. Dr. Hugo Laitenberger) Universidad de Würzburg</i> .....      | 75  |
| Las certezas del sentido común y los caracteres esenciales de la pena. <i>Mauro Ronco. Universidad de Modena, traducción de Alfredo Battaglia y comentario de Luis María Rizzi: "La pena como retribución y redención"</i> ..... | 93  |
| <b>IN MEMORIAN</b>   |     |
| Palabras de despedida al Dr. Ricardo Zorraquín Becú. <i>Bernardino Montejano</i> .....   | 129 |
| <b>DOCUMENTOS</b>  |     |
| Portada, índice y primer editorial del Nº 1 de "Prudentia Juris" en agosto de 1980 .....   | 131 |
| Sumario del primer número de "Universitas" en agosto de 1967. ....   | 139 |

## RECENSIONES

|  |     |
|--|-----|
| “El matrimonio en occidente”, <i>Jean Gaudemet. Torino. Comentario de Amelia Viviana Kühne</i> .....   | 143 |
| “Economía y petróleo”, <i>por Daniel Gustavo Montamat. Comentario de Alejandro P. Monteleone.</i> .....  | 149 |
| “Ordinamenti giuridici del Europa medievale”. <i>Mario Carnevale, Bologna. Comentario de Florencio Hubeñák</i> .....   | 151 |
| “La Iglesia en la España contemporánea. 1800-1936 y 1936-1999”. <i>José Andrés Gallego y Antón Pazos. Madrid. Comentario Florencio Hubeñák.</i> .....        | 154 |
| “Introduzione alla storia del diritto europeo”. <i>Antonio Manuel Hespanha. Bolonia. Comentario de Ezequiel Abásolo.</i> .....                               | 160 |
| “Alcanzar la Paz. Diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo”. <i>William L. Ury. Comentario de Roberto Antonio Punte</i> ..... | 162 |

• Toda la revista puede consultarse en [www.albrematica.com/dial](http://www.albrematica.com/dial) (Ver ícono de la Revista en la columna derecha)

• e-mail: [derecho@uca.edu.ar](mailto:derecho@uca.edu.ar) (por favor aclarar en el texto at/Dr. Roberto Punte o J. M. Battaglia.

## EDITORIAL

Este numero reviste el carácter de homenaje a la propia publicación, que cumple 20 años, pues su primer numero salió en agosto de 1980, así como a su fundador, el Dr. Santiago de Estrada, por entonces Decano de la Facultad.

Dijo entonces; *"Prudencia Iuris será, pues, reflejo de la tarea ardua y cotidiana que, dentro de la concepción genérica y del ámbito de nuestra Universidad, especifica a su Escuela de Derecho; y, precisamente por ser tal, será también herramienta insustituible para que dicha tarea pueda llevarse a cabo con eficacia. Sus paginas estarán siempre a disposición de los profesores y los estudiosos que deseen colaborar en la señalada empresa, dentro de las pautas arriba señaladas"...*, esto es, *"dar testimonio de lo que la Escuela misma tiene de más esencial y profundo, lo que constituye su razón de ser como instituto de investigación y docencia: la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, iluminados por la Fe"*. El mismo la definió entonces como *"revista de doctrina, de alta doctrina."*

En la sección de documentos se publica nuevamente dicha editorial así como el primer índice y la portada, que fue así descripta: *"nuestro programa ha sido expresado artísticamente en la carátula dibujada por Don Francisco Fornieles: sobre el trasfondo del orden natural instituido por Dios, Creador y Legislador del Universo, se destaca la reordenadora Sabiduría Cristiana, representada por el más alto exponente de la Teología Católica, Maestro Común de todos los tiempos. Es decir; orientados por Santo Tomás de Aquino, nos apoyaremos en los incommovibles principios del Derecho Natural, del Derecho Divino Natural."*\*

El Dr Estrada fue un fundador y gran constructor de instituciones a las que dio su sello e impulso, con ingenio y creatividad, y tal

personal estilo que aún es reconocible a pesar del paso del tiempo. También se cumplen ahora 37 años del primer número de "Universitas", revista también fundada por él, que fue el orgullo de nuestra Universidad, con artículos del Rector Octavio N. Derisi, del Dr. Tomas D. Casares, y del maestro Roberto Caamaño, y secciones fijas de actualidades, vida universitaria, escolios, y espacios para las artes, poesía y comentarios de música, cine y revistas.\*

Nació el 17 de agosto 1908, fue bautizado como Santiago Alberto Miguel José Manuel, y falleció el 28 de abril de 1990. Tuvo seis hijos. Fue profesor de Derecho Romano, Canónico y Derecho Público Eclesiástico. Junto con sus hermanos José María y Lin ers de Estrada integró desde el principio el cuerpo docente de la UCA. Fue decano de esta Facultad de Derecho en dos oportunidades, entre noviembre de 1967 y julio de 1971 primero, y luego entre julio de 1977 y junio de 1985. Se desempeñó como Embajador ante la Santa Sede, también en dos oportunidades (1958/1962 y 1971/1973). Había hecho carrera judicial, y en todas sus actividades actuó animado por su fe, generosa, profunda, afectuosa y comprensiva. Sufrió por ella incluso la cárcel, junto con otros defensores de la Catedral, en junio de 1955.

Cabe pues este sencillo homenaje, recordando a uno de nuestros grandes hombres y maestros.

\* Sección "Documentos"

# DERECHO ECLESIAÍSTICO





## **CONDICIÓN JURÍDICA DEL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO**

*En homenaje al Dr. Santiago de Estrada*

PBRO. DR. ARIEL DAVID BUSSO\*

La problemática jurídica acerca de este tema es compleja y vasta. Por ello las notas que siguen tratan de la síntesis de las principales cuestiones.

### **Origen histórico de la Ciudad del Vaticano**

Se entiende por origen histórico al complejo de sucesos políticos y debates doctrinales, desarrollados entre 1870 y 1929, que representan el desarrollo progresivo en orden a la constitución del nuevo Estado.

Bajo este aspecto, la historia del origen del Estado de la ciudad del Vaticano se confunde y se identifica con la historia de la llamada "cuestión romana".

Los debates doctrinales se refieren a las posiciones contrastantes de la doctrina acerca de la supervivencia de la Santa Sede como sujeto de derecho internacional, después de la ocupación de Roma y también acerca de los derechos que ésta reivindicaba sobre los territorios despojados por las tropas italianas. Estas posiciones antagónicas estaban representadas por:

\* Decano de la Facultad de Derecho Canónico "Santo Toribio de Mogrovejo" de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires"; Profesor titular ordinario de la cátedra Derecho Eclesiástico en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires"; Vice-Presidente del Tribunal Eclesiástico Nacional; Miembro de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

– la teoría regalista, sostenida por el positivismo y liberalismo absoluto, que admitía la ocupación total del territorio de Roma, comprendido el Vaticano, y la consiguiente pérdida de cualquier título de personalidad internacional por parte de la Santa Sede;

– la teoría curial o vaticanista que sostenía que, no obstante la usurpación del territorio, la Santa Sede mantenía *de iure* la soberanía sobre los territorios ocupados, porque una condición jurídica usurpadora no es título jurídico de adquisición y, además, porque en el campo internacional la usurpación no estaba ratificada (teoría curial). Mucho menos el territorio Vaticano, habiendo quedado inmune de cualquier ocupación, mantenía la plena soberanía, tanto de derecho como de hecho (teoría vaticanista);

– las teorías intermedias o de compromiso que reconocían a la Iglesia o a la Santa Sede una cierta personalidad internacional, pero dependiente del reconocimiento implícito de los Estados, dejando sin juzgar la cuestión acerca de la efectiva soberanía sobre el territorio Vaticano.

Los sucesos políticos más salientes durante ese período fueron:

a) Las notas diplomáticas del gobierno italiano enviada a las potencias, antes y después de la ocupación, en las cuales garantizaba la soberanía papal sobre la *Cittá Leonina*.

b) Los términos de la ocupación estipulados entre los generales Raffaele Cadorna, por Italia, y Kanzler, por el Vaticano bajo instrucciones del gobierno italiano, entre las cuales sobresalía la no ocupación de la *Cittá Leonina*.

c) El plebiscito del 2 de octubre de 1870, por el cual se decide la anexión de Roma al reino de Italia.

d) El acto de anexión de la ciudad y provincia de Roma, del 7 de octubre de 1870, en cuyo artículo 3 declaraba que se garantizaba la independencia del Sumo Pontífice *anche con franchigie territoriali*.

e) Las reacciones por parte del Vaticano ante la ocupación y anexión: la alocución de Pío IX a los cardenales del 29 de septiembre de 1870; la encíclica *Respicientes ea* del 1º de noviembre de 1870 con declaración de excomunión *latae sententiae*.

f) La ley de garantías del 13 de mayo de 1871, donde el reino de Italia buscó una forma unilateral de solución, no aceptada por Pío IX, en la que se garantizaba la soberanía del Romano Pontífice sobre el Vaticano y las villas pontificias.

g) La controversia sobre la exención del Vaticano de la jurisdicción italiana. Se trata de una sentencia del tribunal de Roma, fechada el 16-18 de agosto de 1882, llevada luego a la Corte de apelación y su respectiva sentencia de confirmación del 9-17 de noviembre de 1882<sup>1</sup>.

h) Los proyectos y tentativas de conciliación durante toda la época posterior a la anexión<sup>2</sup>.

i) La resolución definitiva con la firma de los tratados de Letrán del 11 de febrero de 1929.

## La soberanía de la Ciudad del Vaticano

Por los tratados de Letrán de 1929 se creó la Ciudad del Vaticano y estableció sus características constitucionales. La creación de la Ciudad del Vaticano tuvo por fin asegurar a la Iglesia una independencia absoluta para el cumplimiento de su misión en el mundo y garantizarle una soberanía exclusiva e indiscutida en el ámbito internacional, tal como lo indican los tratados de Letrán<sup>3</sup>. Esto significa que la Ciudad del Vaticano aparece como un medio, como un instrumento jurídico necesario para el mantenimiento de la independencia de la Iglesia Católica.

Italia reconoció expresamente a la Ciudad del Vaticano bajo la soberanía del Sumo Pontífice (art. 26)<sup>4</sup>. Asimismo, el art. 7 de la constitución republicana de 1947 dispone que las relaciones entre el Estado y la Iglesia son reguladas por los Pactos de Letrán.

El día en que estos Pactos entraron en vigor (7-VI-1929), la Ciudad del Vaticano dictó su ley fundamental<sup>5</sup> y ha ido luego elaborando convenientemente su ordenamiento jurídico. A fin de poder precisar

<sup>1</sup> Esta controversia fue llamada históricamente *controversia Martinucci-Theodoli*.

<sup>2</sup> Algunas fueron célebres por las personas que las realizaron como por ejemplo la de San Juan Bosco y la de Mons. Geremía Bonomelli.

<sup>3</sup> Cf. DE LA BRIÈRE, *La condition juridique de la Cité du Vatican*, R. de C, 1930-III p. 123, y principalmente Cardinale, *The Holy See and the International Order*; Gerards Cross.(1976) págs. 101-102.

<sup>4</sup> En los concordatos con España (27-VIII-1953), con la República Dominicana (16-VI-1954) y con Venezuela (6-III-1964), estos países reconocieron también expresamente la personalidad jurídica internacional del Estado de la Ciudad del Vaticano (AAS vol 45 pág. 627; vol. 46, pág. 434; vol. 56, pág. 926.

<sup>5</sup> AAS. *Supplemento per le leggi e disposizioni dello Stato della Città del Vaticano*, Anno I, n° 1, págs. 1-4.

su situación en derecho de gentes es necesario analizar no sólo el tratado de 1929, sino también el ordenamiento jurídico Vaticano posterior y la práctica usada en el ámbito internacional.

La ley fundamental indica en su art. 1 que el Sumo Pontífice es el soberano de la ciudad del Vaticano y posee la plenitud del poder legislativo, ejecutivo y judicial. Luego, a través de sus 21 artículos, esta ley se ocupa de las instituciones públicas fundamentales.

Otra ley que posee importancia particular para el tema aquí considerado, es la referente a las fuentes del derecho —*legge sulle fonti del diritto*—<sup>6</sup>, que fija cuál es el derecho vigente en el Vaticano y el orden de prelación de sus normas. Según ella, se aplican, en primer lugar, el código de derecho canónico y las constituciones apostólicas y, en segundo término, las leyes para la ciudad del Vaticano dictadas por el Sumo Pontífice o por la autoridad delegada por él, así como los reglamentos dictados por la autoridad competente. El art. 3 de la mencionada ley dispone para determinadas materias, que no están reguladas por el derecho italiano entonces vigente (1929), siempre que estas disposiciones no sean contrarias al derecho divino, a los principios generales del derecho canónico o a los pactos de Letrán y que, teniendo en cuenta la situación de hecho existente en la ciudad del Vaticano, resulten aplicables en dicho lugar. La ley indica en los artículos siguientes cuáles son estas materias y, en ciertos casos, introduce algunas modificaciones al derecho italiano. Así, por vía supletoria se declaran aplicables los siguientes códigos de Italia: penal (art. 4), de procedimientos en lo penal (art. 7), civil (art. 11), de comercio (art. 12), de procedimientos en lo civil (art. 13) y leyes sobre expropiación, transmisión de energía eléctrica, pesas y medidas, propiedad artística y literaria, teléfonos, correo, aviación, enfermedades infecciosas, etc. (art. 20). Esta legislación supletoria cesa de aplicarse cuando se dicta una ley vaticana sobre la materia. Así ocurrió, por ejemplo, el 1-XI-1946 al entrar en vigor el código de procedimientos en lo civil del Vaticano.

El ordenamiento jurídico vaticano se aplica de modo excluyente en el territorio que se encuentra precisado en el art. 3 del tratado y su anexo I, con excepción de la Plaza de San Pedro que está sujeta al poder de policía italiano. Los inmuebles situados fuera de los límites del Vaticano y que están indicados en los arts. 13, 14 y 15 del tratado no forman parte del territorio de la ciudad.

<sup>6</sup> AAS. *Supplemento per le leggi e disposizioni dello Stato della Città del Vaticano*, Anno I, n° 1, págs. 4-13.

El territorio vaticano comprende también el correspondiente espacio aéreo (art. 7).

Además de su ordenamiento jurídico, el Vaticano posee su propia organización gubernamental. Si bien algunos órganos del Vaticano, como su soberano o el tribunal de la Rota Romana, son comunes con la Iglesia Católica, su estructura es distinta de la de ésta. Como ya se expresó, el Sumo Pontífice tiene la plenitud de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Las disposiciones legislativas pueden ser dictadas también por la *Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano* o por el gobernador del Estado.

El poder judicial fue organizado por el *motu proprio* del 1-V-1946 y consta de un juez único, un tribunal de primera instancia, otro de apelación y un tribunal de casación. El poder ejecutivo está a cargo de la citada comisión pontificia y, por delegación de ésta, de su delegado especial.<sup>7</sup>

Los tratados de Letrán se refieren también a los servicios públicos del Vaticano. Su artículo 6 dispone que Italia se ocupará de asegurar a la Ciudad un suministro adecuado de agua y vincularla por ferrocarril mediante la construcción de una estación en su territorio. Italia se obligó también a vincular directamente con los otros Estados los servicios de telégrafo, teléfono, radio y correo del Vaticano y a proveer a la coordinación de los otros servicios públicos.

La Ciudad del Vaticano emite su propia moneda, que tiene también poder cancelatorio en Italia y en San Marino. Asimismo, un decreto del 5 de septiembre de 1951 de la Comisión Pontificia establece las normas sobre navegación marítima para los buques de bandera vaticana.

Dada la situación de enclave de la Ciudad del Vaticano como también su naturaleza y su fin específico, los Pactos de Letrán han debido establecer distintas figuras jurídicas que constituyen restricciones a la libertad de obrar de Italia y del Vaticano en el interior de sus respectivos territorios. En cuanto a Italia, el artículo 7 del tratado dispone que en el territorio que rodea al Vaticano no se podrán permitir construcciones que den vista al interior de éste. El artículo 19 del tratado establece un derecho de paso por territorio italiano para diplomáticos, funcionarios de Estados extranjeros y eclesiásticos pro-

<sup>7</sup> Cf. HIRSCHBÜHL, *Aufbau und Behördenorganismus des Vatikanstaates* (tesis de Freiburg, Suiza); Bellizona, 1939, y Bachelet, *L'organisation administrative du Saint-Siège et de la Cité du Vatican*, *Revue Internationale des Sciences Administratives* (1955) págs. 261 y ss.

venientes de terceros países y que se dirijan al Vaticano o viceversa. El artículo 20 prescribe un régimen similar para mercaderías. Los artículos 13, 14 y 15 del tratado indican una lista de iglesias y otros inmuebles en territorio italiano que son propiedad del Vaticano y que gozan de una inmunidad de jurisdicción análoga a la de una embajada extranjera. Por su parte, el artículo 16 enumera otros inmuebles que se hallan exentos de impuestos y no podrán ser objeto de expropiación. En lo que respecta al Vaticano, además del ejercicio del poder de policía italiano en la plaza de San Pedro (art. 3), el art. 18 indica que los tesoros de arte y ciencia del Vaticano deben estar abiertos a los sabios y demás visitantes. Por su parte, el artículo 24 dispone que la Ciudad del Vaticano queda neutralizada a perpetuidad.

La Ciudad del Vaticano participa, desde su creación, en el ámbito internacional. La representación exterior pertenece al Sumo Pontífice, quien se sirve para ello de la Secretaría de Estado (art. 3 de la Ley Fundamental).

El Vaticano ha celebrado, posteriormente a los tratados lateranenses, una serie de convenciones con Italia, a fin de regular cuestiones relativas al servicio postal<sup>8</sup>, aduana<sup>9</sup>, circulación de automotores<sup>10</sup>, servicios telegráfico y telefónico<sup>11</sup>, moneda<sup>12</sup>, radio<sup>13</sup>, exenciones impositivas<sup>14</sup>, asistencia hospitalaria<sup>15</sup>, servicio militar<sup>16</sup>, ferrocarriles<sup>17</sup>, delimitación y asuntos territoriales<sup>18</sup>, policía mortuoria<sup>19</sup>, no-

<sup>8</sup> Convención del 29-VII-1929, *Trattati*, vol. XL, págs. 293 y ss. Existen varios acuerdos posteriores por los que se modifican las tarifas fijadas.

<sup>9</sup> Convención por cambio de notas del 30-VI-1930, *Trattati*, vol. XLI, págs. 849 y ss.

<sup>10</sup> Convención del 28-XI-1929, *Trattati*, vol. XL, págs. 700 y ss. Existe un convenio que fue complementado mediante el acuerdo por cambio de notas del 26-V-1942 y 29-V-1942.

<sup>11</sup> Convención del 18-XI-1929, *Trattati*, vol. XL, págs. 690 y ss.

<sup>12</sup> Convención del 2-VIII-1930, (G.U. 1931, págs. 364 y ss); Convención del 20-VI-1942 (G.U. 1942, pág. 4727); Convención del 21-IV-1951 (G.U. 1952, pág. 1971); Acuerdo por cambio de notas del 5-I-1957 (G.U. 1957, pág. 2201 y ss); Protocolo del 25-VII-1962 (G.U. 1962, p. 4181); Convención del 31-VII-1962 (*Diritto Internazionale*, 1963, 1963, Parte II pág. 308 y ss.

<sup>13</sup> Acuerdo del 8-X-1951, *Tschoppe, Konkordate seit 1800, Frankfurt am Main-Berlin, 1964*; págs. 251 y ss.

<sup>14</sup> Acuerdo por cambio de notas del 16-XII-1955. UNTS, vol. 260, págs. 319 y ss.

<sup>15</sup> Convención del 4-X-1934, *Trattati*, vol. XLVIII, págs. 385 y ss.

<sup>16</sup> Acuerdo del 6-IX-1932, *Trattati*, vol. XLIV, págs. 548 y ss.

<sup>17</sup> Convención del 20-XII-1933, N.R.G: 3éme. Serie, t. 38 págs. 302 y ss.

<sup>18</sup> Acuerdo por cambio de notas del 16-III-1945 y 16-IV-1945, *Trattati*, vol. LIX, págs. 305 y ss.

<sup>19</sup> Convención del 28-IV-1938, *Trattati*, vol. LIII, págs. 74 y ss.

tificaciones en materia civil y comercial<sup>20</sup>, etc. Entre los tratados celebrados con otros países, se pueden citar la Convención con San Marino sobre cuestiones monetarias (30-XII-1931)<sup>21</sup>, el acuerdo con Austria sobre pasaportes<sup>22</sup> y el acuerdo de 1955 con los Estados Unidos de América sobre giros postales<sup>23</sup>.

La Ciudad del Vaticano es miembro de la UPU, de la UIT y de la OMPI<sup>24</sup> entre las organizaciones de familia de las Naciones Unidas. Igualmente es miembro de UNIDROIT, del Consejo internacional del trigo y se ha adherido a numerosas convenciones multilaterales sobre temas diversos: propiedad intelectual, derecho internacional privado, cuestiones marítimas, tránsito de países mediterráneos, protección de bienes culturales en tiempo de guerra, derecho procesal internacional, etc.

El Vaticano no posee representaciones diplomáticas ni consulares propias. En lo que hace a las relaciones diplomáticas, éstas se hallan a cargo de la Santa Sede. Por razones políticas, alguna vez un Estado pensó en acreditar un representante diplomático ante la Ciudad del Vaticano, pero ello no se concretó<sup>25</sup>.

Respecto de las relaciones consulares, contrariamente a la práctica seguida por los Estados pontificios hasta 1870, la Santa Sede no designa actualmente funcionarios consulares.

Las cláusulas de los tratados de Letrán, la práctica internacional y la actividad en distintas organizaciones internacionales demuestran que la Ciudad del Vaticano es, sin duda, un sujeto de derecho de gentes.

El tema de la relación entre la Iglesia Católica y la Ciudad del Vaticano ha dado origen a numerosos estudios tendientes a determinar sus características jurídicas. Una corriente de la doctrina, que se

<sup>20</sup> Convención del 6-IX-1932, *Trattati*, vol. XLIV, págs. 559 y ss.

<sup>21</sup> *Bolletino Ufficiale della Repubblica di San Marino* (1932) n° 4 (1-VIII-1932) págs. 17 y 18.

<sup>22</sup> Acuerdo por cambio de notas del 23-III-1935 (L.N.T.S. vol. CLXVII, págs. 385 y ss.)

<sup>23</sup> Suscripto en el Vaticano el 24-XI-1955 y en Washington el 22-XII-1955 (*United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 7 págs. 3025 y ss).

<sup>24</sup> Sobre la actividad del Vaticano en estas organizaciones, cf. Kock, *Die Völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls*, Berlin (1975) págs. 448 y ss.; 495 y ss. y 499 y ss.

<sup>25</sup> CARDINALE, op. cit. págs. 113, 114 y 201, menciona los casos del presidente Truman de los Estados Unidos de América que designó un embajador ante el Vaticano, designación que fue dejada sin efecto antes de obtener la aprobación del senado, y la tentativa, en algún momento, del gobierno de la URSS en igual sentido, pero sin referir el caso concreto.

puede denominar “monista”, niega la existencia de dos personas de derecho internacional y, por lo tanto, excluye la posibilidad de toda relación entre ellas. Entre los autores que sostienen esta opinión, hay quienes niegan personalidad a la Iglesia Católica y se la reconocen a la Ciudad del Vaticano<sup>26</sup>, y otros que niegan a esta última la calidad de sujeto internacional y se la reconocen a la Iglesia<sup>27</sup>. La corriente doctrinaria “dualista” está integrada por los autores que consideran que la Iglesia Católica y la Ciudad del Vaticano son dos sujetos distintos del derecho de gentes. Las concepciones varían acerca de la naturaleza de la relación que media entre ambas personas internacionales. Algunos autores pretenden aplicar a este caso ciertos esquemas generales de derecho de gentes y así hablan de una unión personal<sup>28</sup>, de una unión real<sup>29</sup> o de una relación de vasallaje<sup>30</sup>. Una tesis sostiene que la relación es semejante a cierta figura del derecho público interno<sup>31</sup>. Otros, por el contrario, expresan que no es posible encuadrar esta relación en un esquema teórico general, pues se trata de una relación específica<sup>32</sup>. Independientemente del *nomen iuris* que se atribuya a la relación entre la Iglesia y el Vaticano, su contenido está dado fundamentalmente por los artículos 3,4 y 26, parágrafo 2, del Tratado de Letrán<sup>33</sup>.

### La figura jurídica de la Ciudad del Vaticano

La verdadera característica de la Ciudad del Vaticano y que la distingue netamente de cualquier otro Estado, es el fin mismo por el cual ella ha surgido y que por otra parte es su razón de ser. El fin preciso de los tratados de Letrán fue el de crear un Estado que no

<sup>26</sup> JIMENEZ DE ARÉCHAGA, *Curso de Derecho Internacional Público*; Montevideo (1961); t. II, pág. 312.

<sup>27</sup> OTTOLENGHI, *Sulla condizione giuridica della Città del Vaticano*, *Rivista* (1930), págs. 180y ss.

<sup>28</sup> Kelsen, op. cit. pág. 160. GUGGENHEIM, op. cit. t. I, págs. 220-221.

<sup>29</sup> VON DER HEYDTE, *Volkerrecht; Köln* (1958) t. I pág. 187.

<sup>30</sup> BALLADORE PALLIERI, *Diritto Internazionale Pubblico*; ed. Milano (1962)8 pág. 151.

<sup>31</sup> PUENTE EGIDO, *Personalidad internacional de la Ciudad del Vaticano*; Madrid (1965) pág. 101.

<sup>32</sup> MIELE, *La condizione giuridica internazionale della Santa Sede e della Città del Vaticano*; Milano (1937) pág. 44; Raffel, *Die Rechtsstellung der Vatikanstadt*; Bonn (1961) págs. 55 y 56.

<sup>33</sup> Cf. J.A. BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, cap. III,3, Madrid (1984) págs. 100-104.



posea un fin en sí mismo, sino al servicio de la Santa Sede para asegurarle una soberanía indiscutible en el derecho internacional. Se trata de un Estado soberano pero cuya soberanía no se justifica sino en función de la soberanía espiritual del Romano Pontífice.

El Estado de la Ciudad del Vaticano surgió con un preciso carácter instrumental y es allí donde es necesario ver su *ratio vitae*. De esta peculiaridad fundamental provienen todas las características que se encuentran en sus elementos. El Estado de la Ciudad del Vaticano no posee, como cualquier otro Estado, justificación en sí mismo o en el hecho de su existencia jurídica, sino en orden a la existencia de otro ente, la Iglesia Católica o, mejor dicho, la Santa Sede.

El fin por el cual fue constituido el Estado de la Ciudad del Vaticano hace comprender la razón por la cual el territorio es pequeño en extensión y con escaso número de habitantes. También es por ello que posee normas especiales establecidas para la adquisición y la pérdida de la ciudadanía, principios generales en orden a la organización administrativa y económica y a la seguridad pública, así como la delegación del poder punitivo de los delitos cometidos en la Ciudad del Vaticano a la República de Italia.

El carácter particular del Estado pontificio corresponde perfectamente a la naturaleza de la institución divina que se quiere preservar buscando simbolizar y asegurar la plena y absoluta independencia de cualquier otro Estado. La causa última de esta singularísima situación ha sido puesta de relieve por muchos exponentes de la doctrina iuspublicista, tanto laica como canonista<sup>34</sup>.

La Santa Sede nunca declinó su pretensión de poseer una efectiva soberanía también en el campo político temporal, explicando y justificando al mismo tiempo que esa exigencia es debida a necesidades religiosas y espirituales.

Según el pensamiento católico este *civilis principatus* —como lo llama D'Avack— no posee más que una única y una bien determinada razón de ser, una única e inmutable función, que es la de ser el *praesidium et medium moraliter necessarium* para la exigencia y la misión espiritual de la suprema institución de la Iglesia<sup>35</sup>. Este concepto se

<sup>34</sup> Una de las obras más completas acerca de este sujeto es la escrita por PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede*, Bologna (1994).

<sup>35</sup> Cf. Pío IX, Enc. *Cum Catholica* del 26-III-1860. Esta doctrina viene solemnemente proclamada como una *doctrina quam catholici omnes firmissime retinere debent*, se encuentra afirmada repetidas veces y explicada en los mismos términos con infinitas declaraciones oficiales de los Pontífices y en todas las obras de la canónica anteriores y posteriores a los Pactos Lateranenses.

encuentra solemnemente consagrado en los mismos tratados de León al decir en su preámbulo que “debiendo asegurar a la Santa Sede la absoluta y visible independencia y garantizar una soberanía indiscutible aún en el campo internacional ha sido revisada la necesidad de constituir con particular modalidad, a la Ciudad del Vaticano, reconociendo sobre la misma Santa Sede la plena propiedad y la exclusiva y la absoluta jurisdicción de potestad soberana”. Más adelante dice “la Santa Sede sostiene que con los acuerdos que hoy suscribe le viene asegurada adecuadamente la debida libertad e independencia al gobierno pastoral de la diócesis de Roma y a la Iglesia Católica en Italia y en el mundo”<sup>36</sup>.

El antiguo Estado pontificio, aún existiendo antes y sobre todo como organismo al servicio de la suprema institución de la Iglesia y de los intereses espirituales de la catolicidad, era también subsidiaria y subordinadamente un organismo al servicio de las necesidades y de los intereses temporales de la población de la provincia romana. El fin principal de aquel Estado era extra estatal, pero conservaba y perseguía también fines secundarios políticos como todos los Estados. En cambio, el Estado de la Ciudad del Vaticano, aún poseyendo teóricamente esta misma posibilidad es una organización existente y operante únicamente para los intereses universales y espirituales de la Iglesia, faltándole prácticamente todo aquello que pudiera en forma efectiva otorgarle fines estatales propiamente dichos.

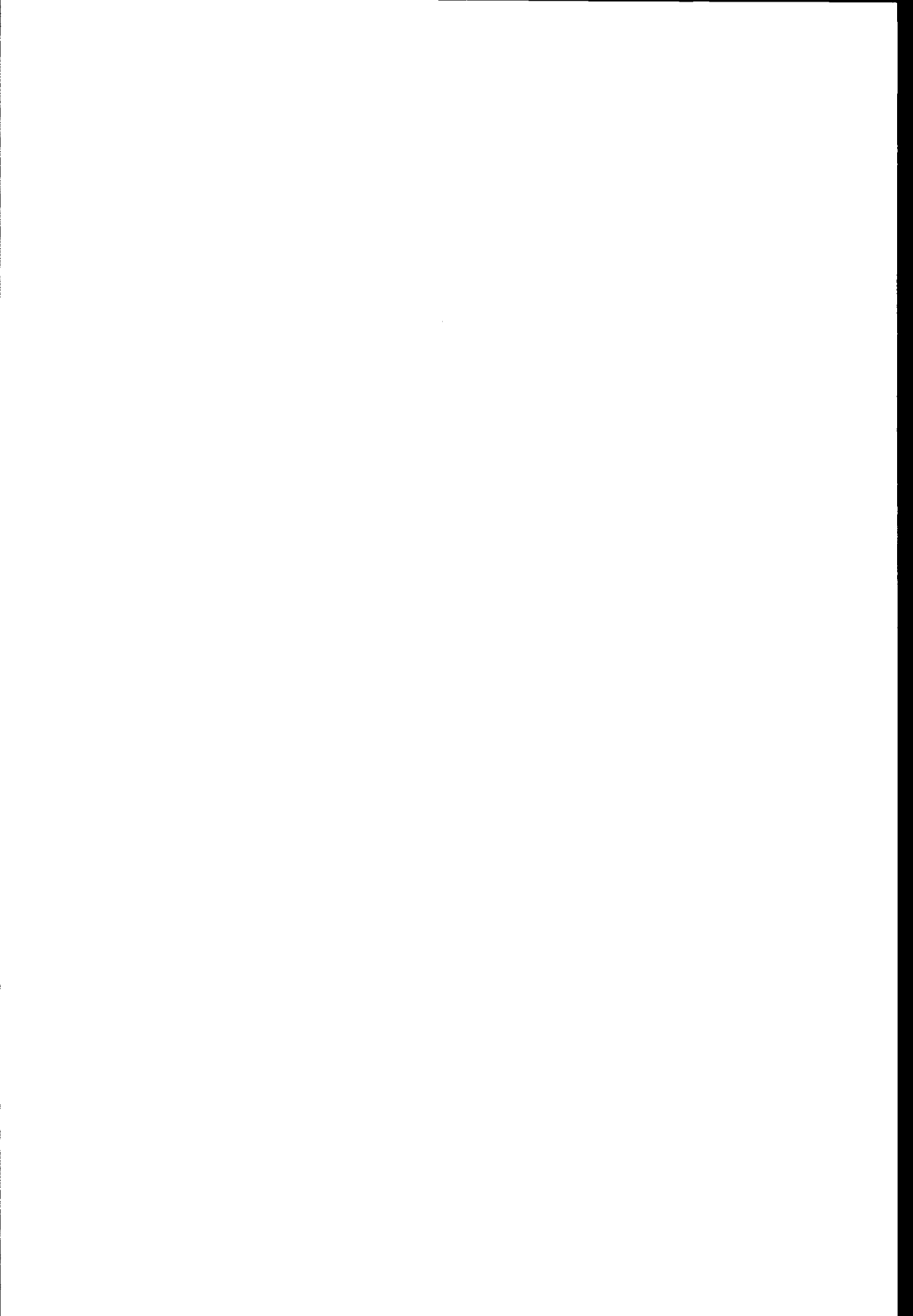
Esta concepción de “Estado- fin” se llama concepción teleológica y se confronta con otra concepción el del “Estado- idea” que encuentra una finalidad en sí mismo y no al servicio de otros fines.

El Estado de la Ciudad del Vaticano es la garantía de orden político territorial de la independencia pontificia. Esto, como ya se ha visto, es la causa final principal pero también encarna las garantías complementarias de orden jurídico personal concerniente a la persona misma del Romano Pontífice, así como a la persona de los dignatarios y funcionarios pontificios y de los miembros de los cónclaves y concilios, a la actividad religiosa de la Santa Sede ya sea en el orbe católico como en el mismo territorio italiano.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> *Pactos Lateranenses*, n° 26.

<sup>37</sup> Cf. P. A. D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede*, Bologna (1994) pág. 285 y ss.

# DERECHO COMERCIAL



# LA EMPRESA Y LAS RESPONSABILIDADES EMERGENTES DE LA COMPETENCIA DESLEAL

ISABEL MIGUEZ\* \*\*

## I. Introducción

Bajo esta denominación genérica el presente trabajo aborda distintos aspectos diferenciados de las responsabilidades emergentes de prácticas desleales. Metodológicamente se los puede diferenciar en dos grandes bloques: (a) las prácticas desleales vinculadas a la actuación orgánica, es decir, aquellas que tienen como ejecutores a personas relacionadas con la empresa y que atañen a la actuación de (i) los socios cuando aquella está organizada bajo la forma de sociedad, (ii) sus administradores y (iii) dependientes y (b) las ejecutadas

\* Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala "A" Vocalía 1.

\*\* Este artículo recoge la doctrina sentada en el voto emitido el 24/3/2000 por la suscripta, acompañada por los demás integrantes de la Sala A de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Comercial Dres. Manuel Jarazo Veiras y Julio J. Peirano. Secretaria de la Dra. Susana M.I. Polotto, en los autos "*MAYÉUTICA S.R.L. c/ ENTREPRENEUR S.A. y OTROS sobre SUMARIO*". Este fallo ha sido publicado en EL DERECHO N° 10.061 del 4/7/2000 y comentado por Miguel Ángel Emery (Competencia desleal. Desorganización de la empresa competidora. Un fallo ejemplificador"), pero estimo útil tratar los aspectos conceptuales. La acción se dirigió a reclamar daños y perjuicios por competencia desleal contra un ex empleado que fundó una empresa similar a la que dejara, apoyándose en personal anterior de la misma y que compitió en el mismo campo, pasando a tener como propios, ex clientes de su ex empleadora.

Agradezco a los Dres. Oscar Alfredo García y Roberto Punte sus aportes en la elaboración y compaginación del artículo en su forma actual.

por terceros que actúan en competencia en el mercado. El análisis enfatiza las prácticas desleales de dependientes aun cuando se hace referencia a las otras modalidades enunciadas.

**1.1.** Las empresas pueden competir en un mercado abierto siempre que sus derechos económicos estén adecuadamente delimitados y debidamente protegidos por el poder público, ya que la promoción de una sana competencia, la transparencia de los mercados y la claridad e integridad de los derechos de sus participantes en las transacciones mercantiles, garantiza el funcionamiento adecuado de una economía moderna y genera beneficios sociales evidentes. Caso contrario, se eliminaría el incentivo para competir, por ganar una mejor reputación, por mejorar el esfuerzo empresarial, por innovar, que son el objeto de la protección de las leyes de defensa de la competencia, en igualdad de condiciones, con la competencia de precios. En consecuencia, aquellas se verán poco interesadas en colocar y vender sus productos o servicios si el Estado no les asegura la integridad de sus derechos sobre sus bienes, o desde la perspectiva de la teoría económica, sobre la apropiación efectiva o transmisión, para colocar con éxito los productos en el mercado.

**1.2.** La prohibición de la competencia desleal se dirige a proteger una vertiente esencial del funcionamiento de los mercados, esto es, la reputación comercial y la integridad tanto de los derechos de empresas como de los consumidores. Más allá de la libertad de trabajar y de ejercer toda industria lícita, de comerciar y demás mentadas en el art. 14 de la Constitución Nacional, se trata de proteger la presencia de todos los que deseen intercambiar sus bienes y para ello los empresarios tienen que estar seguros del funcionamiento lícito y regular de la competencia que nace de la presencia colectiva. El mercado supone el hecho de la competencia, pues quienes por realizar actividades similares producen las mismas cosas tendrán que competir entre sí para obtener el favor de los interesados en adquirir esos bienes o servicios, de modo que no constituye competencia desleal captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. Sin embargo, la libre competencia, como toda libertad, no es ilimitada. Su ejercicio encuentra límites en los preceptos legales que la reglamentan y en los derechos de otros competidores; presupone un ejercicio legal y honesto del derecho propio, expresión de la integridad profesional. Excedidos dichos límites, surge la competencia desleal, que ningún precepto legal define en razón de la infinita variedad de actos que pueden constituirla.

En consecuencia, será desleal el acto que, por modos contrarios a los usos o costumbres, afecte dicha libertad e impida el funcionamiento efectivo de la competencia. La cuestión está entonces en los medios que se utilizan para captar ese cliente. Cuando el competidor, para luchar por la clientela, comienza a “apoyarse” en su o sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos y servicios, entonces entra en un terreno en el que la deslealtad y por ende, la ilicitud, puede aparecer con toda facilidad. La palabra “apoyo” es utilizada en su acepción mas amplia, abarcando la copia, el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y hasta las maniobras para dañar o destruir al competidor. También hay deslealtad cuando lo que se ofrece no es lo que se dice ofrecer. Aparece así el engaño que intenta mostrar lo que no es.

El concepto de competencia desleal es uno de los mas arduos de definir, tiende a caracterizar una situación de hecho, más que determinar un contenido inequívoco a partir del cual se pueda establecer sus alcances. Su definición mediante el método de enunciación de ejemplos no hace otra cosa que evidenciar una infinidad de posibilidades, en lugar de establecer una unidad conceptual. La noción, es difícil de toda vez que en su concepción inciden factores contingentes y variables tales como las convicciones sociales sobre lo que es considerado permitido, posible, moral o ético acerca del alcance de los derechos protegidos, en una época determinada. Por ello es, además, mutable.

## **II. Prácticas desleales de dependientes**

El deber de fidelidad que el art. 85 de la ley de contrato de trabajo impone expresamente al trabajador, importa una actitud de lealtad que es costumbre observar entre hombres de honor, ya que traduce el contenido ético de esta particular relación. Produce consecuencias jurídicas relevantes, *es más exigible cuanto mayor es la jerarquía del empleado y más delicadas son sus funciones*, la responsabilidad asignada y la confianza en él depositada. Se concreta en ciertos aspectos de la relación laboral, tales como: a) la prohibición de hacer competencia al empleador, supuesto en que adquiere la forma de una obligación de no hacer, toda vez que obliga a omitir todo lo que pueda ser perjudicial a la otra parte y al objeto de la colaboración; b) el deber de guardar reserva o secreto de las informaciones confidenciales a que tenga acceso, y c) la prohibición de aceptar sobornos. Por otro lado, se

trata de un deber mutuo también demandable al empleador, rasgo que se traduce en los deberes de protección, y en especial en todo lo que concierne a la integridad física y moral del trabajador. (Juan Carlos Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T. II parte I, ed. La Ley).

Dicho débito se complementa con *la obligación de preservar la confidencialidad del conocimiento estratégico en posesión del empleador*, que constituye el capital secreto de las empresas, tanto el que éste le revela al dependiente calificado para ejecutar sus tareas, como el que el propio empleado desarrolle como consecuencia de aquellas, y que exijan dicha conducta de su parte, (art. 85, parte 2ª L.C.T.). Por cierto que este deber no es absoluto, está condicionado y limitado por el tipo de conocimiento de que se trate, lo que demuestra la importancia de encontrar una solución que equilibre los intereses de ambas partes. Es decir que favorezca la capacitación del personal, pero que al mismo tiempo no constituya un freno a la movilidad laboral ni a la legítima difusión de las tecnologías.

Ciertos conocimientos deben ser tratados como confidenciales, pero una vez obtenidos por el empleado necesariamente devienen parte de sus propias habilidades y entendimiento. En este supuesto, el empleado no puede revelarlo mientras dure la relación contractual; mas una vez concluida, puede usarlo como parte inseparable de sus conocimientos y destrezas, incluso en competencia con su anterior empleador. En esta categoría, entran, por ejemplo, conocimientos que son evidentes o fácilmente accesibles a un técnico con formación media en la materia.

Abarca además, la reserva sobre aspectos concernientes al desarrollo de la producción y comercialización de los productos obtenidos, que de ser conocidos por terceros, en especial por quienes actúan en la plaza como competidores, podrían ocasionar perjuicios a la empresa. Dentro de lo concerniente a la organización de la producción, se debe incluir no sólo las patentes de invención, sino también los métodos o procedimientos de fabricación o sistemas de organización del trabajo, que posibiliten el mejor rendimiento o una labor más eficaz. Actualmente la fuerza competitiva de las empresas está vinculada —en gran medida— con sus capacidades y aptitudes para generar y manejar información y conocimientos tecnológicos y comerciales. En consecuencia, desde el momento en que el conocimiento ha logrado una creciente importancia respecto del capital físico, aquellas han adquirido una mayor conciencia sobre la necesidad de proteger su



capital intelectual, lo que permite obtener una ventaja competitiva respecto de terceros.

En cuanto a los aspectos comerciales, la reserva incluye, estudios de mercado o métodos y planes de comercialización particulares de cada establecimiento, en tanto se trate de datos o informes de verdadero relieve o significación dentro de la actividad, sobre los cuales haya un interés fundado en su no divulgación a terceros. Sobre el punto, se sostiene que ciertos secretos profesionales, "son informaciones reservadas de la empresa, que no le pertenecen y que de revelarlas, perjudicaría los intereses de ella al facilitar la competencia desleal". En su nueva labor profesional podrá valerse de los conocimientos adquiridos, pero no revelar los secretos profesionales de la empresa a la que perteneció anteriormente, debiendo en caso de transgresión responder por daños y perjuicios, de conformidad con las normas del derecho civil, (arts 242 L.C.T. , 519/520 Cód. Civil, art. 156 Cód. Penal. (Tratado de Derecho del Trabajo, T. 3, pág. 760 y ss., edit. Astrea, dirigido por Antonio Vázquez Vialard.; ver también Carlos M. Correa, "Protección de la información confidencial y competencia desleal," L.L. 1996-D-1232y ss.)

En síntesis, el deber de guardar reserva o secreto sobre ciertas informaciones importantes, procedimientos u otros hechos vinculados con la empresa, de los cuales el trabajador hubiera tomado conocimiento en razón de la relación laboral, y cuya injustificada divulgación podría causar daño concreto a la empresa por su valor comercial, existe mientras dura el contrato de trabajo y *persiste después de su extinción* en tanto subsistan los fines de protección del empleador que legitiman el deber. La tutela legal no es sobre el conocimiento secreto en sí, sino contra cierto tipo de *prácticas consideradas contrarias a la buena fe y la honestidad comercial, o prácticas comerciales desleales*.

La prohibición de no incurrir en *concurrencia desleal* es la obligación que mejor recoge la nota distintiva de la lealtad a los intereses de la empresa, que tipifica el deber genérico de fidelidad del trabajador. Está contemplada en el art. 88: "el trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste".

Aun cuando cierto sector de la doctrina sostiene que en general, después de extinguido el contrato es necesario la existencia de pacto de interdicción de no concurrencia por determinado lapso posterior, (Ernesto Krotoschin, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", 4ª

Edición, Depalma, pag. 223 y ss. y doctrina citada al pie), posibilidad no prevista por la ley y por tanto de dudosa validez en nuestro medio, Fernández Madrid sostiene que *la obligación de no competir subsiste* mientras se encuentre en vigencia el contrato de trabajo y se entiende que el dependiente no puede realizar las tareas preparatorias de un negocio similar durante el plazo de preaviso.

Es desleal comenzar durante ese período por su propia cuenta y riesgo a actuar en competencia, no comunicar su intención de cesar en sus funciones y realizar actos preparatorios para una próxima actividad competitiva, constituyendo la futura sociedad competidora antes del abandono de su cargo. Asimismo, constituyen prácticas desleales “reclutar” el personal clave de la empresa para la que se desempeñaba, a la que se priva de los recursos humanos básicos, entablar relaciones comerciales con notorios clientes de la sociedad antes de su marcha de la misma, usurpando oportunidades de negocios o en otros términos, realizar actos apropiatorios de negocios que se entienden pertenecientes a la sociedad a la que se sirve, y en la que inequívocamente tenía interés. Por ello resultaría incluso aplicable la doctrina citada, aun cuando ya hubiese abandonado la sociedad.

En efecto, sin desconocer que la libertad de trabajar tiene jerarquía constitucional (art. 14) y que resulta lógico que el dependiente continúe su trayectoria dentro de la misma rama de actividad en la que se ha venido desempeñando, haciendo uso de los conocimientos y destrezas adquiridos, no puede tolerarse que se lesionen impunemente los legítimos intereses del empleador, cuando concurren circunstancias excepcionales de inusitada gravedad que tornan admisible sostener que se ha quebrantado el deber de fidelidad, que es tanto más exigible cuanto mayor es la jerarquía del empleado y más delicadas son sus funciones. En este orden de ideas se configura la concurrencia desleal cuando media: a) una negociación por cuenta propia por parte del empleado; b) un perjuicio real o potencial para el empleador y c) una falta de autorización expresa o tácita por parte de este. Asimismo se ha entendido que se configura cuando se acredita el desempeño de un trabajador de confianza en una actividad del mismo o similar ramo que el principal, o el ofrecimiento por cuenta propia o de un tercero de servicios que constituyen el objeto de la empresa o supuestos que impliquen cualquier forma de captación de clientela en provecho propio o de un competidor. (CN Trab, sala VII, Setiembre 3-996 *in re* “Vujesevich Gustavo A. c/Banco Supervielle Societé Generale S.A.”).

La violación de la prohibición de hacer competencia puede tener varias consecuencias. En el caso de los factores, el empleador puede exigir que las utilidades resultantes de los negocios propios de aquellos corran por cuenta de él (art. 141 ap. 2 del cód. de comercio). Respecto de los gerentes de Sociedades de Responsabilidad Limitada, las operaciones contrarias a la interdicción originan “pérdida del empleo por justa causa y la obligación de indemnizar los daños y perjuicios” (arts. 157, 272/273 Ley de Sociedades).

Para que se configure el incumplimiento del trabajador, es necesario que la negociación cause o pudiera causar un daño al empleador (art. 88 de la L.C.T.), resultando indiferente que la actividad paralela de aquel sea autónoma o dependiente, ni que la desempeñe directamente o que la realice a través de terceros, generalmente parientes o amigos, que le sirvan de pantalla (art. 64).

Los hechos relevantes pueden consistir en planificar las tareas preparatorias de un negocio similar, logro que se concretará con el desvío de la clientela en su propio provecho, agravado por la captación de los recursos humanos, la apropiación de las bases de datos comerciales y técnicos de la empleadora. Ello, reviste gravedad, si es facilitada por la jerarquía del cargo y de la función desempeñada, al apropiarse del activo empresarial, que merece protección contra actos comercialmente deshonestos en el marco de la disciplina de la competencia desleal.

Lo mismo ocurre con el uso de información de la posición económica de la empresa en el mercado, por tener el manejo personalizado de las cuentas

Hay obligación del trabajador de no ejecutar acto alguno que pueda redundar en perjuicio de los intereses de la empresa, pues si bien *cumplió satisfactoriamente el servicio prestado originariamente, luego dañó la posición de esta empresa en el mercado, al desviar la clientela en su propio provecho*. Hay conducta ilícita al conculcar los deberes de fidelidad y de no concurrencia, valiéndose del grado alcanzado en la estructura empresarial al desempeñar la supervisión de un área estratégica y su acceso a información de vital importancia para el desarrollo de sus fines, lo cual puede generar incluso responsabilidad patrimonial, (art. 505, inc. 3, cód. Civil).

### **III. Actuación desleal de socios y administradores**

La actuación desleal de socios y administradores tiene regulación específica en la Ley 19.550, que recoge, en este aspecto, los princi-

pios generales de la responsabilidad civil en tanto el principio de lealtad que constituye una de las tantas aplicaciones del deber de actuar con buena fe (artículo 1198 del Cód. Civil) veda realizar actividades en competencia con las que desarrolla la sociedad administrada tomando para sí negocios que le corresponden e impone al socio, no administrador, el deber de abstenerse de votar los acuerdos cuando en una operación tenga un interés contrario al de la sociedad, haciéndolo responsable por el daño causado (arts. 157, 272, 273, 274 y 54 y 248 de dicha ley). El administrador no debe derivar para su ganancia personal los nuevos negocios y oportunidades que en justicia pertenecen a la sociedad, y sobre las que ésta tiene lógicas y fundadas expectativas de alcanzar en un futuro inmediato con base en la exitosa labor llevada a cabo, que le permite fundadamente contar con probabilidades ciertas de obtener la renovación del contrato, para el cual inició negociaciones enderezadas a tal efecto, que fueron desviadas por el administrador infiel. El art. 59 de la Ley de Sociedades, establece que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables *ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión* (arts. 59, 157, 274, LS; Alberto Verón "Soc. Comerciales, ley comentada," t. 1 pág. 457, Otaegui Julio en "Administración Societaria," pag. 134, Zaldívar Enrique "Cuadernos de Derecho Societario," vol. 1 pág. 304 n°. 19.7; Maciel Hugo Darío (h) "Responsabilidad de los administradores por usurpación de negocios conexos de la Sociedad", L.L. ejemplar del 18.11.96).

El problema fundamental que se plantea en el ámbito de la doctrina de las oportunidades de negocio es, pues, el de determinar cuáles son aquellas que deben entenderse pertenecientes a la sociedad. Pues bien, la jurisprudencia estadounidense desarrolló tres "test" fundamentales. El "interest or expectancy test", el "line of business test" y el "fairness test".

Según el primero de ellos, un administrador no podrá hacerse con una oportunidad de negocio en la que la sociedad posea un determinado y concreto derecho, o posea una expectativa real derivada de un derecho o una relación preexistente. En algunas ocasiones se admite que la sociedad tuviese una expectativa meramente potencial para el desarrollo de su objeto social. Ante la inseguridad jurídica que se puede derivar de la aplicación de este "test" otras jurisdicciones han optado por acudir a parámetros más objetivos como el derivado

de la línea de actuación de la compañía. Surge así el "line of business test", según el cual se considera que una oportunidad de negocio se entiende perteneciente a la sociedad cuando cae dentro de su ámbito de actuación económica. El problema que se plantea a la hora de aplicar este "test" es el de determinar qué ha de entenderse por línea de negocios de la compañía. En unos casos se sigue una concepción estricta vinculada a la línea actual seguida por la sociedad. En otros casos se admiten márgenes más anchos dando entrada a líneas de actuación aún no desarrolladas. Por último, como contrapunto a las dos concepciones anteriores, se ensayó una tercera vía basada simplemente en el análisis de la actuación del administrador. En efecto, el "fairness test", sencillamente se propone examinar si el administrador se comportó leal o deslealmente con su sociedad. Por ello se examinan los distintos hechos que concurren en cada caso y se valora al final, de acuerdo con estándares éticos, el tipo de conducta desplegada por el administrador. (Revista General del Derecho nº 655 abril 1999, España, Sección Derecho de Sociedades, dirigida por el profesor Francisco Vicent Chulia).

Tampoco resulta relevante que el servicio prestado no le fuera asignado con exclusividad toda vez que, por ejemplo, muchas grandes empresas trabajan con varias empresas de marketing en forma simultánea y ninguna de ellas tiene asegurada la continuidad del vínculo, pues ello no incide en la ilicitud de la deslealtad en concreto y la consiguiente responsabilidad si se dan las condiciones de transgresión legal, el daño causado y la adecuada relación causal. Aun si se pretendiera eximir bajo la forma societaria estimo que esto no sería posible según los parámetros del art. 58 de la Ley de Sociedades, porque la "actuación" es de la sociedad sin que los responsables puedan invocar el beneficio del art. 56 de la L.S. Existe pues un factor de atribución de responsabilidad, que puede ser subjetivo (culpabilidad) u objetivo. El daño, consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible. Debe probarse, es obvio, relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) de tal daño.

Cabe preguntarse sobre la responsabilidad de directores y accionistas de la sociedad utilizada para la infracción, frente a terceros, por el mal desempeño del cargo, por violación de la ley y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave, (arts. 274 L.S. y 1.109 y 1.081 y concordantes del cód. citado). Acredi-

tada la actuación personal de los mismos, esta responsabilidad podrá ser peticionada y declarada. La indemnización puede incluir las pérdidas sufridas por el valor del entrenamiento de los empleados pirateados y el costo de reclutar y entrenar nuevos trabajadores para reemplazarlos, en tanto que, tratándose de un cuasidelito, quedan alcanzadas las consecuencias inmediatas, las mediatas previsibles y las previstas.

La sociedad es sujeto de derecho con el alcance fijado por la ley de sociedades ( art. 2º), en tanto no se violen las reglas superiores del ordenamiento jurídico. Cuando el recurso técnico es utilizado para violar la ley, el orden público y la buena fe, para frustrar derechos de terceros, o aún, simplemente para llevar adelante fines extrasocietarios, surge la figura de la *inoponibilidad* de esa personalidad jurídica, que compromete la responsabilidad de los socios o controlantes que la han hecho posible (art. 54, tercer párrafo, LS).

Trátase de un recurso excepcional, que debe quedar limitado a casos concretos, cuando a través de la personalidad jurídica se ha buscado y logrado fines contrarios a la ley, y queda configurado un abuso de la personalidad jurídica de tal entidad, que pueda llevar al resultado de equiparar a la sociedad con los socios. De esta manera, resulta lícito atravesar el velo de la personalidad y captar la auténtica realidad que se oculta detrás de ella, —es decir a la persona física que tiene el efectivo ejercicio del poder de decisión—, con la finalidad de corregir el fraude o neutralizar la desviación, toda vez que la sociedad configura un elemento que intenta cubrir la responsabilidad patrimonial del verdadero responsable.

La inoponibilidad, no lleva a identificar a la sociedad con el socio, sino a proteger al tercero de buena fe, pero sin que ello implique, en principio, afectar en el presente ni en el futuro la normal actuación de la sociedad; simplemente, lo que se permite es que, respecto de esta controversia en particular, no se pueda oponer dicha *personalidad*.

La actuación de la sociedad que encubre la consecución de fines extrasocietarios o constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público no la buena fe o para frustrar derecho de terceros, se *imputará directamente a los socios* y al verdadero sujeto autor del acto que lo hizo posible, los que responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Esto ocurre si la forma societaria se usa para burlar la prohibición de incurrir en competencia desleal y para ocultar la actuación del administrador o socio infiel, y neutralizar a un competidor, encubriendo una actuación personal dolosa y

fraudulenta. En las sociedades la actividad en competencia desleal es fuente generadora de responsabilidad hacia la sociedad cuando le ocasiona daños, sancionándose al responsable con la obligación de traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva, como lo dispone el artículo 54, segundo párrafo de la LS, norma que no descarta la aplicación del art. 91, cuando el tipo social admita su aplicación (Ricardo Augusto Nissen "La actividad del socio en competencia con la Sociedad," L.L. 28.6.1993).

Consecuentemente corresponde imputar y responsabilizar directamente a los socios por la vía de desafectación del mecanismo societario, *con independencia de la responsabilidad que le corresponde a la empresa usada como cobertura* pues esta última, le resulta *inoponible*. En consecuencia, les existe a los nombrados una responsabilidad derivada de los actos propios, voluntarios o intencionales, enderezadas a obtener ventajas indebidas, que los obliga a transferir lo ilícitamente obtenido a quien en justicia le corresponde.

#### **IV. Competencia desleal de terceros concurrentes en el mercado**

Cualquier política económica basada en un sistema de mercado competitivo, no puede sobrevivir de forma identificable sin que se complemente con la observancia de ciertas reglas que permitan una competencia privada aceptable y eficaz. Ello exige además, un sistema jurídico implementado por el Estado, es decir requiere que el Poder Legislativo promulgue las leyes adecuadas de defensa de la competencia, y adapte dinámica y flexiblemente la legislación vigente a fin de contemplar las necesidades, circunstancias y condiciones de los mercados en la actualidad, que permita defender su integridad y transparencia, fundamentalmente en torno de la defensa de la competencia, y brinde a la vez una adecuada protección al consumidor. En consecuencia, en la presente etapa histórica de una economía globalizada, de transformación estructural, que es producto del impacto combinado de una revolución tecnológica basada en la información, en los incesantes procesos de dinámica innovación, y una instancia de cambio cultural a nivel mundial, requiere la vitalidad del sistema de mercado competitivo, que contemplen las necesidades de los consumidores y las políticas y prácticas de los competidores. Los mercados nacionales están expuestos a la competencia regional, que es uno de los estadios de la globalización, como modo de integra-

ción financiera y comercial dentro de un contexto nacional, regional, global, con los conceptos de apertura y flexibilidad sin discusión.

En la concepción de algunas legislaciones, tales como la Ley de Competencia Desleal de España 3/91, se consagra una protección dual, es decir a "consumidores" y "productores". Es decir se busca a través de una forma genérica y bastante amplia caracterizar las prácticas deshonestas en materia industrial y comercial como actos de competencia desleal, a través de la legislación respectiva, que en nuestro país tiene un escaso desarrollo.

Con análogo propósito se ha utilizado en doctrina una fórmula abierta y elástica, que alude a un proceso incorrecto que busca, por medios reprochables la desviación de la clientela; es decir, que el acto impugnado no está en armonía con los principios de la corrección profesional por mediar alteración de la buena fe dentro de la competencia. (Marcos Satanowsky, "Tratado de Derecho Comercial," T. 3 pág. 195/198). Desde tal enfoque puede considerarse que la competencia desleal comercial consiste en el empleo de medios incorrectos para el tráfico mercantil, con el fin de influir en los consumidores, o afectar la producción o capacidad de producción de un competidor.

El art. 1 de la Ley contra la Competencia Desleal de la República Federal Alemana, aporta una norma genérica: quien cometa, en el intercambio comercial, actos de competencia contrarios a las buenas costumbres, puede ser procesado para la cesación de esos actos y para la indemnización de los perjuicios.

Otras legislaciones contemplan a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, ciertas situaciones donde la culpabilidad por la comisión de hecho ilícito extracontractual, se presume objetivamente una vez verificada la existencia de la práctica desleal. Tampoco es posible hacer alguna generalización acerca de los efectos que deben resultar de una práctica para que la misma sea considerada desleal, y en consonancia con ello, deben probarse los efectos que la práctica en particular genera sobre el mercado. Es insuficiente que un acto comercial pueda ser calificado como desleal, si no se demuestra que la competencia ha sido afectada, para lo cual resulta claro que el análisis de tales efectos debe realizarse sobre la base de cada caso en particular.

Existe consenso en doctrina que constituye un supuesto de competencia desleal instar a la ruptura de un contrato entre un tercero y un competidor, cuando tiene por objeto dañarlo, toda vez que frente a los principios de raigambre constitucional de libre contratación y de libertad de trabajar, debe prevalecer el de competir lealmente. Bajo



tal enfoque, si bien se debe promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, no resulta lícito recurrir a cualquier medio cuyo efecto sea infligir un severo daño, o destruir, a un competidor. Es cierto que quien gana en el proceso competitivo daña al competidor que pierde, sin embargo, en esta regla del juego, sólo cabe el daño que se produce por ganar mercado a través de la libre elección del consumidor.

Considero conveniente en la actual evolución social y económica efectuar, una muy somera reseña de derecho comparado, que en la concepción de Saleilles, es una disciplina auxiliar del derecho nacional positivo que contribuye a reforzar las soluciones de este o insinuar sus cambios. Desde tal perspectiva, tiene efectiva utilidad y desempeña el papel de un ingrediente del método de interpretación, en el que se busca inspiración a fin de examinar de cerca la organización práctica, pesar las ventajas e inconvenientes y preguntarse cuáles han sido los resultados adquiridos, (Llambías, "Tratado de Derecho Civil," Parte General. T. 1 pág. 94 y s.s.).

La Ley Pro-Competencia, de Venezuela, en el art. 17 establece lo siguiente: Se prohíbe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y en especial, las siguientes: 1) La publicidad engañosa o falsa dirigida a impedir o limitar la libre competencia; 2) La promoción de productos o servicios con base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro producto o servicio de los competidores; y 3) El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos ( Ignacio de León "Notas acerca de la Competencia Desleal en la Legislación Venezolana").

La ley española de represión de las prácticas restrictivas de la competencia del 10.7.63 prohíbe entre otros supuestos las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas, conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia, en todo o en parte del mercado nacional y las prácticas abusivas de posición de dominio en el mercado.

Más recientemente la ley de competencia desleal de España (Ley 3 del 10.1.1991) expresa que tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal. Los comportamientos en ella previstos, tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. Se presume dicha finalidad del acto, cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idó-

neo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. Y será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español. El art. 5 incluye una cláusula general: "Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" y el art. 14 dice: inducción a la infracción contractual: 1º. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. 2º. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas. El art. 18 contempla los efectos, a travez de varios medios: acción de remoción de los efectos producidos por el acto; acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente; el resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia; acción de enriquecimiento injusto que solo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Art. 19 cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros incisos del artículo anterior. Art. 20 legitimación pasiva: 1) Las acciones previstas en el art. 18 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento. 2) Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en los n° 1 y 4 del art. 18 deberán dirigirse contra el principal. Respecto de las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el derecho civil.

Desde un enfoque de derecho internacional, es útil mencionar los artículos 10 y 10 bis del Convenio de París y las contenidas en el art. 39 de las normas sobre propiedad intelectual dictadas en el marco del

Gatt, conocidas internacionalmente como TRIPS, aprobadas por la ley 24.425. En dichas regulaciones, hay normas que, al defender a las marcas y otros derechos de la propiedad industrial e intelectual, también se refieren a actos de competencia desleal.

La Argentina es miembro del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en su versión acta de Lisboa 1958 para los artículos relativos a derechos, y en su versión Estocolmo 1967 para lo atinente a la organización de la Unión (leyes 17.011 y 22.195). Consecuentemente, en el ámbito internacional rige para nuestro país, el art. 10 bis de dicho Convenio, que establece la obligación de amparar a los ciudadanos de países de la Unión contra la competencia desleal y proporciona una enumeración ejemplificativa de tales actos, que no parecen suficientes dentro del marco de nuestro ordenamiento legal.

Cabe recordar que la Convención de la Unión de París, del 20.3.1883, fue modificada en diversas oportunidades. El art. 10 bis de la Convención de La Haya de la revisión del 6.11.1925 la define como "todo acto de concurrencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". Los medios son múltiples: a) publicidad emulativa, difamatoria, denigrante referida a un competidor o categoría de competidores; b) violación de secretos de producción de la competencia; c) desvío de empleados; d) cooperación en la violación de contratos, e) imitación servil de productos, f) formas incorrectas y antieconómicas de venta al público.

El texto aprobado por la Revisión de Estocolmo del 14.7.1967 del mismo artículo, expresa que los países de la Unión se comprometen a asegurar a los nacionales de los otros países que forman parte de ella, la protección efectiva contra la competencia desleal, sosteniendo en el apartado 2º que "constituye acto de competencia desleal cualquier acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial, expresando el art. 10 ter de la mencionada revisión, el compromiso de asegurar...los recursos legales apropiados para la represión eficaz de todos los actos mencionados. Deben prohibirse particularmente: 1) Todos los actos susceptibles de que, por cualquier medio se establezca confusión con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2) Las falsas alegaciones en el ejercicio del comercio, susceptibles de que desacrediten el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. 3) Las indicaciones o alegaciones cuya utilización en el ejercicio del comercio sea susceptible de que puede inducir

al público a una equivocación sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, posibilidades de uso o cantidad de mercaderías. (Derechos intelectuales, capítulo "La competencia Desleal en América Latina y en otros Países", José Carlos Tinoco Soares, Astrea 4, pág. 136 y sigtes).

No hay en Argentina un cuerpo legal orgánico que se refiera a los actos de competencia desleal. Hay normas directamente aplicables y específicamente referidas a la competencia desleal, algunas provienen del derecho interno, otras del derecho internacional adoptadas como legislación de nuestro país.

La Ley 22.262 de Defensa de la Competencia promulgada el 1.8.80, castiga lo que genéricamente se denominan actos restrictivos de la competencia, que tienen por finalidad el no competir, o competir menos, anulando el accionar del competidor. Si bien se trata de una cuestión diferente, a la competencia desleal, es difícil a veces establecer una línea clara de separación. Esta última implica competir, aunque de manera indebida, es decir protege al competidor; en cambio dicha ley protege como su nombre lo indica a la competencia, es decir, al libre juego de la oferta y la demanda. Como lo señala Jorge Otamendi, en lo mediato ambos regímenes protegen tanto a la competencia, como al competidor y, por último al consumidor, No debe olvidarse que cuanto más perfecta y leal sea la competencia, mayor será el beneficio del público consumidor. Dispone que *"Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general"*.

De acuerdo a esta fórmula amplia y elástica, resulta indiferente que tales actos persigan o no un fin de lucro, toda vez que la finalidad directa no es otra que resguardar el sistema de economía de mercado mediante el mantenimiento de la competencia, lo cual indirectamente protege los intereses de los consumidores, pues la falta de libre competencia agrava la situación de inferioridad en que estos se hallan.

El art. 41 inciso d) de la ley 22.262 es la única norma sobre la competencia desleal: *Serán reprimidos con las sanciones previstas en el art. 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el art. 1 inciso d): Subordinar la celebración de contratos a la aceptación*

*de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden, relación con el objeto de tales contratos .*

Desde el enfoque penal, están los artículos 159 y 289 inciso 1° del Código Penal. El artículo citado en primer término, describe la figura de la concurrencia desleal, castigando actos concretamente orientados a captar la clientela ajena. El art. 9 de la ley 22.802 de Lealtad Comercial hace alusión a la propaganda apta para inducir a error o engañar al consumidor, ya que el bien jurídico que viene a proteger es la lealtad y que esté correctamente informado acerca del producto o servicio que se pone a su disposición.

El delito de competencia desleal es siempre doloso. Consiste en tratar de desviar para sí la clientela de un establecimiento comercial o industrial, que puede ser total o parcialmente ajena. Si el hecho consiste en la captación de la clientela ajena o mejor dicho en intentar desviarla en provecho propio para que la atracción resulte punible, debe ser efectuada mediante los medios comisivos que describe la norma: *maniobras fraudulentas y sospechas malévolas*, la propaganda desleal es la fórmula genérica que debe considerarse inclusiva de las otras dos descripciones, que no son más que ejemplos de ella. Cualquiera medio ardidoso o engañoso, propaganda insidiosa de descrédito, falsas o exageradas afirmaciones o insinuaciones peyorativas o perjudiciales para el crédito del sujeto pasivo. Trátase de delitos pluri-subjetivos, colectivos, o de convergencia que requiere un mínimo de dos coautores, y de convergencia, porque los autores deben obrar concertadamente en común acuerdo, ("Delitos de Deslealtad en el Comercio y la Industria," Guillermo Rafael Navarro, Pensamiento Jurídico Editora).

Desde otro enfoque puede mencionarse la ley 22.362 sobre Marcas y Designaciones y las normas de la ley 24.766 de Confidencialidad.

La reseña informativa que antecede, permite concluir que en la Argentina existen disposiciones legislativas aptas para actuar sobre algunos supuestos de competencia desleal, pero con perceptibles limitaciones.

Algunos autores han querido ver una posibilidad de acción efectiva en base al art. 1109 del Cód. Civil que establece la obligación de reparar las consecuencias dañosas de actos ejecutados con culpa o negligencia. Otros, por el contrario, afirman que la aludida responsabilidad se rige por las reglas de los delitos civiles que el mismo código reglamenta. Estas disposiciones, por lo demás, no son sino la conse-

cuencia del art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni verse privado de lo que ella no prohíbe. De allí que mientras no exista una expresa prohibición civil de los actos de competencia desleal y preferiblemente con un enunciado, aunque sea ejemplificativo, de cuáles son tales actos, la acción civil en el ámbito que nos ocupa parecería chocar en la Argentina, con un vacío legislativo insubsanable con el voluntarismo judicial, (Pedro Chaloupka "La Competencia Desleal en la Argentina, Informe y Propuesta Legislativa, Derechos Intelectuales," Astrea 5, pag. 144).

Adhiero al criterio de quienes no comparten esa interpretación restrictiva y excesivamente formalista, que dejaría impunes una serie de actos indebidos, y que constituyen inequívocamente un acto ilícito. Si bien la ilicitud objetiva extracontractual surge normalmente de una prohibición legal específica referida a situaciones concretas, también puede ser genérica y comprender, por lo tanto, un gran conjunto de acciones, sin descripción particular. Por otra parte, dicho análisis es realizado mediante la confrontación total del ordenamiento jurídico, es decir que son también ilícitas las conductas contrarias a los fines de la norma jurídica al conceder un derecho, o adversas a la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en cuanto importan un ejercicio irregular del derecho subjetivo y configuran así un acto abusivo. En síntesis, la inexistencia de normas legales que específicamente prohíban determinados actos no debe ser óbice para obtener el cese de las conductas indebidas. Se debe recurrir a diversas normas jurídicas, arts. 953, 1109, 1071, 1198 y conc. del Cód. Civil, por cuanto ningún sistema jurídico puede convalidar actos incorrectos, deshonestos que tengan como finalidad el aprovechamiento del esfuerzo de un tercero, para luego usufructuarlo indebidamente en contra del competidor. (Jorge Otamendi, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 3, número 2, octubre 1998, Separata, artículo "La competencia desleal"). Es frecuente que los sujetos perjudiquen a otros con su obrar. En los negocios puede suceder que alguien gane y alguien pierda. En el mercado, quien tiene éxito aumenta su clientela, muchas veces a expensas de otro competidor que la pierde. El derecho no puede reprochar esas ventajas, en tanto no resulten de una violación de la ley, o de una conducta irregular. Pero por ejemplo la obtención de clientela transgrediendo la ley de lealtad comercial, sería ilícita, (arts. 1091 c. civ. 574 y 586 n° 1032 bis y 1744 art. 1093 Cód. Civil).

El ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico, que a diferencia del acto ilícito común, en el cual la

norma legal es transgredida francamente, implica *una violación solapada del ordenamiento jurídico común* (Atilio Alterini, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales," págs. 220, 720 etc.). El abuso, reside en el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo. Atiende a la función social que corresponde llenar al ejercicio de todo derecho, cuyo titular está impedido de desviarlo de ella.

## V. Extensión del resarcimiento

El objeto indemnizatorio del daño es la pérdida de ganancia por pérdida de clientela generado por la pérdida de la clientela. Acreditado el comportamiento doloso generador ha de responderse por los daños materiales que sean consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación, y también por aquellos que sean consecuencia mediata, prevista o previsible del mismo (arts. 901,902,903 y 904 del Cód. Civil), entendiéndose por "consecuencia mediata", aquellas que resultan de la conexión del incumplimiento con un acontecimiento distinto y que han podido perverse (arts. 901 y 904 del Cód. Civil). Debe concurrir un factor subjetivo, el de su previsión o el de su previsibilidad; y otro objetivo, el de su conexión con un acontecimiento distinto. Como señala Isidoro Goldenberg, citando a Bustamante Alsina, "aquí la ligazón con el hecho reputado causa no es directa, porque en la cadena causal aparece aquel interferido por otro hecho que determina, coadyuva, condiciona o es meramente indiferente al resultado" (La relación de causalidad en la responsabilidad civil, pág. 68). También la pérdida de la chance, ganancia posible y frustrada o pérdida ya inevitable, ha sido reconocida como daño indemnizable, por parte de quien la produjo o motivó; es decir cuando el agente, mediante su actuación ilícita, ha roto o interrumpido un proceso que podía haber conducido en favor de otra persona a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño, Si la posibilidad frustrada era bastante fundada, -o sea, cuando más que posibilidad era una probabilidad -, la frustración de ella debe ser indemnizada por el responsable, (Orgaz, "El daño resarcible," pág. 99.- Editorial Bibliográfica Argentina, Bs.As. 1952; "La pérdida de la Chance," Jorge A. Mayo, L.L. 1989-B- 102). En tal caso indemnización es de la chance misma, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o de la pérdida que era el objeto de aquella, ya que lo frustrado es "la chance", la cual, por su propia naturaleza, es siempre problemática en su realización.





## **PRESENTACIÓN EN CONCURSO PREVENTIVO DE UNA (EX) ENTIDAD FINANCIERA.**

JAVIER ARMANDO LORENTE\*

### **I. Introducción**

Siguiendo la saludable tendencia actual que postula ampliar hasta sus últimas consecuencias el espectro de sujetos concursables, este trabajo pretende demostrar la posibilidad cierta que existe hoy día, atento nuestro estado actual normativo y jurisprudencial, de permitir el concursamiento preventivo de un sujeto que con anterioridad a la revocatoria dispuesta por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) tenía por actividad empresaria la intermediación entre la oferta y demanda de dinero.

### **II. Insolvencia de Entidades Financieras<sup>1</sup>.**

A tenor de lo previsto en el art. 8 inc. 3° del Cód. de Comercio y también, principalmente, en el inciso 5° de la misma norma, las entidades financieras constituyen una materia típicamente mercantil. Tanto por ejecutar "operaciones de banco" (inc. 3°) como por aplicación de la noción empresa (inc. 5°) de organización dinámica de bienes y servicios dedicada a la intermediación profesional entre la oferta y

\* Profesor Asistente de D. Comercial II - UCA. Profesor Adjunto de D. Constitucional - UCA.

<sup>1</sup> Aun cuando habitualmente cuando pensamos en entidades financieras en realidad nos vienen a la mente los bancos, sean éstos comerciales, hipotecarios o de inversión (arts. 21 a 23 LEF), lo cierto es que desde una óptica estrictamente técnica, bajo el género entidades financieras se deben agrupar, además de los bancos, algunas otras especies, a saber: las Compañías Financieras (art. 24 LEF); las Cajas de Crédito (art. 26 LEF) y las casi extintas Sociedades de Ahorro y Préstamo (art. 25 LEF).

la demanda de dinero, las entidades financieras están sujetas a la normativa, reglamentos y jurisdicción mercantil (art. 5° Cód. de Comercio).

Consecuencia necesaria de esta primera tesis debería ser que, salvo excepción expresa, la insolvencia de estos sujetos debería ser alcanzada por el ordenamiento falencial ordinario.

### III. Las Entidades Financieras como sujetos concursables.

Resulta evidente que la tendencia de nuestra legislación concursal, en punto a los sujetos comprendidos por los procedimientos y soluciones concursales, transita hacia la omnicomprensión subjetiva como fin natural de la evolución normativa<sup>2</sup>.

En el Código de Comercio de 1862 sólo el comerciante era sujeto pasivo de la quiebra (art. 1511), condición a la que la reforma de 1889 añadió el recaudo de la inscripción en la matrícula de comerciantes (art. 1584) para el caso de moratoria<sup>3</sup>. Las leyes 4156 y 11.719 mantuvieron el mismo criterio limitado: los procesos concursales eran sólo para los comerciantes matriculados. En la norma de 1933 también surgían claramente incluidas las sociedades comerciales (art. 1). Se aprecia, en nuestra "historia" concursal, una tendencia restrictiva en cuanto a los sujetos a los que la ley concursal habilitaba a utilizar los remedios en ella contenidos<sup>4</sup>.

Es recién la ley 19.551, de 1972, la que produce un significativo cambio en la materia, dando los primeros pasos del tránsito normativo hacia una máxima amplitud en cuanto a los sujetos pasivos de los concursos. Esta ley, a la par que confirmó como sujetos concursales al comerciante individual y a las sociedades comerciales, se encargó también de admitir a los deudores civiles (en realidad: no comerciantes)

<sup>2</sup> LORENTE, JAVIER ARMANDO, *Obras Sociales: ¿son sujetos concursables?*, ED. 171-534, comentando el fallo de la CNCom., sala C, 31-10-96, "Obra Social de Artistas de Variedades s/quiebra".

<sup>3</sup> CÁMARA, HÉCTOR, *El concurso preventivo y la quiebra*, Vol. III-A, Depalma, 1989, pág. 153.

<sup>4</sup> Aún siendo cierto que el espectro de sujetos concursables era limitado por aquel entonces, debe destacarse que los bancos, hasta 1935 (ley 12.156) estaban sometidos al régimen concursal como consecuencia, simple si se quiere, de la ineludible calidad de comerciante colectivo que tenían estos sujetos (conf. TONÓN, ANTONIO, *De la liquidación concursal de entidades financieras*, LL 1984-C-860, citado por MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, T° I, pág. 204.

como legitimados para solicitar la apertura de su concurso preventivo y ser declarados en quiebra, aunque el trámite reconocía diferencias menores respecto del previsto para los comerciantes.

A su turno, la reforma concursal de 1983 (ley 22.917), eliminó la "matriculación" del comerciante como así también la "regularidad" de las sociedades comerciales, como recaudos que habilitaran el concursamiento preventivo y/o la quiebra de tales sujetos. Desde entonces el comerciante, matriculado o no como tal, y las sociedades (fueran comerciales, civiles, regulares, irregulares y/o de hecho) son sujetos concursales. Además, la ley 22.917 suprimió toda diferencia entre concurso mercantil y concurso civil, excepto la posibilidad de designación de un síndico abogado en este último, siempre y cuando el no comerciante no contara con estructura empresaria.

Llegados a la ley 24.522, debe decirse que ésta acentuó la tendencia hacia amplitud subjetiva en materia concursal, desde que admitió a las sociedades en que es parte el Estado (nacional, provincial o municipal) como sujetos pasibles de solicitar la apertura de concurso preventivo y/o de ser declaradas en quiebra<sup>5</sup>.

Se ha dicho que el principio de derecho concursal, luego de la reforma de la ley 24.522, es que todo sujeto, persona física o jurídica, es susceptible de ser declarado en concurso (preventivo o liquidatorio)<sup>6</sup>. Sólo se exceptúan de dicho principio general aquellos supuestos expresamente previstos por el legislador.

Teniendo presente entonces este principio general, debemos apuntar que la norma del art. 2º de la LCQ mantiene como excepciones explícitas a las empresas de seguros (20.091), a las mutuales (20.321) y a las

5 Muchas razones se han ensayado para explicar la reforma. Los proyectistas aducen que responde a la actividad comercial realizada por el Estado (RIVERA, JULIO CÉSAR Y VÍTOLO, DANIEL ROQUE, *Comentarios al proyecto de ley de concursos y quiebras*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 12). Por su parte Gebhardt sostiene que la modificación es inmediata consecuencia de la gran cantidad de casos que se verifican en la realidad de empresas con participación estatal en evidente estado de cesación de pagos, y que los acreedores de estos entes tengan un trato diferencial (a veces mejor, pero otras tantas peor) respecto de aquellos cuyos créditos son frente a personas privadas (GEBHARDT, MARCELO, en la actualización de la obra de Santiago Fassi, *Concursos y Quiebras*, 5ª ed., Astrea, 1996, pág. 16). Dos supuestos específicos de sociedades en que participa el Estado, son ahora concursables y no lo eran antes: las sociedades de economía mixta (D-L 15.349/46, ratificado por ley 12.962) y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (ley 19.550, cap. II, secc. VI)

6 Del Dictamen del Fiscal de Cámara, *in re* "Obra Social de Artistas de Variedades s/quiebra", CNCom., sala C, 31-10-96, ED 171-534, con comentario de LORENTE, JAVIER ARMANDO, *Obras Sociales: ¿son sujetos concursables?*

Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (24.241), que por ende no son sujetos susceptibles de presentar concurso preventivo ni ser declaradas en quiebra. Asimismo, el último párrafo “in fine” del art. 2° de la LCQ afirma que tampoco son susceptibles de ser declaradas en concurso las personas “excluidas por leyes especiales”.

Llegado este punto cabe preguntarse: ¿en que situación se encuentran las entidades financieras?

Tres tópicos o interrogantes pueden examinarse.

En primer lugar cabe analizar si, a pesar de no estar expresamente excluidas en el art. 2° de la LCQ, las entidades financieras tienen igualmente vedado el concurso preventivo y/o la quiebra en virtud de alguna “ley especial”.

En segundo término, y en el proceso de investigar si alguna ley especial excluye a las entidades financieras como sujetos concursales, debemos estudiar si tal exclusión es meramente nominal o sustantiva, es decir, si efectivamente la normativa concursal no resulta de aplicación frente al caso de insolvencia de entidades intermedias entre la oferta y demanda de dinero, o bien si sólo algunas normas puntuales de la ley 24.522 son descartadas a la hora de enfrentar la crisis patrimonial de las entidades financieras.

Finalmente, será útil preguntarnos acerca de la prudencia legislativa que rodea a las respuestas dadas a los dos interrogantes anteriores, es decir, si es conveniente o no (actualmente) la solución prevista por nuestro legislador nacional.

### ***1) Las entidades financieras están excluidas de la LCQ en virtud de una ley especial.***

Como dogma inicial, casi de fe, destacamos la existencia de una norma especial que contiene la prohibición de concursamiento de las entidades financieras. Se trata del art. 50 Ley de Entidades Financieras (LEF), texto según ley 24.627<sup>7</sup>.

Esta es la solución que trae la ley especial (LEF), a la que remite el art. 2° de la LCQ, desde 1977, que prohibió a las entidades financieras pedir su propia quiebra y/o solicitar la formación de su concurso preventivo.

<sup>7</sup> **Art. 50 L.E.F.:** *Las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra, ni ser declaradas en quiebra a pedido de terceros, hasta la revocación de su autorización para funcionar, salvo lo dispuesto en el art. 52 de la presente ley.*

Tal parece, entonces, que la LCQ no sería aplicable a los comerciantes o empresarios colectivos que hacen empresa de la intermediación financiera.

## ***2) La inaplicabilidad de la LCQ a las entidades financieras es sólo parcial.***

Suponiendo la certeza de la respuesta al primer interrogante, esto es, que una ley especial (la LEF) excluye a las entidades financieras del régimen concursal común, cabe anticipar que esta exclusión no es total sino parcial.

A decir verdad, es minúscula la porción del ordenamiento concursal general que no es aplicable a las entidades financieras en estado de cesación de pagos. Cada vez menor.

El problema se presenta desde 1935 cuando merced a la sanción de la ley 12.156 (art. 15) se estableció que la liquidación de los bancos quedaba a cargo del BCRA.

Pero la norma no era clara en cuanto a que la liquidación "administrativa" desplazaba a la liquidación "judicial" cuando el banco en cuestión se encontraba en estado de cesación de pagos.

En 1937 la CSJN sentó un principio cuya vigencia actual nos resulta difícil de cuestionar. Entendió entonces que los bancos, estuvieran o no sujetos a un régimen de liquidación administrativa, en caso de encontrarse en estado de cesación de pagos podían ser declarados en quiebra, deviniendo para tal hipótesis aplicable el régimen concursal común, con excepción del art. 90 de la entonces vigente ley 11.719, en lo que refería a la designación de síndico: este debía ser el propio BCRA<sup>8</sup>.

Sin embargo pocos años más tarde, a partir de 1946 (decreto 14.962), se consolidó la posición fomentada por el BCRA: los bancos no podían ser declarados en quiebra, y si algún particular instaba judicialmente la liquidación concursal de un banco, el juez interviniente debía citar al BCRA para hacerse cargo de la liquidación forzosa de dicha entidad<sup>9</sup>.

Pero, como en otros muchos aspectos de nuestro régimen concursal, la norma transitó un camino y la realidad otro diferente: o bien

<sup>8</sup> CSJN, 7-7-37, "Banco Ítalo Español Argentino, LL VII-147, citado por MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, T° I, pág. 205.-

<sup>9</sup> MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, T° I, pág. 205.

coexistían dos procesos liquidatorios (uno judicial y otro administrativo) o bien, y este sistema fue el que a la postre prevaleció, se utilizaba el formato de la liquidación sin quiebra, que en algún caso evitaba los efectos personales de la quiebra (art. 41 ley 11.719) y en otros no (ley 18.061, art. 45 inc. b).

Recién en 1977, con la sanción de la Ley de Entidades Financieras 21.526 (que aunque notablemente “emparchada” es la vigente hoy día), se llegó a un tratamiento unificado de la liquidación de las entidades financieras.

Si de sintetizar aquella situación se trata, he de decir que el régimen concursal (ley 19.551) pasó a ser plenamente aplicable a la liquidación judicial de entidades financieras, excepto en aquellas materias especialmente reguladas en la ley específica (21.526).

Sin perjuicio de los supuestos de liquidación de una entidad financiera por motivos no falenciales, en caso de insolvencia y/o cesación de pagos de una entidad sujeta al control permanente del Estado por su objeto (intermediación financiera), el BCRA estaba facultado a pedir la quiebra de este sujeto bajo el formato de la demanda de quiebra por acreedor prevista en la ley de concursos. Además, siendo que el propio deudor no podía pedir ni su quiebra ni su concurso preventivo, la única hipótesis restante de acceso a un proceso concursal era el pedido de quiebra por un acreedor, y en esta situación el juez debía rechazar la demanda y dar intervención al BCRA (art. 49 LEF)<sup>10</sup>.

Por otra parte, existían múltiples situaciones “menores” que importaban excepciones al régimen concursal general: suspensión de actos de ejecución forzada a partir del pedido de quiebra de la entidad, facultades de administración de los fondos y bienes de la fallida muy superiores a los de un síndico de lista, privilegio para algunos créditos del BCRA, facultad del BCRA para fijar la fecha de cesación de pagos de la entidad, etc.

Y, *last but not least*, el BCRA era necesariamente el síndico liquidador de la entidad financiera en crisis.

En 1982 la ley 22.259 introdujo reformas en la LEF que no modificaron sustancialmente el régimen liquidatorio de las entidades financieras, aunque de algún modo –y de acuerdo a los vientos políticos que entonces imperaban– las facultades del BCRA se vieron reforzadas.

<sup>10</sup> MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, T° I, pág. 208.

Así llegamos a las leyes 24.144 y 24.485<sup>11</sup> de las que resulta que el cese de la actividad de una entidad financiera puede tomar cualquiera de los siguientes cauces: 1) autoliquidación; 2) liquidación judicial y 3) quiebra<sup>12</sup>.

Es obvio que en la hipótesis listada en tercer lugar (la quiebra) el plexo normativo que se ha de aplicar es, en esencia, la ley 24.522, tanto que la demanda de declaración de falencia de la entidad financiera debe tramitarse bajo la forma prevista por los arts. 84 y cctes. de la LCQ.

Aunque no resulte tan obvio ni evidente, la segunda vía (liquidación judicial) también se aproxima notablemente al concurso liquidatorio regulado en la ley 24.522. Si bien el art. 49 LEF establece en el tope del orden de prelación a la propia LEF y en segundo término el régimen liquidatorio establecido según el tipo social adoptado por la entidad financiera (ley 19.550 si Sociedad Anónima y ley 20.337 si Sociedad Cooperativa), lo cierto es que el verdadero régimen general de liquidación de un patrimonio esta contenido en la ley 24.522, por lo que resulta imposible ejecutar un proceso judicial liquidatorio de envergadura (tal como supone una entidad financiera) sin apoyarse en la Ley de Concursos y Quiebras. A decir verdad, se asemeja en forma significativa a la liquidación falencial con continuidad de la explotación de la empresa en quiebra (arts. 189 y sigtes. LCQ), aunque con el norte insoslayable de obtener los mayores recursos tendientes a una mejor y más satisfactoria liquidación de los activos de la entidad. Ciertamente que dentro de esta "continuidad" de actividad no estará incluida la captación de recursos del público, atento que es presupuesto ineludible de tal liquidación la revocación del BCRA para que la entidad opere como intermediario financiero.

Finalmente, y como me propongo evaluar en este trabajo, cabe considerar si la autoliquidación también puede enmarcarse dentro de la ley 24.522, en particular dentro del régimen del concurso preventivo (art. 5 y sigtes. LCQ).

<sup>11</sup> Esta última norma, a su turno, fue también modificada por la ley 24.627 sancionada el 21-2-96, en particular en lo referido a los mecanismos de "exclusión de activos y pasivos", entrega de estos a fideicomisos, y en general los perversos mecanismos de vaciamiento de entidades financieras alentados, diseñados y/o ejecutados por el BCRA.

<sup>12</sup> MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, T° I, pág. 214.

### **3) ¿Es conveniente que la LCQ se aplique integralmente a las entidades financieras?**

Adelanto mi opinión afirmativa.

Los inconvenientes que pueden devenir de aplicar íntegramente el régimen de la ley 24.522 para superar (acordada o liquidatoriamente) la crisis patrimonial de las entidades financieras son infinitamente menos que los desajustes que provocan en nuestro orden concursal las “islas” o excepciones al mismo.

Se trata de verdaderos “fueros” concursales, por aquello que significaron los Fueros de las ciudades españolas durante la multisecular lucha contra el moro.

La regla debiera ser que para cualquier caso de impotencia patrimonial la solución debe buscarse en el régimen concursal general (hoy ley 24.522), evitando los “fueros”, esto es, los agujeros (*fuero-huero-agujero*) que hacen perder coherencia al régimen en su conjunto.

Así, tanto como “filosóficamente” creemos que no deben ser exceptuadas del régimen concursal las entidades financieras, también pensamos que no deben ser excluidas como sujetos concursales las aseguradoras, las mutuales y/o las AFJP.

De cualquier manera, advertimos que esta puede ser una opinión “académica” que no esté corroborada por la “opinión popular”, que parece clamar a gritos que se instalen nuevos y discutibles “fueros” concursales dentro del régimen general, v. gr. clubes de fútbol, etc.

En el marco de las opiniones “académicas”, y para respaldar la percepción que tengo del estado actual de la cuestión planteada, advierto que en el dictamen de la minoría, en el seno de la Cámara de Diputados durante el tratamiento de la ley 24.522, se propuso que aseguradoras y mutuales debieran estar incluidas en este artículo segundo, siguiendo en el punto alguna propuesta doctrinaria (BERGEL, ALEGRÍA). En cuanto a las empresas de seguros, porque su régimen de liquidación conforme ley 20.091 resulta asimilable al procedimiento concursal liquidatorio, tanto de la ley 19.551 como el que determina la nueva LCQ. En cuanto a las mutuales, su expresa inclusión en el régimen de la LCQ vendría a llenar un vacío legislativo en punto al mecanismo de solución y/o liquidación de las crisis de insolvencia de este tipo de entidades.

Además, si nos detenemos a observar que la excepción más notable que antes se hacía respecto de la aplicación de la ley 19.551 a las



entidades financieras, cual era la existencia de un síndico forzoso y oficial (BCRA), fue resuelto favorablemente por la propia legislación que regula las empresas cuyo objeto es la intermediación en la oferta y demanda de dinero en el sentido que el Banco Central de la República Argentina ya no es síndico concursal en la liquidación de las mismas.

#### **IV. El Concurso Preventivo de Entidades Financieras como instrumento de autoliquidación.**

Ahora bien, de sostener que la LCQ debe aplicarse integralmente a las entidades financieras a proponer que estas puedan solicitar la formación de su concurso preventivo hay un largo camino, sumamente sinuoso y plagado de peligros, pero que igualmente me he propuesto transitar.

En primer término propongo que recordemos algo obvio: una persona de existencia ideal en liquidación es susceptible de concurso preventivo por expresa habilitación legal (art. 5 LCQ); y también puede ser sujeto pasivo de concurso liquidatorio, pues al poder solicitar la formación de su concurso preventivo, ello importa un pedido condicional de propia quiebra<sup>13</sup>.

Por un lado la remisión que el art. 5° de la LCQ hace al art. 2° del mismo ordenamiento debería hacernos concluir, en forma sencilla, que las compañías aseguradoras y las entidades financieras, entre otros sujetos excluidos, no pueden recurrir al remedio concursal preventivo.

Sin embargo, la experiencia demuestra que ello no es así de fácil.

Tanto el art. 2° de la LCQ como el art. 51 de la ley 20.091 excluyen de los concursos a las empresas aseguradoras. El caso del concurso liquidatorio (quiebra) aparece como paradigmático, pues más allá de la exclusión legal antes referida, lo cierto es que la liquidación de una compañía aseguradora, en caso de insolvencia de esta última, se realiza siguiendo un procedimiento notablemente similar al de la quiebra prevista en la ley 24.522.

O bien, dicho de otro modo, en caso de "liquidación forzosa" de compañías de seguros (o de entidades financieras) se aplican las reglas de la quiebra, porque son las únicas disponibles<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> CNCom., sala C, 6-7-79, LL 1979-D-166.

<sup>14</sup> VAISER, LIDIA, *Un ex asegurador en concurso preventivo*, ED, 184-590.

Distinta es la situación frente al concurso preventivo, ya que aquí sí la exclusión legal de concursamiento se manifiesta con toda su fuerza. Las compañías aseguradoras no pueden solicitar la formación de su concurso preventivo.

Sin embargo, un sonado decisorio jurisprudencial de primera instancia<sup>15</sup>, facultó el concursamiento preventivo de una persona de existencia ideal que otrora se dedicaba a la actividad aseguradora, so color que la autorización estatal para funcionar como tal había sido revocada, y que por tanto ya no se trataba, en puridad, de una compañía aseguradora, y que por imposibilidad de cumplir el objeto social, había decidido su disolución y liquidación por sus órganos estatutarios (conf. art. 50 primer párr. ley 20.091).

Se hizo mérito también, en el mismo fallo, que el art. 5° de la LCQ permite recurrir al concurso preventivo aún a las personas de existencia ideal en liquidación, de modo tal de evitar la liquidación forzada del activo a través de un acuerdo con sus acreedores.

Como puede observarse, aun cuando en materia de empresas aseguradoras tanto el art. 2° de la LCQ como el art. 51 de la ley 20.091 excluyen expresamente a éstas de concursarse preventivamente, igualmente se ha facultado a una empresa a la que se le había previamente revocado su autorización para funcionar como compañía de seguros a transitar el proceso universal preventivo de la quiebra.

En el caso de las entidades financieras la situación es todavía más favorable.

*En primer lugar porque, a diferencia de lo que ocurre con las aseguradoras, el art. 2° de la LCQ no excluye expresamente a las entidades financieras de la concursabilidad.*

En segundo lugar porque, como veremos, la ley especial no es lo suficientemente clara como para vedar a las entidades financieras la posibilidad de concursarse preventivamente.

Por ello no debe extrañar que en doctrina, ya no en antecedentes jurisprudenciales, se haya seguido similar desarrollo que el habido para compañías aseguradoras en el caso de entidades financieras.

Así, se ha sostenido que bien pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las entidades financieras que han dejado de ser tales para tornarse una sociedad en liquidación. Argumentando para

<sup>15</sup> Juzgado Nac. de Pra. Inst. en lo Comercial N° 3, 6-8-99, "I.A.B. Compañía de Seguros S.A. s/conc. prev.", Rev. ED, 184-590, con comentario de VAISER, LIDIA, *Un ex asegurador en concurso preventivo.*-

ello que la prohibición de concursamiento de las entidades financieras (art. 50 LEF, texto según ley 24.627) no rige en caso de autoliquidación (arts. 50 y 45 4º párr. LEF), por lo que estas personas de existencia ideal en liquidación quedan entonces sometidas al derecho común en cuanto a la posibilidad de pedir la apertura de su concurso preventivo o de ser declaradas en quiebra a pedido propio o de terceros<sup>16</sup>.

A similar conclusión llega BARREIRA DELFINO cuando sugiere que las entidades financieras sí podrían recurrir al remedio preventivo por vía de la conversión de su quiebra en concurso preventivo (art. 90 LCQ), pues el decreto de quiebra presupone la revocación de la autorización. El autor citado sujeta esta ingeniosa posibilidad de acogerse al concurso preventivo a que la entidad resolviera el cambio de objeto social<sup>17</sup>.

Analizando la tesis de BARREIRA DELFINO, otro autor advierte que la misma tiene un inconveniente conceptual. Si se modifica el objeto social de la empresa en quiebra con anterioridad al requerimiento de conversión, ya no se trata de una entidad financiera, sino de una persona de existencia ideal distinta de las reguladas en la LEF<sup>18</sup>. De todos modos, y con esta aclaración, creemos que MARTORELL se inclina por aceptar la concursabilidad de una ex entidad financiera.

A su turno MAFFÍA también destaca la extraña situación que plantea la redacción del art. 50 de la LEF de cuyo tenor literal surge que las entidades financieras sólo pueden solicitar su concurso preventivo después de revocada la autorización para funcionar, o sea cuando ya no son entidades financieras<sup>19</sup>.

De todos modos, y ajustándose a la posición clásica que excluye a las entidades financieras del régimen concursal, formula una inter-

<sup>16</sup> RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, 1996, Tº I, pág. 130.

<sup>17</sup> BARREIRA DELFINO, EDUARDO A., *Ley de Entidades Financieras*, 1996, t. II, actualiz. ley 24.485, EABA, pág. 117, citado por DASSO, ARIEL A. y otros, *Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown*, Ad-Hoc., 1997, Tº I, pág. 101, con opinión contraria, ya que sostiene que el pedido de conversión de quiebra en concurso preventivo de una entidad financiera requeriría, como condición previa, la autorización del BCRA en tal sentido.-

<sup>18</sup> MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, Tº I, pág. 387. Destaco que con idéntico fundamento conceptual (ya no se trataría de una entidad financiera), MARTORELL discrepa también con DASSO (ver nota anterior) en cuanto a que la previa autorización del BCRA carecería de sentido por no estar esa persona sujeta ya al control de dicho organismo.

<sup>19</sup> MAFFÍA, OSVALDO J., *Manual de Concursos*, Tº 1, Ed. La Rocca, 1997, pág. 123.

pretación superadora de la norma del art. 50 de la LEF, sugiriendo que el error deviene como consecuencia de la coma existente entre “terceros” y “hasta”, de modo tal que si ésta no existiera, la norma contendría las siguientes declaraciones: a) Las entidades financieras no pueden solicitar su concurso preventivo ni su propia quiebra; y b) Tampoco pueden ser declaradas en quiebra a pedido de terceros hasta la revocación de su autorización para funcionar.

Concluye entonces MAFFÍA sosteniendo que de esta forma la prohibición para promover su concurso preventivo o pedir su propia quiebra para una entidad financiera es absoluta, en tanto que sólo son susceptibles de ser declaradas en quiebra, a pedido de terceros, cuando ya hubiere sido dispuesta la revocación de la autorización para funcionar como entidades financieras<sup>20</sup>.

En síntesis, la propia entidad se encontraría absolutamente impedida de solicitar tanto la apertura de su concurso preventivo como su propia quiebra.

Más allá de reconocer que la cuestión resulta opinable creemos que resulta posible el concursamiento preventivo de una entidad financiera, tanto por vía de la conversión de su quiebra (tesis de BARREIRA DELFINO) como cuando se encuentre en proceso de autoliquidación.

Para ello hacemos notar, en primer término, que no existe exclusión específica contenida en el art. 2º de la LCQ.

Nos permitimos una derivación hermenéutica: el mencionado art. 2º de la LCQ establece un principio general (todas las personas son susceptibles de concurso), luego ratifica dicho principio con una enumeración de otros dos supuestos también concursables (el patrimonio indiviso del fallecido y el deudor extranjero respecto de sus bienes en el país) para, finalmente, explicitar los casos específicamente excluidos.

El adecuado método normativo expuesto en el art. 2º de la LCQ nos indica, sin posibilidad de error, que habiendo un principio general y excepciones al mismo, estas últimas deben interpretarse restrictivamente en tanto que el primero puede extenderse por analogía.

Hecha esta advertencia preliminar, debemos remitirnos al ordenamiento respectivo para saber si una “ley especial” excluye o no a las entidades financieras de su concursamiento preventivo.

<sup>20</sup> MAFFÍA, OSVALDO J., *Manual de Concursos*, Tº 1, Ed. La Rocca, 1997, pág. 124.

Y entonces reparamos que el art. 50 de la LEF, bien o mal redactado, sí faculta a las entidades financieras (o bien, si se prefiere, a las ex entidades financieras) a solicitar la formación de sus concursos preventivos.

*Dice el primer párrafo de la norma en cuestión que: Las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra, ni ser declaradas en quiebra a pedido de terceros, hasta la revocación de su autorización para funcionar, salvo lo dispuesto en el art. 52 de la presente ley.*

Cabe apuntar, contra la tesis de MAFFÍA, que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria<sup>21</sup>. Cada palabra de la ley debe tener su fuerza y significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada y rechazarse como superflua o sin sentido<sup>22</sup>.

Cabe por cierto ponderar, en el plano de la interpretación teleológica del art. 50 de la LEF, que la exclusión legal se fundaría en la desconfianza que generaría en el público en general que aquellas entidades que se dedican a captar ahorros del propio público puedan recurrir al concursamiento preventivo a pesar de los controles estatales impuestos sobre la actividad específica<sup>23</sup>.

Desde el laboratorio jurídico lo razonable sería que la solución de la crisis patrimonial de este tipo de empresas nunca llegara al estadio judicial y procesal del concurso preventivo. Los severos controles gubernamentales que, al menos en la norma, se aplican a estas empresas son precisamente los que deben anticipar la crisis que puedan padecer, al tiempo de proveer los mecanismos idóneos para superarla.

Sin embargo, nuestra realidad jurídica y económica es muy diferente. El BCRA no controla o lo hace mal, y lo que es peor, cada vez que intenta (suponiendo que lo sea de buena fe) sanear la crisis de una entidad financiera, los resultados son catastróficos.

Ciertamente que los ahorristas, y en general los acreedores de las entidades financieras, estarán mejor protegidos con la simple aplicación de la LCQ, aún para el trámite del concurso preventivo, refor-

<sup>21</sup> CSJN, *Fallos* 150: 150; 192:183; 200:165; 210:531, entre muchos otros.

<sup>22</sup> CSJN, *Fallos* 120:399; 213:413; 311:460.

<sup>23</sup> FASSI-GEHARDT, *Concursos y Quiebras*, Astrea, 5ª edic. actualizada, pág. 19.

zando si se quiere los controles que el síndico debe (debería) ejecutar sobre la concursada, que enmarcando la insolvencia de este sujeto en la liquidación forzosa de sus activos o, pero aún, dejando que el BCRA se “encargue” de arbitrar la solución.

Por cierto que la posibilidad de concursarse preventivamente como medio de autoliquidación supone que esta vía elegida para el cese de la actividad de la entidad financiera (art. 44 inc. a) y b) y art. 45 LEF) haya sido aprobada por el juez interviniente. Recordamos al respecto que la autoliquidación es pedida por las autoridades naturales de la entidad y sólo resulta viable en la medida que existan garantías razonables y suficientes a criterio del juez y previa opinión del BCRA al respecto<sup>24</sup>.

Anteriormente era el BCRA quien, discrecionalmente permitía, si consideraba que existían “garantías suficientes”, que los representantes legales o estatutarios de la entidad llevaran adelante la liquidación. Ahora la LEF pone esa decisión en cabeza del juez interviniente, por lo que el problema se centra en determinar ¿cuáles son esas garantías suficientes?<sup>25</sup>

La noción es de dificultosa aprehensión, pero nos da la idea de una adecuada solvencia de la entidad para hacer frente a su trámite liquidatorio pero también debe evocar una solvencia material, profesional, ética y moral de las personas que integran los órganos de administración o liquidación de la entidad<sup>26</sup>.

Considera MARTORELL que en la práctica, lo determinante es la acreditación de que la entidad posee medios adecuados para afrontar el cumplimiento de los pasivos que produjo su giro operativo y las erogaciones que demande el *iter* liquidatorio<sup>27</sup>.

Es capital comprender que la actitud que adopten los jueces y el propio BCRA en la interpretación del art. 50 de la LEF puede ser fuente de responsabilidad del Estado.

<sup>24</sup> MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, T° I, pág. 214.

<sup>25</sup> PARONETTO, GUILLERMO, en la obra conjunta *Ley 21.526 de Entidades Financieras y leyes complementarias. Contratos bancarios y financieros*, Director Roberto A. Muguillo, Ediciones Fasta, 1999, pág. 86.

<sup>26</sup> C. Apel. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala II, 73-96, “Banco de Coronel Dorrego y Trenque Lauquen S.A. s/liquidación judicial”, expte. N° 95.3434, citado por PARONETTO, GUILLERMO, en la obra conjunta *Ley 21.526 de Entidades Financieras y leyes complementarias. Contratos bancarios y financieros*, Director Roberto A. Muguillo, Ediciones Fasta, 1999, pág. 86.

<sup>27</sup> MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de concursos y quiebras*, Depalma, T° I, pág. 215.

Ello así por cuanto si, como sugiero, el concursamiento preventivo puede ser la vía elegida por la entidad financiera para autoliquidarse, una negativa judicial infundada a habilitar esta vía (o bien una oposición del BCRA de igual naturaleza) puede ser generadora de daños.

Claro está que el órgano de control o superintendencia de las entidades financieras, en ejercicio del poder de policía financiero, puede oponerse a la autoliquidación de la entidad financiera y decidir, en cambio, la liquidación administrativa a cargo de un liquidador ajeno a la entidad (decisión directorial mediante del BCRA decretando la revocación de la autorización para funcionar como entidad financiera) y/o la promoción de un pedido de quiebra en sede judicial para dar el marco procesal a la liquidación forzosa.

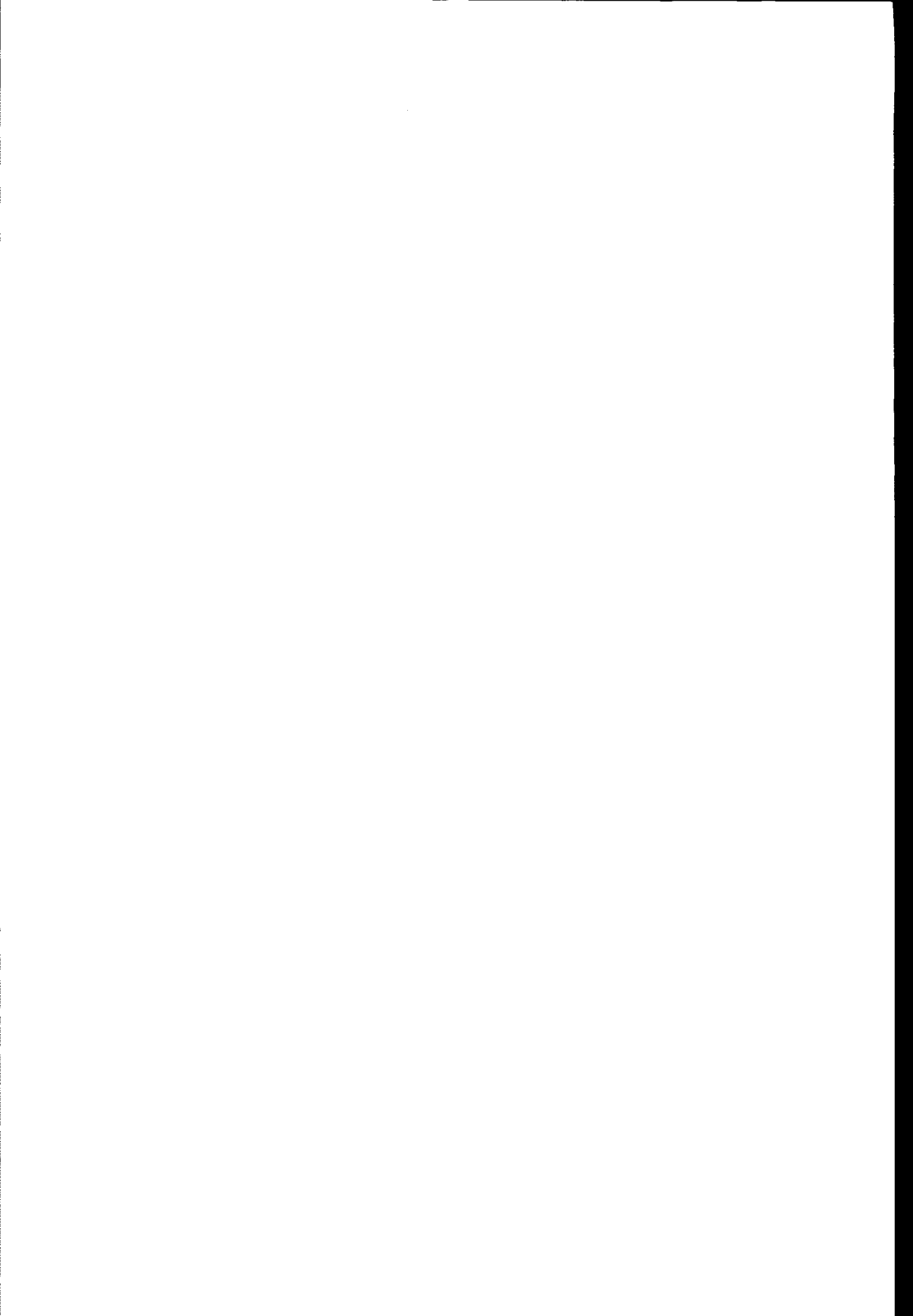
Pero el ejercicio de este poder de policía financiero, como cualquier expresión del poder de policía que ejerce el Estado Nacional en los distintos órdenes, no es omnímodo ciertamente. La limitación a los derechos de los particulares que supone el ejercicio del poder de policía exige que este sea razonable (arts. 14 y 28 Constitución Nacional), por ende, no arbitrario ni lesivo.

Vale destacar que, aún en tiempos recientes, donde es raro encontrar decisivos de nuestro Máximo Tribunal que castiguen algún exceso del BCRA, se ha condenado a este último –en realidad al Estado Nacional– a reparar los daños y perjuicios provocados a una entidad financiera derivados de la oposición ilegítima de dicho organismo a la autoliquidación judicial planteada por la entidad<sup>28</sup>.

A guisa de conclusión dejamos planteado el siguiente interrogante: ¿será el Estado pasible de responsabilidad por su actuación (lícita o ilícita) con fundamento en la negativa judicial a abrir el concurso preventivo de una ex entidad financiera que articula su autoliquidación por esta vía?

Creo que no, pero no está dicha la última palabra.

<sup>28</sup> CSJN, 2-12-99, "Viplan S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/Banco Central", Rev. LL del 7-4-00, fallo n° 100.088.





## LA CONTENCIOSIDAD DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

CLAUDIO A. GALLI\*

### Aproximación al concepto de Jurisdicción

Para DI IORIO el concepto de jurisdicción debe ser entendiendo como el poder-deber del Estado moderno sustentado en su soberanía; es decir, que estaríamos en presencia de un verdadero poder en tanto se manifiesta como la facultad de lograr la sujeción de todas las personas, incluso el mismo Estado, a sus mandatos, con la finalidad de preservar la paz social e impedir que los sujetos tengan necesidad de hacer justicia por mano propia.

Ante esa actividad monopólica por parte del Estado, la Constitución Nacional faculta a los individuos a requerir a los órganos pertinentes la prestación de la tutela jurisdiccional; por ello, al presentarse como el ejercicio de un derecho, importa correlativamente un verdadero deber para el propio Estado. Ese poder-deber del Estado se ejecuta con la finalidad de dirimir o solventar conflictos, los cuales son introducidos por vía de pretensión y con independencia de la existencia de controversia que en ésta pueda o no existir; de ahí, que en nuestro derecho, para que los jueces puedan entender en su carácter de órganos jurisdiccionales, resultará imprescindible la existencia de un conflicto en el caso concreto.<sup>1</sup>

Lo expuesto, si bien resulta sencillo de comprender, a veces puede llegar a ser objeto de confusión, en tanto algunos autores utilizan

\* Profesor Adjunto de D. Comercial II - UCA. Profesor Adjunto de D. Económico III - UBA/CE

<sup>1</sup> DI IORIO ALFREDO, "Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional", ED, 104-1009.

indistintamente los términos conflicto y controversia como si fueran sinónimos, sin advertir que se trata de conceptos diferentes. En efecto, conflicto nos da la idea de choque de intereses, mientras que la controversia es la discusión en sí de ese choque de intereses.<sup>2</sup>

Ahora bien, aplicando lo expuesto a la jurisdicción se advierte que en ella estamos en presencia de un verdadero conflicto, y que el mismo subsiste y es dirimido con independencia de si durante el trámite de la causa tal conflicto es controvertido o no; de manera tal que se puede concluir diciendo que puede existir actuación jurisdiccional aunque no exista controversia, pero no ocurre lo mismo si no existe conflicto.<sup>3</sup>

### **Jurisdicción Contenciosa y Jurisdicción Voluntaria: Concepto<sup>4</sup>**

Los actos judiciales pueden ser de jurisdicción voluntaria o de jurisdicción contenciosa. Los primeros se caracterizan por su fin constitutivo, y en ellos se solicita la tutela jurisdiccional sin que exista un conflicto a dirimir, ni se haya promovido alguna cuestión entre sujetos contrapuestos. Por su parte, la jurisdicción voluntaria tiene como objeto fundamental prevenir lesiones probables a derechos subjetivos.<sup>5</sup>

Tradicionalmente, los jueces cumplen, juntamente con la función relativa a la resolución de casos litigiosos, la consistente en integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas. Estos supuestos han hecho que, ya desde la época del derecho romano, se hablara de dos tipos de jurisdicción; una llamada contenciosa y la otra voluntaria, las que se distinguen, como

<sup>2</sup> DI IORIO, op. cit., pág. 988.

<sup>3</sup> DI IORIO, op. cit., pág. 989.

<sup>4</sup> Diversas circunstancias, dice Alcalá Zamora y Castillo, han contribuido a la imprecisión del concepto de jurisdicción voluntaria (expresión debida a Marciano, Dig. I, 16, 2), y son los siguientes: a) nombre inadecuado, porque no es jurisdicción (ya que en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga los fines jurisdiccionales en sentido estricto), ni es voluntaria (porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los intereses en promoverla tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa, a tal punto que en ciertos casos no se puede prescindir de ella (citado por ALSINA, "Derecho Procesal", Buenos Aires 1957, T. II pág. 432 17/2).

<sup>5</sup> GARCÍA MARTÍNEZ-FERNÁNDEZ MADRID, "Concursos y quiebras", Buenos Aires 1976, T. I pág. 204.

bien lo apunta CARAVANTES<sup>6</sup>, “en que la primera se ejerce “inter nolentes”, esto es, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas; mientras que la segunda se ejerce “inter volentes”, es decir entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una persona a quien importa la práctica de un acto en cuya contradicción no aparece interés de tercero”.

Los actos de jurisdicción contenciosa, que es la jurisdicción verdadera y propia, tienen en mira la obtención de un pronunciamiento que dirima el conflicto u oposición de intereses surgida entre dos o más personas.<sup>7</sup>

La jurisdicción contenciosa presupone siempre dos partes, una de las cuales tiene en expectativa un bien contra la otra, sea ese bien una prestación o un efecto jurídico determinado. Esto no sucede en la jurisdicción voluntaria. En ésta, como lo señala CHIOVENDA<sup>8</sup>, no hay dos partes frente a frente; no existe un bien garantizado frente a nadie, ni una norma legal que poner en actuación contra otra persona; sólo existe una situación jurídica que sin la intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse, o se desarrollaría de manera imperfecta.

Además en la jurisdicción contenciosa, la sentencia que se dicta produce el efecto de cosa juzgada, lo que implica: 1) que las partes no pueden someter nuevamente a la decisión judicial una cuestión ya resuelta; 2) que las partes no puede poner en cuestión la validez del pronunciamiento que se hubiere dictado; y 3) que el juez no puede modificar su sentencia, porque está agotada su jurisdicción. Por el contrario en la jurisdicción voluntaria, el pronunciamiento que se dicte no tiene autoridad de cosa juzgada, por lo que el acto podrá ser revisado nuevamente.<sup>9</sup>

### **Procedimiento Concursal: Su caracter contencioso; antecedentes**

Una vez determinados los principios generales, resulta necesario aplicarlos al tema a cuyo estudio estamos avocados, para poder precisar así la verdadera naturaleza del concurso preventivo.

<sup>6</sup> Citado por PALACIO, “*Derecho Procesal Civil*”, Buenos Aires 1975, T.I. Pág. 299.

<sup>7</sup> PALACIO, op.cit. Pág. 298 N° 60.

<sup>8</sup> Citado por GARCÍA MARTÍNEZ-FERNÁNDEZ MADRID, pág. 204.

<sup>9</sup> ALSINA, op. cit., pág. 432; C.S.J.N., JA T. 18 pág. 791.

En Italia, esta discusión se inició con PROVINCIALI, quien elaboró la concepción procesalista de la quiebra. Este notable jurista sostiene que negar el carácter contencioso del concurso sería negar la existencia misma del conflicto, entendiendo por tal el interés del acreedor a ser pagado y el interés antagónico del deudor a no hacerlo o hacerlo de modo, medida y tiempo distinto, conflicto para cuya solución el ordenamiento jurídico no facilita ningún otro medio fuera del ejercicio de la acción.<sup>10</sup>

Por su parte, esta postura fue negada por otro importante autor italiano como fue FERRARA, quien sostiene que el proceso falimentario está conformado como un procedimiento administrativo, toda vez que el Estado asume el rol de proveer de oficio a la liquidación del patrimonio del deudor y a satisfacer a los acreedores. Hay una actividad sustancialmente jurisdiccional; ella está desenvuelta por la instancia de una actividad administrativa, y esto lleva a la conclusión que en el proceso de quiebra no hay "partes" en sentido formal, si no tan sólo "interesados"; es decir, de un lado estamos en presencia del fallido, que es el sujeto pasivo del desapoderamiento; y del otro, los acreedores, que resultan los beneficiarios del mismo.<sup>11</sup>

Para CARNELUTTI importa un procedimiento de jurisdicción voluntaria, donde el deudor que no puede pagar recurre a la justicia para proceder a la ejecución, evitando situaciones preferenciales de unos a favor de otros acreedores.<sup>12</sup>

Por su parte, ROCCO entiende que el proceso de quiebra debe considerarse como un proceso especial de jurisdicción mixta, en el cual tanto en el comienzo como en el final, continuamente se chocan y se encuentran actividades varias de diferentes sujetos que dan lugar al desarrollo de distintas actividades de contenido e índole diferentes en relación con los fines particulares que se proponen.<sup>13</sup>

PAJARDI desarrolla el concepto de contenciosidad a través de dos ideas: primero, como proceso jurisdiccional y segundo como contencioso.

<sup>10</sup> PROVINCIALI, *"Tratado de Derecho Falimentario"*, Barcelona, 3º ed. T.I. n° 48, 49 y 50.

<sup>11</sup> FERRARA FRANCESCO, *"Il Falimento"*, Milán 1974, 3º ed., pág 70 y 71.

<sup>12</sup> Citado por CÁMARA, *"El concurso preventivo y la quiebra"*, Buenos Aires 1982, T. III, pág. 1442.

<sup>13</sup> ROCCO UGO, *"Naturaleza del proceso de quiebra y de la sentencia que declara la quiebra"*, traducción de Jorge Guerrero, Bogotá 1982, pág. 48 y ss.

Este prestigioso autor considera que el proceso de quiebra es un proceso ejecutivo especial y sostiene que su análisis debe fundarse en dos puntos de vista: los fines del instituto y los medios para alcanzarlo.

Afirma que el fin es la satisfacción de los derechos de todos los acreedores a través de la ejecución forzada de todo el patrimonio del deudor con aplicación de la regla de *par conditio* que es particularmente rigurosa. Así, sostiene que en este proceso jurisdiccional el patrimonio es puesto a resguardo de una posible dispersión en el interés de todos los acreedores. La acción ejecutiva ordinaria frente a los presupuestos objetivos y subjetivos se viste de especialidad.

Considera que la sentencia declarativa de quiebra presenta un contenido constitutivo que, incidiendo profundamente en la entera situación jurídica del deudor y de los acreedores da vida al *status* de fallido e integra eso mismo el título ejecutivo que legitima este proceso ejecutivo. La acción ordinaria es "bloqueada" y no queda sino participar en el proceso ejecutivo concursal.

Por su parte, entiende que la actividad administrativa en la quiebra es una realidad pero no una realidad caracterizante. Es meramente preparatoria e instrumental respecto al fin del proceso de quiebra. Aunque más no sea por exclusión se llega a encuadrar al proceso de quiebra en la jurisdicción. La ejecución forzada del patrimonio es su fin primario e indefectible. Así, concluye diciendo que la naturaleza contenciosa de la quiebra aparece como inevitable y que la sola pertenencia a la categoría de proceso ejecutivo es suficiente para caracterizarla.<sup>14</sup>

GARRIGUES, sostiene que se trata de un procedimiento que no pertenece propiamente ni a la jurisdicción contenciosa ni a la jurisdicción voluntaria: es más bien de naturaleza especial porque no hay partes litigantes más que en los incidentes surgidos al margen del procedimiento principal, y porque el juez desarrolla, junto a una actividad judicial estricta, una actividad administrativa o de dirección, que es la predominante y donde aparece la colaboración de los propios acreedores.<sup>15</sup>

En España, GUASP sostiene que "la quiebra dentro de la ejecución extraordinaria, se perfila como uno de los miembros que la componen, no en la calidad de ejecución extraordinaria singular, sino en la

<sup>14</sup> "Manuale de diritto fallimentare, "Giuffrè", Milán, 1994, 4º edición.

<sup>15</sup> "Curso de derecho mercantil", Tomo V, Temis, Bogotá, 1987, 7ª edición, pág. 7.

condición de ejecución extraordinaria general. La generalidad de la quiebra se desprende de su mismo concepto y se traduce en su esencia como proceso colectivo y universal. La colectividad viene dada por la pluralidad de acreedores que en toda quiebra figuran; la universalidad viene dada por la totalidad del patrimonio sobre que la quiebra recae. Por lo tanto es absolutamente exacto hablar de la quiebra como un proceso de ejecución extraordinaria, caracterizado por la nota de generalidad.<sup>16</sup>

También hay quienes consideran a la quiebra como un proceso “cautelar”, remedio conservatorio de los derechos, reclamando la tutela judicial preventiva contra la insolvencia y fraude del deudor. Ello impide la disipación del patrimonio en detrimento de los acreedores.<sup>17</sup>

Asimismo, en nuestro país se ha planteado esta misma discusión en donde han tenido la oportunidad de expedirse importantes juristas.

FARGOSI, por ejemplo, considera que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>18</sup>. De acuerdo a la doctrina italiana que cita, sostiene que en el proceso que nos ocupa no existen partes, sino “interesados”, y señala que entre deudor y acreedor no hay vínculos directos. Luego, recordando a MICHELI, dice que en el momento que el juez pronuncia su sentencia, no existe ninguna controversia, sino que éste tan sólo determina objetivamente los presupuestos necesarios para el sometimiento del proceso de quiebra, sin que exista un verdadero conflicto entre partes contrapuestas.

CLEMENTE DÍAZ, por su parte, al tratar la clasificación de los actos de la llamada jurisdicción voluntaria, incluye los procesos concursales dentro de los actos de “fiscalización y contralor de los patrimonios liquidables”; y diferencia entre concurso preventivo —que no duda pertenece a la llamada jurisdicción voluntaria— y la quiebra, este “segundo caso podría ser verdaderamente el discutible, porque es indudable que en este aspecto aparecen medidas contra el fallido”.<sup>19</sup>

HALPERÍN, al tiempo de fundar el plenario “Vila, José M. s/ convocatoria”<sup>20</sup> —donde se resolvió que el concordatario una vez publicados

<sup>16</sup> Citado por PALACIO, op. cit., T IX, pág. 208, nota 22.

<sup>17</sup> CANDIAN, “*Sentenza dichiarativa Di Fallimento e Processo Di Fallimento*”, citado por Cámara, op. cit., T. III, pág. 1448.

<sup>18</sup> FARGOSI, “*En torno al carácter contencioso de la convocatoria de acreedores*”, ED 10-299.

<sup>19</sup> DÍAZ CLEMENTE A., “*Instituciones de Derecho Procesal*”, Buenos Aires 1972, T. II, pág. 95.

<sup>20</sup> CNCCom., en pleno, 3.2.65, ED 10-299.

los edictos, carece de derecho a desistir voluntariamente de su pedido de convocatoria— concluye que el concurso preventivo iniciado por el deudor insolvente, tiene como partes a los acreedores e interesa al orden público, por lo que se lo debe centrar dentro de los procesos de jurisdicción contenciosa.

En tal sentido, sostiene que los procesos de jurisdicción voluntaria tienen dos notas características: órgano jurisdiccional y existencia de un objeto jurídico privado sobre el cual se verifica una tarea que no es procesal sino administrativa. Este último elemento no se observa en la convocatoria de acreedores.

### **Nuestra Opinión**

De acuerdo a lo expuesto, se puede advertir claramente la complejidad del tema que venimos tratando; de manera tal que el presente trabajo no tiene por objeto finalizar con la antigua discusión doctrinaria acerca de si el concurso preventivo pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria o contenciosa, sino tan sólo contribuir —dentro de lo posible— a esclarecer esta importante cuestión.

Ahora bien, resulta difícil negar que el concurso sea un instituto procesal que dé origen a un verdadero proceso, ni tampoco puede ponerse en tela de juicio que se trate de un proceso de características especiales, frente a los procesos normales o generales, y también frente a aquellos que se denominan de jurisdicción voluntaria; esto no implica que por medio del procedimiento concursal se persiga una finalidad distinta a aquellos, sino que el proceso que se debe observar para la consecución de sus fines —comprendido en el concepto más general de actuación del derecho—, está regulado de modo diverso y especial.<sup>21</sup>

Como hemos visto, en el caso de los procesos concursales, ha sido históricamente una tentación muy grande encuadrarlos del lado de los procesos “voluntarios”.

En efecto, con tal idea directiva en mente se piensa de la siguiente manera: el desarrollo del concurso preventivo resulta ser un deudor que se encuentra en una determinada situación de hecho (“estado de cesación de pagos”) que, por expresa autorización de la ley peticiona al juez que homologue un acuerdo al cual llega con la voluntad de cierta mayoría de sus acreedores.

<sup>21</sup> Rocco Ugo, op. cit., pág. 46 y sigtes.

Desde este punto de vista, podría sostenerse que no media en este proceso conflicto alguno que el juez deba resolver. Sin embargo, cabe preguntarse ¿hay en el concurso conflicto involucrado o no?; ¿sólo se trata de un deudor que concurre al juez exhibiéndole, en un momento dado, la concurrencia de ciertas voluntades exigidas por la ley y obtiene el beneficio de quita o remisión o cualquier otro por el cual hubiese optado, aprobándolo sus acreedores?; ¿el conflicto sólo se presentaría en las incidencias de admisión de las pretensiones verificadorias al pasivo insolvente?.

Es de hacer notar que en el concurso preventivo no se permite discusión, en la cual el juez deba resolver, sobre la procedencia o no de la demanda.

Ahora bien, ¿cuándo hay conflicto en el proceso?; ¿cuándo estamos en presencia de un proceso contencioso? La respuesta a esta última pregunta, de acuerdo a lo expuesto “supra”, es obvia: cuando hay conflicto.

Si bien, muchas veces se ha negado la existencia de un conflicto real y concreto en los procesos concursales; otras veces se “baja” la idea de conflicto a la de controversia, para concluir que donde no hay controversia, hay jurisdicción voluntaria.

A nuestro modo de ver, y siguiendo con la posición que sustenta ALFREDO DI IORIO, ya citada <sup>22</sup>, creemos que conflicto da una idea de choque de intereses en una determinada situación, mientras que controversia es la discusión en sí de ese choque de intereses, aclarando luego que “la falta de controversia procesal —es decir, la discusión efectiva en el proceso de la pretensión esgrimida— no tiene relevancia a los efectos de caracterizar la jurisdicción”.<sup>23</sup>

Por lo tanto, cabe formularse el siguiente interrogante, ¿existen, pues, conflictos a resolver en los procesos concursales?; ¿quiénes son las partes del mismo?

Creemos que la situación de conflicto en los procesos concursales es insoslayable a la idea misma de concurrencia sobre un mismo patrimonio insolvente.<sup>24 25 26</sup> Pero no es una situación de conflicto como

<sup>22</sup> “Lineamientos de la Teoría General del Derecho Procesal”, pág. 41; “Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional”, ED 104-976.

<sup>23</sup> En apoyo de su posición DI IORIO cita a David Lascano, para quien en conflicto supone un choque de intereses tutelados por el derecho y la controversia un desacuerdo de opiniones que puede faltar en el proceso.

<sup>24</sup> PROVINCIALI, op. cit., pág. 91.

<sup>25</sup> ARGERI, “La quiebra y demás procesos concursales”, T. I, pág. 205.

<sup>26</sup> Comparar con PAJARDI -op.cit. pág. 34- para quien basta con recordar que se está en presencia de un proceso ejecutivo especial para asignarle carácter contencioso.



la que se da en los procesos individuales, como sería un sujeto oponiendo su pretensión a otro, sino que lo que caracteriza al proceso concursal es una situación de conflicto genérica o global, que comienza con la sentencia de apertura del concurso preventivo o de la sentencia que decreta la quiebra.<sup>27</sup>

Dicha situación de conflicto global se presenta, asimismo, en cabeza de diversos individuos que son quienes concurren al proceso a fin de obtener del patrimonio insolvente una suerte de satisfacción — aún parcial— por equivalente de su original acreencia.

Ello ha llevado a sostener que se trata de procesos pluriconflictivos y plurisubjetivos.<sup>28</sup> Lo primero por su objeto, lo segundo por los sujetos comprendidos. Sobre el objeto, destaquemos que, a la par que se busca superar el estado de cesación de pagos, se pretende la conservación de la empresa, la tutela del interés de los acreedores, y hasta cierto punto la tutela del interés de los trabajadores.

Con relación a los sujetos, cabe sostener que en el proceso concursal —en sus variantes de quiebra o preventivo— cada sujeto entra potencialmente en conflicto con el deudor y los demás acreedores por la composición del pasivo y del activo, determinación de la aprobación o no de la propuesta de acuerdo, o distribución del pasivo en su caso. Es decir, en este tipo de proceso —a diferencia de los restantes— existen choques de intereses múltiples dados, generalmente entre el deudor y sus acreedores, acreedores entre sí, deudor o acreedores con terceros o toda clase de enfrentamientos imaginables entre distintos sujetos implicados por la declaración concursal.

No creemos que esta posición se vea afectada por la circunstancia que el concurso aparezca mostrando ciertas características o etapas procesales en las cuales la nota de voluntariedad del proceso aparecen como fuertemente marcadas, v.gr. la aprobación de la propuesta de acuerdo.

Si nos atenemos al razonamiento que esbozamos de los procesos voluntarios, la idea de voluntariedad sigue dando vueltas. Basta para que ello cese con pensar que la situación de conflicto en el concurso subsiste hasta el cumplimiento definitivo del acuerdo.<sup>29</sup> En efecto, es

<sup>27</sup> Por ambos conceptos: DI IORIO, "Teorización general de los procesos concursales", R.D.C.O., páginas 515 y 522.

<sup>28</sup> DI IORIO, "Teorización general...", op. cit., pág. 513; PAJARDI llega a una conclusión similar cuando afirma que estamos en presencia de una realidad compleja, en la cual encontramos una situación plurisubjetiva —caracterizada por relaciones intersubjetivas de solidaridad y de complementación frente a un único sujeto contrapuesto— op.cit., pág. 121.

<sup>29</sup> ALFREDO DI IORIO, "Teorización general...", op. cit., pág. 527.

suficiente el incumplimiento de una de las cuotas concursales para derivar en un proceso de quiebra; o en el inicio del proceso de salvataje según el caso; el deudor sigue cautelado y controlado en su administración y disposición; los acreedores pujando por llevarse la mayor porción posible y los trabajadores por mantener la empresa en marcha y el estado interesado en la continuación de la estructura de producción y esto no hace sino mostrar que la situación de conflicto perduró pese a la homologación del acuerdo. Evidentemente, la situación de conflicto, tal como la delineamos anteriormente, es decir por hecho de la concurrencia de una pluralidad de sujetos sobre un patrimonio insolvente, subsiste hasta que ninguno de dichos acreedores tenga algo que reclamar en ese proceso.<sup>30</sup>

La situación de conflicto también se presenta en el proceso de quiebra, donde la coacción aparece más ampliamente utilizada pues, en este caso, estaremos en presencia de una liquidación donde se llevarán a cabo actos de venta forzada.

Es importante determinar ahora en que momento se produce o se origina el nacimiento del conflicto o choque de intereses entre las diversas partes del proceso concursal.

La doctrina mayoritaria entiende que la contenciosidad del concurso aparece en el momento que se cita a los acreedores por edictos (art. 27), haciéndoles saber la promoción del juicio, la fecha donde deberán ejercer sus derechos presentándose ante la sindicatura, como así también la fecha de la audiencia informativa. De su lado, a partir de la primera publicación se le niega al deudor la posibilidad de desistir a menos que obtenga la conformidad de la mayoría de los acreedores quirografarios que representen el setenta y cinco por ciento del capital verificado (art. 31).

No me parece del todo correcta la posición indicada, en tanto se confunden los términos conflicto y controversia, concepto que como quedó establecido *ut supra*, son completamente diferentes. En este sentido, con la citación de los acreedores tendría nacimiento la controversia, pero no el conflicto, que —a mi juicio— nace con anterioridad.

En efecto, el mismo queda configurado por el mero incumplimiento (fuente de la insolvencia), quedando plasmado con la presentación

<sup>30</sup> Al menos las situaciones de conflictos exteriorizadas en tal proceso; sino piénsese en la situación del acreedor no concurrente que, tras la finalización del concurso, ejecuta al deudor, mas debiendo respetar, por ejemplo, la quita homologada en el proceso colectivo.

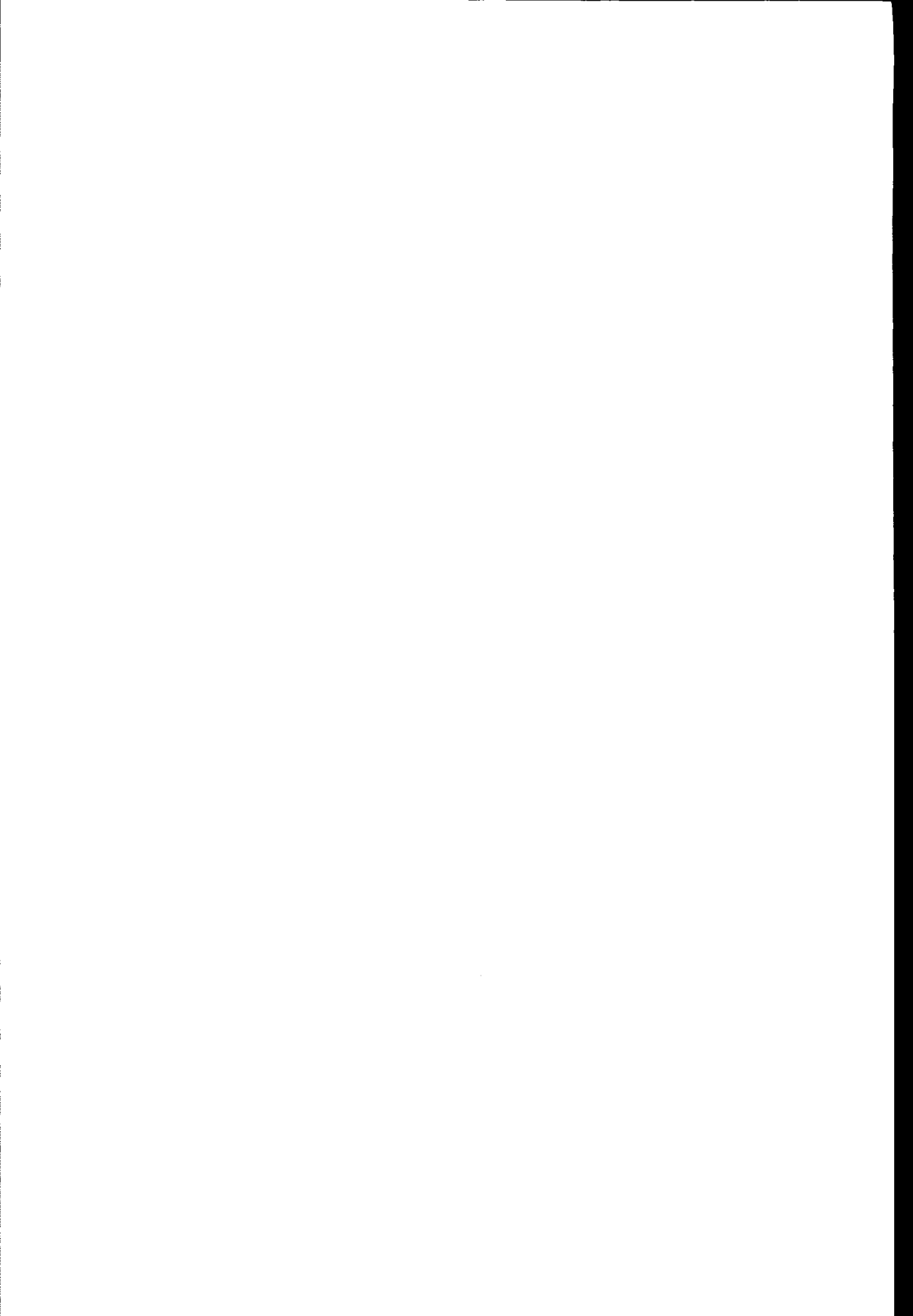
del deudor ante el juez competente (art. 3) Véase, que dicha presentación produce determinados efectos jurídicos, a saber: suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella (art. 20) y prohibición de los acreedores a efectuar pedidos de quiebra, efectos que por su importancia no pueden ser ignorados.

Es decir, como se puede observar la presentación concursal es generadora –en sí misma– de importantes consecuencias respecto de los acreedores. Así, si bien como fue dicho con la publicación edictal tiene nacimiento la controversia, el hecho del concursamiento hace nacer el conflicto entre el deudor y sus acreedores, en tanto dicho acto impide a estos últimos a ejercer sus derechos en toda su extensión y los somete a un proceso con características especiales para poder percibir sus acreencias.

En suma, a nuestro entender, el concurso preventivo pertenece a la órbita de los procesos de jurisdicción contenciosa desde el momento mismo de su presentación, toda vez que el conflicto “inter partes” tiene nacimiento con la interposición del escrito ante el juez competente solicitando los beneficios del remedio concursal. En su caso, y de cumplirse ciertos recaudos exigidos por la ley, aparecerá –luego de la publicación de los edictos– la controversia o el cheque de intereses entre el deudor y sus acreedores.

De su lado, el carácter contencioso es también manifiesto cuando la quiebra se declara a pedido del acreedor. Este pretende percibir su crédito, total o parcialmente, y lo demanda judicialmente, debiendo probarlo, si bien sumariamente. Por su parte el deudor es llamado para “que invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho” (art. 84). Aquí la existencia de conflicto entre las partes intervinientes se advierte patente. El deudor puede, asimismo, pedir revisión de la sentencia verificatoria en un incidente que asegura con amplitud de debate y prueba, discutir los fundamentos de la pretensión esgrimida por el acreedor.

Si bien es menos nítida la naturaleza contenciosa del pedido de quiebra a petición del propio deudor, creemos que participa de los mismos conceptos vertidos precedentemente con relación al concurso preventivo, ya que desde el momento mismo del pedido de propia quiebra se producen ciertos efectos jurídicos respecto de los acreedores, que importan –desde ese mismo instante– el nacimiento de un verdadero conflicto de intereses.



# **PANORAMA DE LA COOPTACIÓN EN EL DIRECTORIO PRIVADO EN EL DERECHO COMPARADO**

MARIANO GAGLIARDO\*

## **I. Preliminar**

La estructura y ámbito de las respectivas competencias en el esquema de la sociedad anónima determinan, en un análisis legal, que la elección de los administradores resulte un cometido de otros órganos de la entidad: a cargo de la sindicatura (art. 258); como competencia de la asamblea general ordinaria (art. 234); y mediando previsión estatutaria puede ser designado por el consejo de vigilancia (art. 281, inc. d).

Existe, sin embargo, un supuesto interesante denominado cooptación, mediante la cual resulta susceptible de cubrirse un lugar disponible en el directorio y cuyo sistema reconoce aplicación en alguna legislación comparada, tal como surge del régimen español que se reseñará.

## **II. Noción**

La cooptación no es una solución de cobertura de cualquier clase de vacantes, sino una técnica sólo para cubrir las efectivamente producidas.

La finalidad específica del instituto, en la estructura legal de los distintos ordenamientos, es la cobertura de las vacantes anticipadas

\* Profesor invitado. Derecho Societario. Posgrado. UCA.

que se susciten en los órganos de administración de la sociedad anónima, con rasgos de excepcionalidad. Y la nota de excepción es que se soslaya la competencia de la asamblea de accionistas o bien del consejo de vigilancia y, en su caso, de la sindicatura en materia de designación de administradores.

El trámite consiste en que el propio consejo atienda provisionalmente la vacante, designando al efecto la persona que ocupará el cargo hasta que se reúna la asamblea, que cubrirá definitivamente la referida función.

### III. Ambito y Aplicación de la cooptación

El órgano colegiado incompleto es una realidad no deseada que ciertos ordenamientos tratan de atemperar y, en particular, la figura analizada contribuye a la rápida solución de los cargos prematuros que se produzcan en el directorio.

Como presupuesto de vigencia de la cooptación debe retenerse en que no basta con la existencia de una pluralidad de administradores; es necesario que la administración de la sociedad se hubiera asignado conjuntamente a varias personas, es decir, a un órgano de administración colegiado.

La cooptación es un instrumento legal que pondera la colegialidad del directorio en orden a las integraciones sobrevinientes.

Constituye una hipótesis de autointegración que se traduce en una facultad para el órgano de administración que ha visto vulnerada su conformación, *a posteriori*, de la elección de los respectivos administradores; de tal modo la facultad de cooptación equivale —como se dijo— a la autointegración.

A raíz de lo expuesto, y con motivo del nombramiento, a partir de su aceptación, es cuando las vacantes que se susciten en el consejo podrán ser integradas por cooptación y debe resultar provista con anterioridad al cumplimiento del plazo para el que fue nombrado el administrador.

Sin embargo, no cualquier cargo puede ser cubierto acorde el instituto de marras.

En efecto, el puesto tiene que haber estado antes provisto y no se puede cooptar para atender las vacantes creadas por modificación estatutaria.

De tal manera que la existencia de la vacante es necesaria, mas no suficiente: un cargo sin integrar está vacante pero la aplicación de la figura exige que previamente haya sido electo por el sistema ordi-

nario. Pueden ser objeto de cooptación las situaciones producidas y no cubiertas de manera voluntaria por la asamblea.

#### **IV. Vacantes que pueden ser provistas por Cooptación**

No existe un límite al número de vacantes a designar según la cooptación; el consejo está habilitado para proceder según su criterio en la provisión de los cargos respectivos, destacándose que en un mismo cargo pueden resultar nombradas varias personas distintas veces. El órgano puede hacer o no hacer uso del citado recurso, total o parcialmente, en las oportunidades que fuere necesario por darse los presupuestos requeridos.

Toda vacante sobreviniente es factible de cobertura por un consejero que será titular de índole interino.

Lo antes expuesto implica una provisionalidad en el cargo, la que debe considerarse esencial, de manera que serán nulas las cláusulas que prescindan o atenúen este rasgo. Y el interinato durará hasta que la primera asamblea se reúna.

#### **V. Quórum u Cooptación**

El consejo sin quórum no puede proceder a cooptar; tiene que constituirse válidamente. Es decir, existe una limitación impuesta por el propio funcionamiento colegiado del órgano de administración: no podría aplicarse la cooptación para considerar un número de vacantes igual o superior a la mayoría del órgano.

La cooptación de la mayoría o totalidad de los puestos del consejo vacantes por decisiones sucesivas, a través de lo que se denomina cooptación en cadena, es afectar la competencia de la asamblea general, lo que es inadmisibile.

#### **VI. Poder Dispositivo y Cooptación**

Los estatutos sociales pueden contener cláusulas que obliguen, limiten, condicionen o eliminen el instituto analizado.

Una alternativa de eliminación es la imposición a los directores subsistentes de la obligación de convocar a la asamblea general, para la elección de nuevos administradores.

Otra modalidad, vía estatutaria, es la previsión de suplentes o sustitutos, cuyas funciones se ejercerán si algún titular se alejase del cuerpo.

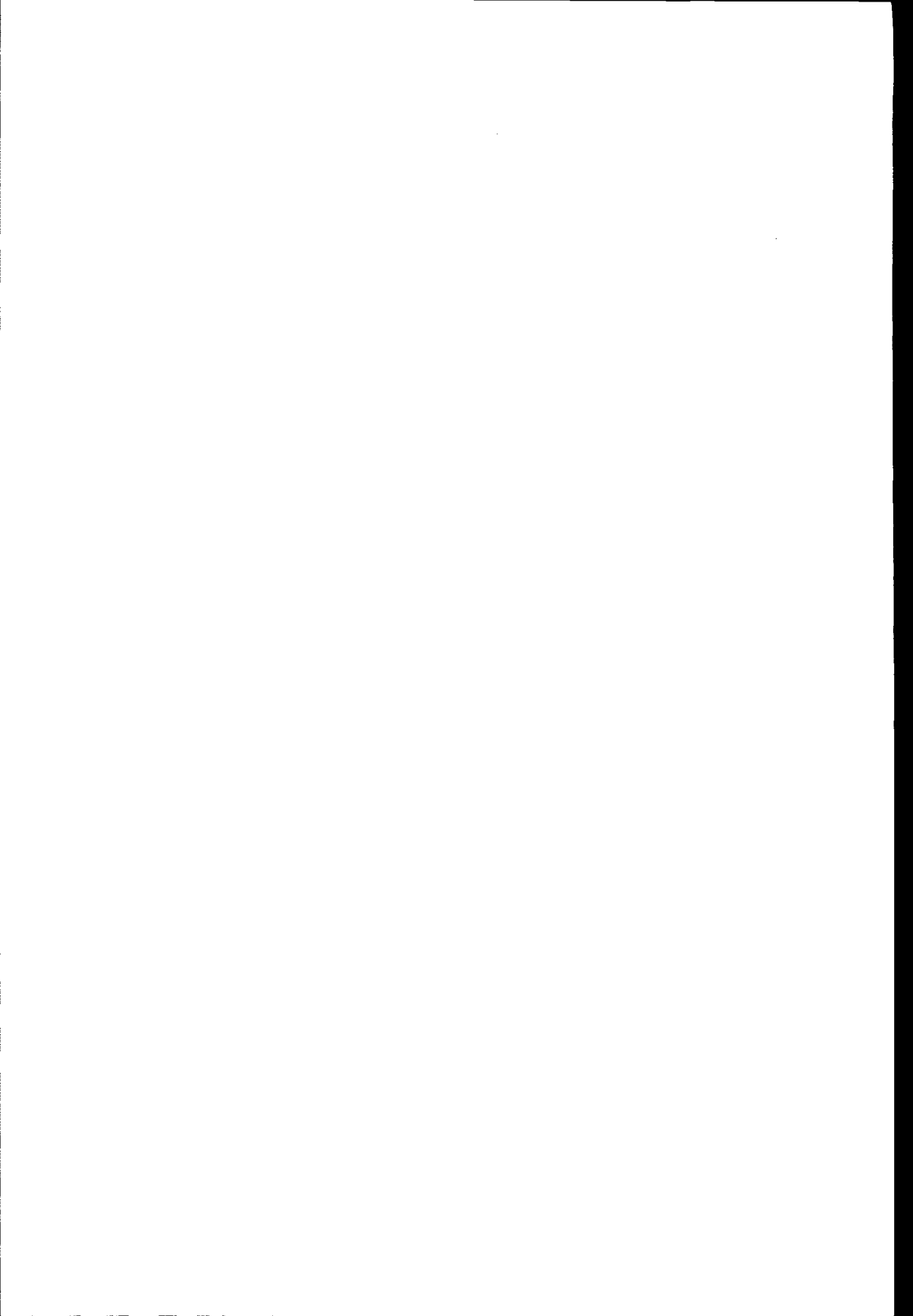
La designación de consejeros suplentes puede combinarse con la cooptación en la hipótesis de haberse agotado el número de suplentes; en cualquier supuesto, la fijación estatutaria del nombramiento de administradores suplentes no excluye la aplicación subsidiaria de la cooptación, pues esta prerrogativa viene reconocida por la ley y no por los estatutos, de tal manera que, agotados los suplentes, la cooptación se aplicaría excepto que los estatutos previeran para tal hipótesis la obligación de convocar a la asamblea ordinaria a fin de nombrar a los respectivos sustitutos.

## **VII. Epílogo**

Se trata de un instituto novedoso en nuestro medio, cuya practicidad, a estar a otros modelos comparados, da cuenta de su efectividad.



## **SOBRE LOS FUNDAMENTOS**



**TEORÍA POLÍTICA DE LA COSTUMBRE  
Y DE LA CODIFICACIÓN.  
MONTESQUIEU Y LA DOBLE CULTURA JURÍDICA  
EN LA ANTIGUA FRANCIA<sup>1</sup>**

PAUL-LUDWIG WEINACHT\*

Así como la lengua francesa emplea la palabra "coûtume" para designar la tradición legal y el derecho consuetudinario, reflejando este doble significado MONTESQUIEU (1689-1755) abordó el estudio "del origen y las transformaciones de las leyes civiles de los franceses" en el libro XXVIII del *Espíritu de las leyes*. De este modo, es oportuno señalar que las costumbres del derecho civil constituyeron una parte integral de su compleja concepción jurídica. Asimismo, cabe aclarar que esta particular concepción —que reflejaba el *doble carácter* de la cultura jurídica francesa—, fue, durante el transcurso del siglo XVIII, tema de discusiones reformistas, primero por parte de la monarquía, y, después, de la república.

Así las cosas, en el curso de este trabajo indagaremos en el concepto de ley sostenido por los hombres de la Ilustración (capítulo I), noción que se erigió en antecedente y en condición previa del posterior desarrollo de la codificación (capítulo II). Sin embargo, y si bien es innegable la necesidad de vincular el desarrollo del último movimiento citado con la cultura jurídica iluminista, también cabe tener en cuenta que MONTESQUIEU, atendiendo a la intervención y a la cooperación de los diversos estamentos en la vida del estado, no dejó de considerar otras posibles alternativas (capítulo III). De este modo, concluiremos el presente estudio resumiendo nuestro análisis sobre la tradición jurídica y la ley escrita desde una perspectiva politológica (capítulo IV).

<sup>1</sup> Traducción del Prof. Dr. Hugo Laitenberger (Universidad de Würzburg).

\* Universidad de Würzburg.

## I. La Ilustración y la ley

1. Entre los hombres de la Ilustración se privilegiaba la razón y la ley, soslayándose el estudio de las antiguas costumbres y de la tradición.

En este orden de cosas, ya en unos escritos de moral redactados por el padre oratoriano Nicole Malebranche (1638-1715) –un contemporáneo de Descartes (1596-1656)-, se percibe la expresión de una versión cristiana de esta tendencia. En efecto, el autor citado sostuvo que para que el hombre pudiese captar el auténtico sentido de las cosas, debía tratar de comprender el mundo tal como lo veía Dios, vale decir, sin seguir el camino señalado por las pasiones y por las tentaciones propias, sino adecuando su perspectiva de acuerdo con lo señalado por la naturaleza de las cosas y las relaciones existentes entre ellas. De este modo, en su *Tratado de Moral* Malebranche llegó a la conclusión de que “aquél que gobierna su amor de acuerdo con sus relaciones, sigue una ley que Dios sigue invariablemente”. Discípulo de los oratorianos, Charles Louis, señor de Montesquieu, trasladó este modelo cosmo-teológico de la buena conducta de la vida a la esfera político-estatal cuando sostuvo que “el hombre ama las leyes de su país, y procede de acuerdo con el amor a las leyes de su país”.

Así las cosas, atendiendo, precisamente, a la citada concepción, MONTESQUIEU desarrolló su famosa teoría en torno a las leyes que rigen el funcionamiento del mundo político-moral.

Sin embargo, ajenos al método sociológico aplicado por MONTESQUIEU, sus contemporáneos sostuvieron que se había limitado a componer una “metafísica de las leyes”. En este orden de cosas, cabe recordar que, en su hora, Johann Gottfried Herder (1744-1803) le reprochó el que no se percibiera en su obra ni la presencia de lo vivo individual ni de lo concreto. Téngase presente, al respecto, que, para el citado filósofo alemán, mientras que “la ley escrita es una sombra, el uso vivo y la costumbre es un cuerpo”, principio que, según el autor alemán, apenas habría sido conocido por un MONTESQUIEU, cuyos raciocinios consideraba afectados por el hecho de ser súbdito de una monarquía absoluta. Así las cosas, Herder indicó, en el curso de un libro destinado a la educación de los pueblos, que en el desarrollo de un estudio político completo, las leyes de una nación debían constituir el capítulo final de dicha indagación, debiendo depositarse una preferente atención en el análisis del espíritu.

Frente a las observaciones de Herder, cabe contestar aquí que, en realidad, MONTESQUIEU no sólo se interesó por el estudio de las leyes, sino también por el de los usos y el de las costumbres. En efecto, al tiempo que el autor de las *Cartas persas* reflexionó respecto de estos últimos, se refirió siempre a la existencia de unos principios superiores —que hacían comprensible la funcionalidad de las costumbres—, concepto que también identificó con la palabra “ley”, como cuando se refirió a las “leyes de la educación”. Respecto de este tópico, cabe recordar, v.gr., que MONTESQUIEU opinó que una de las reglas supremas (*règles supremes*) propias de la educación de las monarquías era que “las cosas que prohíbe el honor se prescriben de forma más estricta cuando *no hay leyes que las prohíban*” (IV, 2).<sup>2</sup>

2. Para MONTESQUIEU, la ley no se agotaba en su función social, sino que era, simultáneamente, “razón” (*raison*) y “relación” (*rapport*), distinción filosófica —y no jurídica— que el pensador francés explicó en el primer libro de *El espíritu de las leyes*.

Aclaremos que la concepción de la ley como “razón” contaba con una larga historia. Sobre el particular, Hans Maier, politólogo de la Universidad de Munich, ha demostrado que en la formación de ella confluyeron elementos grecorromanos clásicos y también cristianos. En lo que se refiere al pensamiento de MONTESQUIEU, recordemos que, para éste, existía “una razón primitiva”, siendo, además, las leyes el resultado de “las relaciones que surgen entre ella y los diferentes seres” (I, 1). Para él, el Legislador del Universo habría obrado en virtud de la razón o de la sabiduría divinas: “las reglas ... que él ha hecho —sostuvo— ... se encuentran relacionadas con su sabiduría” (I, 1). Y lo que era aceptado para el cosmos, también lo era respecto de la esfera de los estados. En efecto, en este ámbito, la razón —vale decir, la razón genérica del ser humano— también se consideraba legisladora. MONTESQUIEU dijo, así, que “la ley, en general, es la razón humana, en tanto que ella gobierna a todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no constituyen más que el caso particular o aplicado de esta razón humana” (I, 3).

En este orden de cosas, aclaremos que, con anterioridad a MONTESQUIEU, se había reservado el concepto de ley, como regla de la ra-

<sup>2</sup> La versión castellana de las citas textuales de *El Espíritu de las Leyes* —indicadas por el autor con números romanos para los libros, y en arábigos para los capítulos— se hace siguiendo la traducción de Nicolás Estevénez y Matilde Huici, Buenos Aires, El Ateneo, 1951 [nota del editor].

zón, a los seres susceptibles de argumentos racionales. De este modo, se consideraba que los animales, las plantas y las cosas inanimadas requerían de otros medios e instrumentos directores. En cambio, innovando en la materia, el pensador francés hizo desaparecer esta distinción, y sostuvo que tanto los fenómenos sociales como los físicos se encontraban regidos por unas "relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas" (I, 1).

En concordancia con este enfoque, a lo largo de los capítulos dedicados al estudio de la relación existente entre las leyes y el clima, MONTESQUIEU aplicó un criterio naturalista. Sin embargo, al abordar el estudio de los valores fundamentales de las sociedades humanas, no dejó de reconocer la libertad del hombre, y abandonó el citado criterio. De este modo, mientras que en el primer caso consideró al hombre como un ser condicionado (*être borné*), que no puede aislarse de su medio, en el segundo lo concibió como un ser moral, sin dudas débil y susceptible de caer en el error, pero también capaz de virtudes.

Aclaremos, además, que, al abordar todos estos asuntos, MONTESQUIEU evitó identificarse con la concepción jurídico-voluntativa de la ley, que predominaba en la literatura filosófico-política de la Ilustración, y de la que doy sólo dos ejemplos. Uno, el de la definición brindada por el Diccionario de la Academia Francesa, de 1695, según la cual la ley era considerada como "una constitución escrita que ordena lo que debe hacerse y que prohíbe lo que no debe hacerse". Otro, el de Rousseau (1712-1778), quien subrayó el aspecto voluntativo de la ley, al afirmar que "si obedezco a la ley, sólo obedezco a la voluntad general, que es tanto mi propia voluntad como la de cualquiera".

3. Para MONTESQUIEU, detrás de las leyes físicas y morales, que gobernaban la vida del hombre, se encontraban las llamadas leyes de la naturaleza. Así las cosas, para él se trataba de una constante antropológica, que no sólo regía en el estado de naturaleza, sino que también resultaba aplicable como regla del estado civil del hombre. Además, según nuestro autor, las leyes positivas y los principios políticos expresamente formulados producían, formaban y conservaban las fases históricas de la sociedad civil, a las que concebía como una especificación de la razón (*raison humaine*) que cabía aplicar al caso histórico en concreto.

Precisamente, como derivación de esta suposición fundamental, desde un principio MONTESQUIEU consideró que cualquier ley y cualquier uso, por incomprensible o repugnante que pudiesen parecer, estaba dotado de una racionalidad interna. Dicha concepción, cabe

aclararlo, empero, no fue inventada por MONTESQUIEU. En efecto, en esta materia lo habían precedido, a comienzos del siglo XVIII, los editores de una obra titulada “El espíritu de la costumbre de Normandía”, escrita por un abogado de Ruan llamado Bertrand Hubin. Según los referidos editores, los argumentos claros y consecuentes de Hubin explicaban convincentemente el sentido y la finalidad del derecho consuetudinario normando. Por otra parte, es probable que el título de la obra de MONTESQUIEU se haya inspirado en el del libro de Hubin, aunque —no está demás señalarlo— la pretensión del primero no se constrictó a retratar el “espíritu de las costumbres”, sino el de unas leyes, que más que circunscribirse a una única provincia, abarcaban la totalidad del reino, y se proyectaban al mundo entero.

Medio siglo más tarde, recurriendo a las enseñanzas de MONTESQUIEU, HEGEL (1770-1831) también explicaría la positividad del derecho a partir de la totalidad de los momentos históricos. Según el filósofo alemán, MONTESQUIEU habría “indicado la perspectiva verdaderamente histórica y el punto de vista auténticamente filosófico, que no consiste en considerar de modo aislado y abstracto la legislación general y sus disposiciones particulares, sino en verlas como una expresión dependiente de una totalidad, relacionada con todas las disposiciones y determinaciones anteriores que forman el carácter de una nación y de una época; porque sólo en este contexto —afirmaba Hegel— reciben su verdadera significación y justificación”.

## II. La codificación y la función judicial

1. Entre el concepto iluminista de ley y la codificación es evidente que existe una línea directa. En este sentido, sin embargo, cabe consignar que cuando Voltaire dijo “¿Queréis buenas leyes? ¡Pues quemad las vuestras y haced leyes nuevas!” sólo se estaba refiriendo a una de las tantas concepciones de ley que compartieron los ilustrados.

Así las cosas, y en cuanto a los modos de proceder a una sistematización del derecho, recordemos que CARL J. FRIEDRICH, politólogo de la Universidad de Heidelberg, ha señalado tres posibles caminos:

El primero de ellos es el que denomina como del “tipo de digesto”, cuyo prototipo es la codificación de Justiniano. Merced a este mecanismo, el derecho existente se recopila y se ordena, sin pretender su transformación ni su renovación.

Por otra parte, y como forma intermedia, Friedrich habla de una codificación “reformadora”, mecanismo al que recurrió el absolutismo

ilustrado, en tanto que aspirante a imponer la unificación, la clarificación y la sistematización del derecho vigente. Este modo de ordenación de lo jurídico –aclarámoslo– consiste en disponer la masa multiforme del derecho vigente de acuerdo con los lineamientos trazados por un sistema de ordenación unitario (como, por ejemplo, el brindado por el derecho natural racionalista). Al respecto, pueden verse ejemplos de este modelo en la concreción del *Allgemeines Landrecht* (Derecho General del País) de los estados prusianos, y en el código diseñado para regir en la monarquía de los Habsburgos.

Finalmente, también puede hablarse de otra forma –más radical y llamativa, aunque menos practicada– de sistematizar el derecho; la misma que, por derivar de la fractura institucional acaecida en Francia a partir de 1789, ha sido bautizada por FRIEDRICH como “revolucionaria”. Así las cosas, inspirada en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” –a la que se consideró, simultáneamente, como símbolo de una nueva fe social, y como instrumento apto para el diseño de la sociedad– con este modelo se tiende a la creación de disposiciones jurídicas nuevas.

Respecto de todos estos modos de ordenar lo jurídico, cabe consignar, además, la posibilidad de combinar las distintas posiciones ideológicas y pragmáticas, tal como se hizo patente con la génesis del código civil francés. Así las cosas, recuérdese que, cuando se proyectó dicho cuerpo legal en 1793, se lo concibió con un claro sentido revolucionario, tendencia que, de haberse concretado en el código que finalmente entró en vigencia en 1804, le hubiese otorgado mayor sentido a las críticas que SAVIGNY (1779-1861) dirigió contra el desarrollo de las codificaciones. Empero, Napoleón, quien colmó el cráter de la Revolución y le dio su nombre al nuevo cuerpo legal, no quiso promover la formación de un derecho radicalmente nuevo, sino que lo que se propuso fue elaborar un cuerpo normativo completo, unitario, funcional y conforme a las necesidades de la época. De este modo, el código que Napoleón terminó poniendo en vigencia constituye un ejemplo de legislación liberal reformadora, pero que simultáneamente resulta deudora de la sistematización del tipo de digesto. En esta combinación estriba, sin dudas, “el secreto de su éxito”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> C.J.Friedrich, “Die ideologischen und philosophischen voraussetzungen der Idee der Kodifizierung”, en *Zur Theorie und Politik der Verfassungsordnung, Ausgewählte Aufsätze*, 1963, pág. 232.



2. Sin embargo, frente a estas diversas formas de sistematizar el derecho también se perfiló una alternativa, resultante de la actividad de los estamentos en los tribunales y, en particular, en las Cortes de Justicia (“parlamentos”). Respecto del particular, cabe consignar que, en el referido ámbito, la práctica judicial permitía las adaptaciones y las sistematizaciones jurídicas que se consideraban necesarias, de acuerdo con lo que se podía esperar bajo el absolutismo.

En este orden de cosas, cabe señalar que MONTESQUIEU, ex-presidente de la Corte de Justicia (“parlamento”) de Burdeos, conocía este tipo de problemas como ninguna otra persona. En efecto, téngase presente que para optar al cargo de juez de dichos parlamentos no sólo debía conocerse la ley escrita positiva, sino también el derecho consuetudinario de las provincias septentrionales y de Borgoña, los usos del derecho local de la Guyena, y el derecho practicado por los jueces de la Corte de Justicia (“parlamento”) de París. Al respecto, cabe recordar, el equilibrio que un funcionario como éste debía mantener, de acuerdo con los requisitos que el tío de MONTESQUIEU exigía de un presidente de tribunal. En efecto, según el personaje recordado, los parlamentos debían ganarse la veneración del pueblo, la alta estima de los grandes y la plena confianza del rey.

Volviendo al estudio de nuestro asunto, digamos que las dificultades suscitadas entre las áreas del derecho escrito y las del consuetudinario eran una cosa, mientras que el compromiso interno entre ambas tradiciones jurídicas era otra. De allí que el hecho de que el tribunal de Guyena funcionase en el ámbito de un área de derecho escrito exigiese contar con un presidente que estuviera en condiciones de distinguir las distintas fuentes jurídicas concurrentes, con el objeto de delimitar su validez, poderlas aplicar a los casos concretos, y hacerlas compatibles con el derecho romano. Así las cosas, desempeñando esta tarea durante varios años, MONTESQUIEU adquirió profundos conocimientos sobre el antiguo derecho francés de índole consuetudinaria.

De resultas de lo dicho, y al tiempo que Robert-Joseph Pothier (1677-1772) propuso la formación de una codificación común para toda Francia, MONTESQUIEU tuvo en vista el logro de un resultado análogo a partir de la continúa actividad de los “parlamentos” (cortes de justicia) en tanto que instituciones de la monarquía estamental. Es que nuestro pensador consideraba que dichas cortes no sólo administraban justicia, sino que contaban, simultáneamente, con otras dos tareas de índole política: una, referida a la conservación de las institu-

ciones y de las leyes fundamentales del reino, y otra, tendiente a garantizar un ejercicio moderado del poder por parte del rey. Así, al igual que POTHIER, MONTESQUIEU se preocupó por lograr una cierta compatibilidad entre las áreas en donde imperaba el derecho romano y aquellas otras en las que regían las antiguas normativas galas. Empero, MONTESQUIEU no insistiría en unificar ambos derechos, y en su gran obra, *El Espíritu de las Leyes*, se propondría, más bien, explicar la función política y social de cada una de las referidas culturas jurídicas. Al fin y al cabo, su objetivo no pasó por redactar un código común para los franceses, sino en obtener la formación de una jurisprudencia que permitiera articular ambas tradiciones jurídicas.

### III. El derecho y sus orígenes

Todavía en el siglo XVIII, los elementos jurídicos consuetudinarios integraban el derecho civil de determinados territorios de Francia. Tal, por ejemplo, el caso de Normandía. Al respecto, cabe señalar que, en un sentido amplio, se entendía por derecho consuetudinario todo antiguo uso jurídico respetado por los habitantes. “La costumbre —se afirmaba contemporáneamente— es aquella parte del derecho civil que se llama derecho no escrito; con este término se define un uso observado durante un largo espacio de tiempo por el pueblo”<sup>4</sup>. Señalemos, además, que este amplio sentido del término concuerda con las concepciones actuales en la materia, en virtud de las cuales se entiende por derecho consuetudinario aquél que no debe su existencia a un procedimiento formal de legislación, sino que es “válido en virtud de su duradero ejercicio y en virtud de la convicción de que su observación o aplicación es jurídicamente necesaria”<sup>5</sup>. Aún hoy, sin embargo, todavía constituye materia de controversia si esta validez se funda en el contenido del mismo derecho, o si se deriva de la autoridad del Estado (sea de forma indirecta, vale decir, como expresión de una tolerancia tácita, o sea de un modo directo, merced a un reconocimiento formal y expreso).

Veamos, ahora, cómo fue que MONTESQUIEU se refirió a los orígenes del derecho, a las características de las normas consuetudinarias,

<sup>4</sup> B.Hubin, *L'Esprit de la coutume de Normandie avec un recueil d'arrêts notables du même Parlement*, Rouen, 1720, pág. 1.

<sup>5</sup> R.Dreier, artículo “Gewohnheitsrecht”; en *Staatslexikon*, 1986, vol. 2, pág. 1059.

y qué observaciones hizo sobre las relaciones entre éstas y la cultura jurídica de raigambre romanista.

1. Cabe decir, así, que el siglo V d.C. constituyó una época particularmente interesante para indagar en la historia del derecho francés, ya que, por aquel entonces, varios pueblos germánicos, cada uno dotado de costumbres jurídicas propias, invadieron unas Galias que hasta esa época habían permanecido incorporadas al mundo del derecho romano (al respecto, téngase presente el contenido del *codex teodosianus*). En efecto, mientras que el norte fue invadido por los francos, los visigodos, ya establecidos en España, gravitaban por el sur, y los borgoñones hacían lo propio por el oriente. De este modo, estos territorios vieron nacer culturas jurídicas diferentes, destinadas a sobrevivir hasta finales del siglo XVIII: al norte, "la France coûtumière", el país del derecho consuetudinario; al sur y al este, el país del derecho escrito, de raigambre romanista.

Así las cosas, MONTESQUIEU nos propone una serie de explicaciones en torno al nacimiento y a la conservación de esta doble cultura jurídica. Según él, el derecho de los francos (ley sálica) prevaleció en el norte debido a que a la población indígena se le había dado la posibilidad de optar por él, y porque dicho ordenamiento parecía ofrecer ciertas ventajas en comparación con el código teodosiano (dictado por Teodosio II, 401-450). En cambio, la situación fue diferente en la parte visigótica de las Galias y en España. Allí, los nuevos dominadores siguieron aplicando su propio derecho, el mismo que, por disposición de Eurico, fue redactado por escrito, mientras la población indígena quedó sujeta a una compilación que combinaba disposiciones del código de Teodosio con otras del Breviario de Alarico, dictado en 506. Dado que aquí el derecho romano, comparado con el gótico, no comportaba desventajas para la población nativa, siguió vigente, y pronto dominó al país entero. Por otra parte, tampoco el derecho borgoñés de Gondebaudo se reveló ventajoso para los naturales, razón que motivó que el derecho romano también fuese conservado en el oriente francés. Así las cosas, el edicto de Carlos el Calvo (840-877), promulgado en Pistes en 864, atestigua cabalmente la división de Francia en dos áreas jurídicas (una de derecho escrito, y otra de derecho consuetudinario).

2. La idea de que había que aprender de la historia encontró una amplia aceptación en el pensamiento jurídico tradicional. En este sentido, para MONTESQUIEU la profundización en el derecho político fran-

cés presupuso conocer su historia, y, en el caso que correspondiese, las leyes y los usos (*les lois et les moeurs*) de los pueblos germánicos.

De este modo, a partir del libro XXVIII de su obra, MONTESQUIEU indagó en el origen germánico del derecho civil francés. Así, el lector del *Espíritu de las Leyes*, que todavía puede tener frescos los pasajes del libro XI, en el que su autor se refirió a la constitución libre de Inglaterra, se encuentra con el estudio de los orígenes germánicos del señorío feudal.

Ahora bien, ¿qué significa este origen germánico del derecho consuetudinario? Veamos lo que sostiene MONTESQUIEU, remitiéndose a Tácito: según él, cabía remontar el origen de la constitución libre de Inglaterra a los bosques de Germania (XI, 6). De un modo concordante, en el libro XXVIII, refiriéndose al derecho personal de los germanos, añadió: “encuentro el origen de esto en las costumbres de los pueblos germanos, que se hallaban separadas unos de otros por marismas, lagunas o selvas; César nos dice que su gusto era vivir aislados. Lo que les hizo reunirse fue el espanto que les inspiraba Roma; y una vez reunidas todas aquellas naciones, cada hombre era juzgado por los usos y reglas de la suya”. Luego, MONTESQUIEU da una interpretación política de este hecho: “la patria era común, pero cada pueblo era una república particular” (XXXVIII, 2). La concepción personal de las leyes estaba, pues, viva entre ellos, mientras permanecieron en la Germania.

En definitiva, de acuerdo con MONTESQUIEU había que abrir la tierra en profundidad, para llegar a las raíces del viejo roble de la tradición jurídica.

3. Hasta el siglo XVIII incluido, y si bien se trata de una distinción para entonces anticuada, el derecho romano se diferenciaba, en su condición de normativa escrita, del de los bárbaros, al que se consideraba como no escrito o de raigambre consuetudinaria. Así, el primer párrafo del libro sobre las costumbres (XXVIII, 1) empieza por constatar que los francos, apenas llegados a las Galias, hicieron poner sus leyes sálicas por escrito en lengua latina. Otros pueblos germánicos también promovieron lo propio. Sin embargo, esta transmisión del derecho mediante la escritura se habría perdido en el caos del siglo X: “Así como al establecerse la monarquía se pasó de los usos germánicos a las leyes escritas —apuntaba MONTESQUIEU— se volvió a pasar algunos siglos después de las leyes escritas a los usos no escritos”. Por otra parte, para el abate de Fleury (1640-1723) esta pérdida de la tradición escrita hacia el año mil significó un paso capital en la

formación del antiguo derecho francés, mientras que la recuperación de la cultura jurídica literaria fue otro tanto respecto del nuevo derecho galo.

4. Según MONTESQUIEU, una cabal comprensión de los usos jurídicos exigía, como condición previa, entender la situación en la que éstos funcionaron; vale decir, darse cuenta de los motivos que los provocaron y los objetos a los que respondieron, saber quién los aplicó (jueces del pueblo o profesionales), qué intereses sirvieron, conocer, en definitiva, las transformaciones sociales y políticas que influyeron en ellos, y las consecuencias que motivaron. Partiendo de esta perspectiva, el derecho romano y el consuetudinario tienden a aproximarse, sobre todo si se tiene en cuenta que Felipe el Hermoso (1285-1314) puso en vigencia el derecho romano bajo la forma del *Corpus Iuris*, autorizando, de esta forma, la invocación de una fuente suplementaria de derecho (*raison écrite*) para el mismo territorio del derecho consuetudinario (XVIII, 42).

De este modo, los pares (*pairs*) y los corregidores (*baillis*) fueron quienes ejercieron la justicia. Mientras que los primeros juzgaban según la costumbre de su dominio (*sire juge*), los segundos, por su parte, recurrían al auxilio de los hombres sabios, de cierta edad, que conocían la tradición local. Ninguno de estos dos procedimientos exigía estudios previos ni el uso de la escritura. Sin embargo, con la introducción del derecho romano escrito, y con la paulatina aparición de juristas técnicos, el tiempo de los jueces nobles, reacios al estudio y dotados de escasas letras, llegó a su fin. La administración de justicia pasó, entonces, a manos de tribunales integrados por corregidores, quienes se hacían ayudar por los clérigos. Así las cosas, la eliminación de la antigua clase de jueces se produjo sin expreso mandato de la ley, por la pura necesidad de las cosas (“no podían subsistir con las mudanzas que ha traído el curso de los tiempos”, diría MONTESQUIEU, XXVIII, 43).

5. Más adelante, durante el reinado de Carlos VII (1422-1461) y de sus sucesores, el derecho consuetudinario de cada provincia adquirió las siguientes características: se fijó por escrito, se generalizó, y fue legitimado por la autoridad real (XXVIII, 45). Al respecto, MONTESQUIEU refiere que este derecho consuetudinario no fue autorizado, sino que se lo reconoció como válido, distinción que nos resulta familiar atendiendo a la manera en que los iusnaturalistas fundan los derechos primordiales. En el caso del derecho consuetudinario, que en el fondo no necesitaba de una positivación, sino más bien una es-

tandarización, estas confirmaciones significaron que, en caso de conflicto entre positivaciones anteriores y posteriores, se produciría la situación siguiente: las más antiguas y no confirmadas deberían ceder el paso a las confirmadas más recientemente (*lex posterior derogat legi priori*).

Al efectuar las indagaciones mencionadas, MONTESQUIEU actuó como un sociólogo objetivo e imparcial, que, compartiendo los valores de la sociedad ilustrada, no evitaba condenar, con decisión, ciertos usos jurídicos que consideraba injustificados. Sin embargo, también se desempeñó como un historiador, capaz de relativizar usos repugnantes, recurriendo para ello a las concepciones jurídicas más antiguas (*la jurisprudence de ces temps-là*). De este modo, mientras que otros se limitaban a condenar, en algunos casos consideró prudente la aplicación de un derecho injusto. Tal, v.gr., el caso del duelo.

En su conjunto, MONTESQUIEU enjuició positivamente la evolución del antiguo derecho francés, impulsada por Luis IX el Santo (1226-1270), Carlos VII y Felipe el Hermoso. De acuerdo con su criterio, las costumbres bárbaras habían sido corregidas, y la validez de los usos se había generalizado en las provincias (XVIII, 38). Para emitir este juicio de valor, MONTESQUIEU se basó en consideraciones relativas al orden público, a la seguridad y a la propiedad de las personas, y en lo que le parecía lo *más natural y razonable*.

Otorgándole más atención al espíritu de las leyes que a las prescripciones particulares, MONTESQUIEU abrió una vía cabal para recurrir al estudio del derecho comparado. De este modo, frente a la pregunta de cuáles leyes eran las mejores —si las inglesas o las francesas—, respondió que éstas no podían ser juzgadas aisladamente, sino que se las debía interpretar como integrantes de un conjunto (XXIX, 11).

De este modo, junto con el honor, la libertad, la prudencia moral y la moderación, sus principales criterios para la apreciación de una ley pasaban por la consideración de la equidad, de la razón y del buen gusto. Se trataba, evidentemente, de virtudes propias de la sociedad aristocrática, las mismas que, de acuerdo con nuestro pensador, debían adornar simultáneamente al juez y al legislador. Al respecto, MONTESQUIEU llegaría a confesar: “me parece no haber escrito esta obra sino para probar [...que] el espíritu de la moderación debe ser el que inspire al legislador; [porque] el bien político, lo mismo que el bien moral, está siempre entre dos límites” (XXIX, 1).

#### IV. Leyes y costumbres. Una diferenciación politológica.

1. Indudablemente, en la Francia del siglo XVIII un jurista no podía limitarse a conocer la legislación real o el derecho romano, sino que también debía tener en cuenta lo acontecido en el norte del reino, donde imperaba el derecho consuetudinario. Así las cosas, la existencia de una Francia en la que regía un derecho escrito, y de otra, en la que se aplicaban las antiguas costumbres, no aparecía a los ojos de MONTESQUIEU como ningún mal que abolir o modificar, sino, por el contrario, como una estructura jurídica adecuada para una monarquía moderada y, además, como una prueba de su racionalidad. Es que durante el Antiguo Régimen se consideraba que la unidad y la diferenciación podían ir de la mano, tal como lo demostraba el ejemplo del imperio chino, donde los chinos eran gobernados de un modo y los tártaros de otro, y, sin embargo, el pueblo en su conjunto aspiraba a la tranquilidad pública como no sucedía en ningún otro país de la tierra. Así las cosas, como corolario, para MONTESQUIEU surgía una evidente regla de prudencia: "Si los ciudadanos acatan las leyes y las cumplen —decía—, ¿qué importa que [éstas] sean o no sean las mismas?" (XXIX, 18).

2. Nuestro autor había visto que las diferencias estructurales entre la ley, de ascendencia burguesa, y la costumbre, de raigambre noble, podían dar lugar a condicionamientos mutuos: las leyes se hacen (*son établies*), las costumbres, en cambio, son inspiradas (*son inspirées*); las primeras son asunto del legislador, las segundas lo son del pueblo (*la nation*); las primeras existen para dirigir a los ciudadanos, las segundas para guiar a los hombres. Por lo tanto, si el legislador se atiene a las buenas costumbres, la moral y el derecho —y, por ende, los estamentos de la antigua sociedad— permanecerán en concordia.

Ahora bien, así como para MONTESQUIEU existían sistemas políticos integrados principalmente por el derecho escrito, como en el caso de las repúblicas y de las monarquías moderadas, también se daban otros sistemas integrados exclusivamente por las costumbres, como en los despotismos. En este último caso, las costumbres lo eran todo. Empero, en el caso de las primeras, las costumbres estaban lejos de no ser nada: "así como las costumbres de un pueblo esclavizado son una parte de su esclavitud —afirmaba—, las costumbres de un pueblo libre son parte de su libertad" (XIX, 27).

3. MONTESQUIEU sabía muy bien que tanto las cortes de justicia (parlamentos) de las provincias francesas como la de París, desempe-

ñaban, desde la época de Luis XIV (1638-1715), una función política originalmente reservada a los Estados Generales. En efecto, aquéllas actuaban como guardianes de la constitución del reino, y funcionaban como instancias de control (*corps intermédiaires*) contra el capricho de las provincias y la altivez de la corona.

La antigua Francia, pues, no tenía nada que envidiar a Inglaterra, ya que frente a su sistema de separación de poderes podía oponer algo igualmente valioso. Al respecto, los paralelismos resultaban, por lo demás, evidentes. De este modo, si el “hermoso sistema de la libertad” inglés provenía de los bosques de la Germania, lo mismo podía aplicarse para la nobleza de Francia y el derecho consuetudinario francés. En el mismo sentido, si la moderada constitución monárquica inglesa se basaba en el principio de la separación y de la distribución de los tres poderes entre titulares socialmente diferenciados, en la Francia de MONTESQUIEU el equilibrio se construía a partir del simultáneo protagonismo de instituciones de diferente origen estamental; vale decir, la corona y las cortes de justicia. En efecto, estas últimas no sólo no eran inoperantes, sino que, además de la aplicación de la ley, asumían, para el bien del reino, la expresa tarea de diseñar las articulaciones necesarias entre el derecho escrito y el consuetudinario, favoreciendo su evolución. Así las cosas, inspirándose en el espíritu de honor aristocrático y en la moderación, los parlamentos aseguraban —de forma parecida a los cuerpos legislativos ingleses— la plena vigencia de la propiedad y de las libertades de los súbditos.

4. Queda claro, pues, que si la mayor parte de los hombres de la Ilustración consideraron que la ley general y abstracta era el principio que debía guiarlos en la construcción de una vida libre y conforme a la razón, MONTESQUIEU sostuvo que “había razón” en las cosas mismas, en la historia y en la tradición, en los usos y en las costumbres.

La explicación de esta razón inherente a la realidad quedó, empero, reservada a hombres del siglo XIX, como un HEGEL y también como un TOCQUEVILLE (1805-1859), a quien le cupo hacer las veces de una especie de MONTESQUIEU de la democracia norteamericana.

## **Leyes y derecho de la antigua Europa.**

### **Referencias bibliográficas:**

L. BOULLENOIS, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, París, 1732.



A.BÜRGE, *“Das französische Privatrecht im 19 Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus”*; Ius Commune, vol. 52 (1991).

B.DÖLEMEYER Y D.KLIPPEL [eds.], *“Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit”*; *Zeitschrift für Historische Forschung Beiheft*, 22, Berlín, 1998.

C.J.FRIEDRICH, *“Die ideologischen und philosophischen Voraussetzungen der Idee der Kodifizierung”*; en *Zur Theorie und Politik der Verfassungsordnung, Ausgewählte Aufsätze*, 1963.

CH.GIRAUD, *Précis de l’ancien droit coutumier français*, París, 1975.

B. HUBIN, *L’Esprit de la Coutume de Normandie avec un recueil d’arrêts notables du même Parlement*, 3ra. ed., Rouen, 1720.

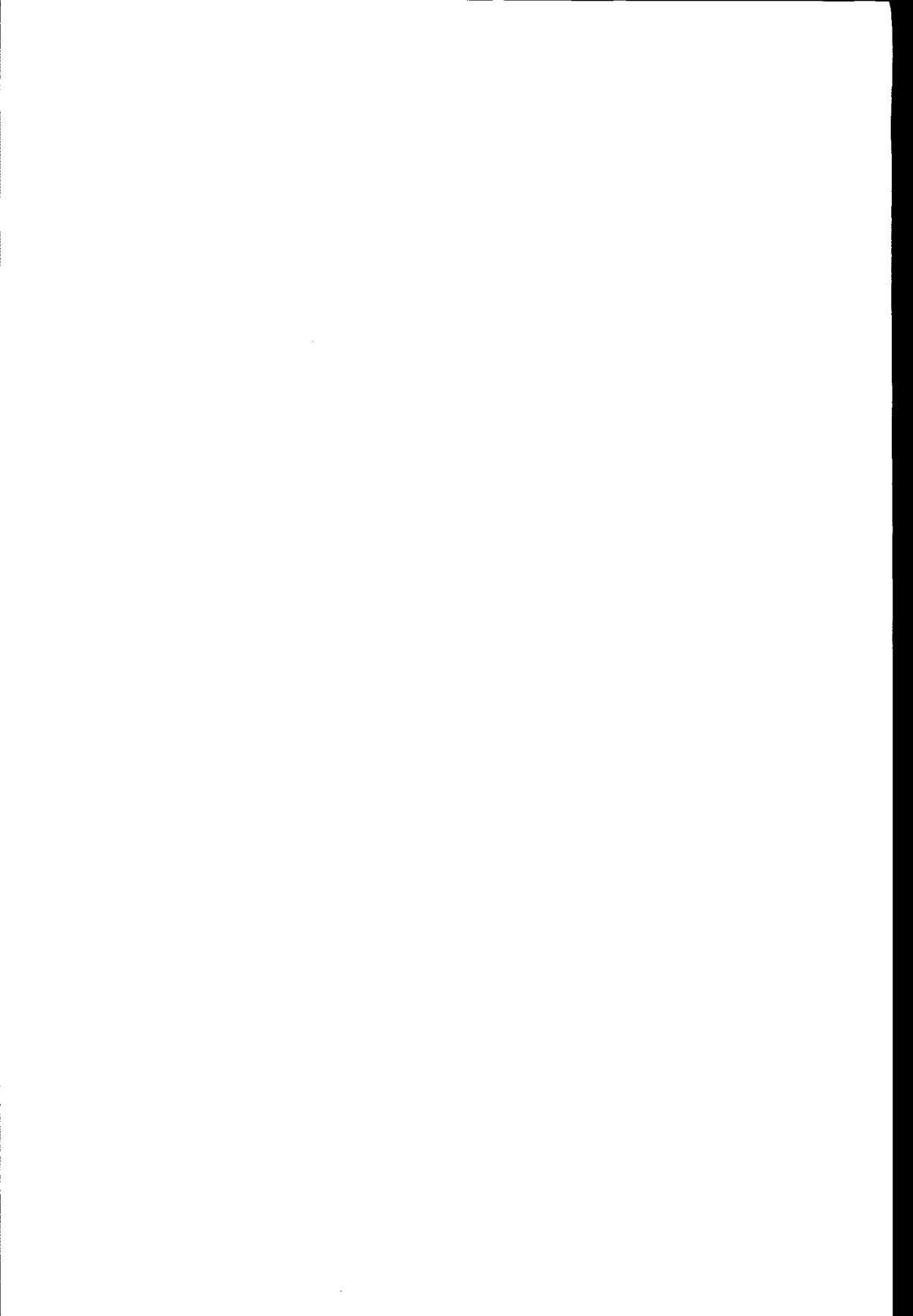
P.OURLIAC Y J.DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, 2 ts., París, 1957-1961.

P.OURLIAC Y J.L.GAZZANIGA, *Histoire de droit privé français de l’an mil au Code Civil*, París, 1985.

A.PIRET, *La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, París, 1937.

F. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsere Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814 (reedición de 1967).

R.SHACKLETON, *A critical biography*, Oxford, 1961.



## LAS CERTEZAS DEL SENTIDO COMÚN Y LOS CARACTERES ESENCIALES DE LA PENA

MAURO RONCO\*

### 1. Universalidad del Derecho Natural de Gentes.

En muchos pasajes de su obra Gianbattista Vico se opone a las opiniones de Hobbes, Grocio y Pufendorf, agregando a los estudiosos de su tiempo un fundamento y un camino de búsqueda enteramente diverso respecto de aquéllos que la filosofía y la ciencia del derecho habían seguido en la época de la modernidad sobre la senda de tales autores.

Particularmente instructiva entre muchas, aparece la observación que Vico hace a Grocio en el Libro I Sección IV (Del método) de la "Ciencia Nueva Segunda", donde, remarcada la actitud del autor de *De iure belli ac pacis* a combatir a los jurisconsultos romanos casi a considerar cada singular perfil del derecho natural de gentes, concluye críticamente que, sin embargo "...*todos los ataques*" de Grocio "*caen en el vacío, porque aquéllos establecieron sus principios de lo justo sobre la certeza de la autoridad del género humano, no sobre la autoridad de los eruditos*".

Es posible comprender el significado y el alcance de la crítica hechas de Vico a Grocio solamente teniendo en cuenta que el fin de la obra del gran autor napolitano fue de encontrar en la historia de la humanidad el hilo que enlaza la prueba filosófica con la prueba filológica, esto es, propiamente hermenéutica: entre ellas corre un círculo

\* Universidad de Modena. Ponencia en las Jornadas Hispánicas de Derecho Natural. Traducción del Dr. Alfredo Battaglia.

de recíproca iluminación, puesto que la autoridad de la prueba filológica encuentra confirmación en la región de la prueba filosófica, y ésta recibe a su vez confirmación de la autoridad de aquélla, según el proceso de recíproca integración expresado en el axioma por el cual *factum et verum convertuntur*.

Prestando seriamente atención a los relatos documentales provenientes de la cultura Griega y del derecho romano, con hermosa expresión definidos como "*los grandes legados de la antigüedad*", Vico busca encontrar en la obra transmitida, la *pietas* que es justo reservar a los padres comunes de la humanidad, así como el sentido que en ella se encuentra, consciente, por un lado, que la espiritualidad del creador es diferente de la del intérprete, pero sabedor por otro lado, que creador e intérprete poseen la capacidad de comunicarse entre ellos en virtud de la humanidad común. Como ha observado Emilio Betti a propósito del proceso interpretativo en general, la obra formada por los autores, trascendiendo los inmediatos cuidados de la vida cotidiana, no es un fin absoluto en sí mismo, sino que es "*la forma representativa, esencialmente destinada, como toda otra, a hacer de arco de mediación de espíritu a espíritu*", y el punto de "*más alto interés hermenéutico*" se encuentra en el hecho que ella, una vez salida del artífice, "*no pertenece más a él, sino que se vuelve propiedad noética de todos aquéllos que participan en la comunión de espiritualidad donde la obra se inserta... de aquéllos que están en condiciones de recoger el mensaje y de penetrar el sentido*", según una ley de desarrollo y de distribución de bienes espirituales de género enteramente diverso de aquella relativa a los bienes naturales, por la cual los primeros, a diferencia de los segundos, tanto más se acrecientan cuanto mayor es el número de los que los disfrutan.

La obra objetivada es vehículo de espiritualidad entre hombres que, perteneciendo también a épocas lejanas, se comunican sobre el presupuesto de una humanidad común y juntos persiguen un itinerario de enriquecimiento espiritual, por el cual sacan provecho siempre del depósito de las tradiciones, *nova et vetera*, cosas nuevas y cosas antiguas.

Dentro de la certeza, propia del sentido común que, no obstante haber atravesado transformaciones culturales, la mente humana es esencialmente idéntica a sí misma, en cuanto participa de la misma capacidad de conocer la realidad e inserta ella misma en tal realidad, esta el gran mensaje de la Ciencia Nueva, según el cual, como se escribiera al inicio del establecimiento de los Principios, siendo este

mundo civil ciertamente hecho por los hombres, “no se puede, porque no se debe, reencontrar los principios dentro de las modificaciones de nuestra misma mente humana”: donde por “modificaciones” lleva entendidos (específicamente la Dignitá XV, n.148) los modos de ser, las actitudes con las cuales esta mente ha nacido. Con mucha precisión ha observado Betti que tal axioma constituye el eje de toda la teoría de la interpretación, consistente en la conversión del *iter* genético en el *iter* hermenéutico por medio del cual es legítimo y fecundo pasar del mundo civil históricamente formado, a la energía creativa de la mente humana y sus varias actitudes y modos de ser, según una correspondencia entre el hacer demiúrgico del hombre en la historia y el posterior reconocimiento hermenéutico. Tal analogía por otra parte le sugiere a Vico la aproximación del obrar humano al obrar divino “*porque para Dios el conocer y el hacer es una misma cosa*”, según una prospectiva opuesta a la panteísta, que Betti, remitiéndose a fuentes cristianas, indica expresamente en la mención que él hace de San Pablo en la Epístola a los Romanos, 8,16, es decir que el mismo Espíritu da fe a nuestro espíritu, de que nosotros somos hijos de Dios.

Vico busca escoger en el curso de las vicisitudes de la humanidad, a través de la definición filológica de lo que es típico, los principios de lo verdadero sobre los cuales se funda el derecho universal de gentes. El método es opuesto al de los modernos filósofos inmanentistas de la historia que, sobre la senda del gran esquema de Herder, han pretendido utilizar la historia sobre la conformación de un esquema preconcebido en el cual es protagonista el desarrollo del espíritu que se autocrea y se realiza en el mundo.

A este principio, que predica el conocimiento de lo históricamente verdadero, ya que ha hecho a los hombres capaces de comunicar a las generaciones futuras el sentido de lo que ellos entendían, en lo que consiste, lo que es una verdad universal y eterna que constituye a su vez el fundamento común del conocer; a esto decimos, se agrega un segundo principio no menos importante que el primero, conexo con él, según el cual la idea común a todos los pueblos, y recurrente en todos los tiempos, expresa lo que es verdad permanente. Puede tal verdad estar oculta bajo velos expresivos más o menos densos; puede ser confundida y casi desfigurada de interpretaciones falsas y hasta monstruosas; puede ser acompañada por hechos de praxis groseras, crueles e innobles; pero también tal verdad constituye la sustancia incorruptible y el sostén inconculcable de la vida de la humanidad, cuya refutación o cuyo olvido llevarían al mundo al estado salvaje o a enderezarlo a lo más profundo del abismo de la nada.

El derecho natural de gentes está fundado en el sentido común del género humano, que la Degnità XII define claramente como *“juicio sin reflexión alguna, comunmente sentido de todo un orden, de todo un pueblo, de toda una nación o de todo el género humano”*. Y ya que en la medida de tal sentido común cada pueblo, en cualquier tiempo, es capaz de percibir con la inteligencia la verdad indispensable del vivir en sociedad, según el bien que es común a todos, ahora puede comprenderse lo que afirma la Degnità XIII según la cual *“las ideas uniformes nacidas dentro de pueblos enteros, entre sí desconocidos, debieron tener un motivo común de verdad”*. Es propio de la ciencia histórica por lo tanto buscar con paciencia filológica aquello que fue hecho por los hombres para verificar *“en qué cosas han convenido a perpetuidad, y en las que convenimos todavía todos los hombres, porque tales cosas nos podrán dar los principios universales y eternos, sobre los cuales, como debe ser en toda ciencia, todo surge y todo se conserva en las naciones”*

El descubrimiento de Vico, fundado sobre la intuición de un sentido común a toda la humanidad, como ámbito de certeza que deriva directamente de la experiencia en cuanto tal, y no mediante una reflexión culturalmente condicionada y connatural a la inteligencia humana y por ello universal en el tiempo y en el espacio, se enriquece filológicamente con la constatación de que *“todas las naciones tanto bárbaras como humanas, aunque distanciadas por inmensos espacios de lugar y de tiempo entre ellas, lejanas y separadamente fundadas”* custodiaron siempre *“estas tres costumbres humanas: que todos tengan alguna religión, todos contraigan matrimonio solemne y todos sepulten a sus muertos...”*. Estas costumbres por ser comunes a todos los pueblos y en todo tiempo, expresan un principio universal y eterno de verdad que revela la misión confiada a la humanidad por la Providencia Divina. En efecto, el mundo humano no responde a ninguna necesidad intrínseca de Dios, sino que ha sido creado por Él en un tiempo particular y con un acto libérrimo de amor (y esto vale contra todo inmanentismo y panteísmo), los principios que Dios ha puesto en el mundo son universales y eternos, mientras que la historia de la humanidad realiza, aunque oscuramente, una misión providencial dirigida a conseguir *“un bien siempre superior al que se han propuesto esos hombres”*. *“Por lo tanto, concluye Vico “tal ciencia debe ser una demostración por así decirlo de un hecho histórico de la providencia, porque debe ser una historia que en ella ha dado, sin ningún discernimiento humano o consejo, y a menudo contra esas propuestas*

*de los hombres, a esta gran ciudad del género humano, y que aunque este mundo, si bien ha sido creado en tiempo y en forma particular, el orden que ella nos ha dispuesto es universal y eterno*".

El orden universal y eterno colocado por la Providencia en el mundo, vale como principios de la jurisprudencia que es, según la definición de Ulpiano, en primer lugar "*divinarum atque humanarum rerum noticia*" y solamente como consecuencia de ello "*justi atque injusti scienti*". El sentido común de la humanidad, sin reflexión alguna, está en condiciones de percibir intelectualmente tales principios. Ellos proveen a la conservación del género humano en vista de la consecución de su fin, que es la misma e inmensa bondad de Dios, infinitamente superior al bien entrevisto por el hombre aisladamente, como fin particular de su acción. En la historia, los principios de la jurisprudencia civil son trazo y signo de la presencia de Dios trascendente. La ciencia histórica debe por ello ser "*una teología política estructurada por la Providencia Divina*", que desarrolla un "*...severo análisis del pensamiento humano en torno a la humana necesidad o utilidad de la vida social, que son las dos fuentes permanentes del derecho natural de gentes*".

Así, el derecho natural está constituido por las costumbres nacidas dentro de todos los pueblos y de todos los tiempos "*con las costumbres humanas salidas de la naturaleza común de las naciones*". Derecho no ordenado por leyes, pero consustancial a la naturaleza humana, que es intrínsecamente social ya que de ella nacen las costumbres que regulan jurídicamente la convivencia política. Tales costumbres, en cuanto corrompibles, frecuentemente corrompidas y deformadas, no son intrínsecamente injustas, ya que "*el hombre no es absolutamente injusto por naturaleza, sino por naturaleza caída y débil*". Ciertamente que en la base de las costumbres jurídicas justas, está el libre albedrío, ayudado sin embargo por la Providencia Divina, sin la cual la libertad humana es incapaz de realizar las buenas obras.

La libertad y la responsabilidad del hombre por una parte, y la Providencia Divina por la otra, se encuentran en la historia dando vida a la civilización: si su encuentro es misterioso, no menos cierto son al sentido común tanto la libertad y la responsabilidad del hombre, como el orden moral que constituye el dinamismo finalístico del orden cósmico, como Dios en cuanto Causa primera y Fin último, de los cuales la sociedad humana y todo el devenir cósmico, hacen punta como a su propio principio. Es extraordinariamente significativo observar que los fundadores del derecho natural moderno ponen en duda

al mismo tiempo la libertad y la responsabilidad del hombre con el finalismo del orden cósmico (en particular a partir de Hobbes) y la Providencia Divina, a partir al menos del *etsi daretur*<sup>1</sup> de Grocio, en una negación simultánea de las evidencias primordiales del sentido común del género humano: ciertamente con todo derecho y con acritud, Vico reprochará esencialmente a los fundadores del derecho natural moderno de haber olvidado tanto la Providencia Divina, cuanto el testimonio de los pueblos: sobre una y el otro, en cambio, debieron haber fundado su sistema y de tal modo, “*coincidir con los juriscultos romanos que definieron el derecho natural de gentes como habiendo sido ordenado por la Providencia Divina*”. En realidad, al contrario de lo que afirma toda forma de voluntarismo jurídico, existe estrecha analogía entre conocimiento de lo verdadero y la voluntad de lo justo. El hombre, social por naturaleza, comunica a los otros hombres “*per communes veri aeterni notiones*”<sup>2</sup> y es dotado de la palabra a fin de que, ayudándose del mismo cuerpo que, por su finalidad, es signo de la separación entre ellos “*possit cum aliis rationem et verum communicare*”<sup>3</sup>. La naturaleza lo ha formado de tal manera que ellos provean a su propio fin, viviendo en sociedad y en virtud del derecho, del cual es causa la honestidad, mientras que la utilidad es para él solamente la ocasión (“*Utilitas occasio, honestas est caussa iuris et societatis humanae*”<sup>4</sup>). La utilidad no fue madre del derecho, como no lo fueron ni el temor ni la necesidad, sino la simple ocasión “*per quam homines, natura sociales et originis vitio divisi, infirmi e indigi ad colendam societatem, sine adeo ad celebrandam suam sociale naturam reperentur*”<sup>5</sup>. Del mismo modo por lo cual el cuerpo no es la causa, sino la ocasión por la cual en la mente viene a promoverse la idea de la verdad “*...ita utilitas corporis non est caussa, sed occasio ut excitetur in animo voluntas iusti*”<sup>6</sup>.

La esfera de lo verdadero y lo justo se implican la una con la otra en un círculo de inherencia coesencial, así que es justa la fórmu-

<sup>1</sup> Aunque se diera

<sup>2</sup> por las nociones comunes de lo verdadero y eterno

<sup>3</sup> pueda comulgar con los otros la razón y lo verdadero

<sup>4</sup> la utilidad es la ocasión, la nobleza es la causa del derecho y la sociedad humana

<sup>5</sup> por la cual los hombres sociales por naturaleza y divididos por defecto de origen, débiles y necesitados de cultivar la sociedad, sin demora se dedican a celebrar su naturaleza social

<sup>6</sup> ...de tal manera que la utilidad del cuerpo no es la causa sino la ocasión de que se despierte en el alma la voluntad de lo justo.



la de Varrone, confesada por Vico como "*initium*" de sus escritos, la idea de lo verdadero es la "*formula naturae*" "*quae nobis dictet ius naturale*"<sup>7</sup>.

## **2. La pena retributiva como signo de un principio universal de justicia civil.**

También con relación al derecho punitivo es preciso investigar que la *idea veri* que constituye la trama permanente de la justicia de los ordenamientos, es también la sucesión de los hechos y la precipitación de las diversas ocasiones de utilidad. Y esto será lo que intentaremos tratar, más que con temor en las páginas siguientes.

Entre las costumbres no ordenadas con leyes, pero originadas en la común naturaleza de las naciones, se encuentra la sanción penal retributiva, que prevé ser aplicada al culpable de un delito, convenientemente mensurada según su gravedad.

Ya en el siglo pasado, L.Günter en la monumental obra *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts* ("La idea de retribución en la Historia y la Filosofía del Derecho Penal"), había mostrado, siguiendo, entre otros, los estudios de B.W.Leist sobre la historia jurídica de las poblaciones greco-latinas, que la idea de la retribución, se encuentra en el centro de la experiencia jurídica verificable en todas las naciones antiguas, sin que las especificaciones propias de algunos pueblos, incidan sobre un fuerte núcleo "retribucionístico" común a todos.

El examen comparado de las costumbres penales practicadas por los antiguos permite arrojar luz sobre la magnitud del nivel de la autoconcepción crítico-reflexiva de un pueblo sobre sus propias instituciones; cuanto más puro es el sentido retributivo de la pena en la conciencia colectiva, menos se encuentra contaminado de elementos de conveniencia utilitaria.

Antes de proceder a cualquier ejemplificación debe subrayarse que el sentido retributístico asignado a la pena por los antiguos es complejo y comprende una variedad de matices, como más adelante se tratará de demostrar, aunque no podrá comprendérselo correctamente asignándole a la retribución la acepción secularizada, tal como es entendida por los modernos a partir de la obra de Hegel, que exclu-

<sup>7</sup> La fórmula de la naturaleza - que nos dicta el derecho natural.

yendo a la pena de toda referencia a una moralidad fundada en la trascendencia del ser, ha comprometido, por esto mismo, la legitimidad ética de la retribución penal.

En esta ocasión desarrollaré algunas consideraciones relativas exclusivamente, a algunas de las costumbres jurídico penales de los antiguos israelitas tal como resulta de los libros mosaicos, así como a los aspectos más evidentes del derecho penal que regía entre los antiguos griegos y romanos.

Volviendo al examen del derecho de los antiguos israelitas, extremadamente numerosos son los pasajes del Antiguo Testamento en los cuales aparece evidente el sentido retributivo de la pena, "venganza" que se va ejercitando debidamente en los confrontamientos con quien ha perpetrado la injusticia. Particularmente importante es el instituto de la venganza de sangre, presente en los libros mosaicos, como en otras muchas culturas. Quien ha provocado voluntariamente la muerte de un hombre, cae en poder del vengador de la sangre, pariente próximo del occiso, que lo debe matar del mismo modo con el cual aquél hubo matado a su víctima.

En Núm. 35, 16-21, después de hacer referencia a la previsión de ciudades como refugio de aquéllos que han matado involuntariamente, se dice "16. *Pero si alguien golpea a otro con un instrumento de hierro, y éste muere, ese tal es homicida; al homicida deberá darse muerte... 19. Será el vengador de la sangre aquél que dará muerte al homicida, cuando lo encuentre lo matará...*". El deber del vengador de la sangre es sagrado, porque responde a una fundamental exigencia de purificación religiosa, para evitar que la culpa caiga sobre el pueblo, como se dice en los pasajes sucesivos: "31. *No se aceptará precio de rescate por la vida de un homicida, reo de muerte, porque deberá dársele muerte... 32. No se aceptará precio de rescate que permita al homicida fugarse de la ciudad de refugio y volver a habitar en su país hasta la muerte del sacerdote. 33. No contaminará el país donde esté, porque la sangre contamina al país, no se podrá hacer por el país ninguna expiación de la sangre que hubiera sido derramada, sino mediante la sangre de aquel que la derramó. 34. No contaminará tampoco el país a donde ha ido a habitar; porque yo soy el Señor que habito entre los israelitas*".

El derramamiento de la sangre requiere la venganza de la sangre, como dice el Génesis 5-6, con expresiones que inauguran el nuevo orden del mundo después del diluvio, ya que el hombre es imagen de Dios: "5. *De vuestra sangre también, o sea de vuestra vida, Yo os pediré*

*cuentas; no pediré cuentas a cada ser viviente, pediré cuentas de la vida del hombre por el hombre, a cada uno de su hermano. 6. Quien derrama la sangre de un hombre, de ese mismo hombre su sangre será derramada, porque Dios ha hecho al hombre a su imagen. Y vosotros sed fecundos y multiplicaos, sed numerosos sobre la tierra y dominadla”.*

En Es.21, 12-17 está prescripta la pena de muerte para aquellos que voluntariamente han matado a un hombre, así como para aquéllos que han perseguido y maldecido al padre o a la madre o para aquéllos que han sustraído un hombre con miras a venderlo.

En Lev.24, 10-23 es pronunciada la ley del talión, en el mismo contexto del episodio concerniente al blasfemo que fuera conducido fuera del campamento y lapidado por toda la comunidad por la culpa suya. Como deben ser sancionados con la muerte aquellos que maldicen a Dios, así merece la muerte aquél que mata su prójimo: “17. *Quien da muerte a un hombre deberá ser muerto.... 19.Si alguien lesiona a otro, se hará con él de la misma forma que ha hecho al otro: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; a él se le hará la misma lesión que ha hecho al otro”.*

En Deut. 19-21, en un amplio contexto que subraya la relevancia del perfil intencional de la conducta y la garantía de la salvación para quien ha obrado involuntariamente y sin haber odiado a la víctima, se encuentra repetida, tanto en la ley del talión (21.*Tu ojo no tendrá compasión: vida por vida ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie*”), cuanto en el instituto de la venganza de la sangre (“12.*Los ancianos de la ciudad, lo mandarán detener y lo entregarán a las manos del vengador de la sangre para que se le dé muerte*”).

Sin embargo, no pudiendo examinar el tema sino en su aspecto particular, corresponde todavía subrayar que, a la vez que al hecho, en rigurosa disciplina, es extraño todo finalismo general previsio-nístico, del mismo modo que está prevista la indagación sobre la intencionalidad de la conducta, para salvaguardia del que ha obrado involuntariamente, igualmente está excluida la extensión de la venganza respecto del inocente que se halle ligado al culpable con vínculos de parentesco. En Deut.24, 16 se dice en efecto: “*No se dará muerte a los padres por una culpa de los hijos, ni se dará muerte a los hijos por una culpa de los padres; a cada uno se le dará muerte por su propio pecado*”.

En lo atinente a la experiencia jurídica griega, conviene antes que nada recordar que, en los tiempos heroicos, de los que representa

un eco la literatura poética sobreviviente, la venganza compensadora, difundida como retribución, se presenta como cosa importante y buena que los parientes próximos del muerto o la víctima misma de la injusticia, la cultiven como su más grande deber.

Tanto Esíodo en la Teogonía, como Homero en la Odisea, ponen en evidencia que tanto los dioses como los hombres ejercitan la punición sobre los culpables a través de aquel contrapeso. En Esquilo, tal vez, el deber de la venganza asume un carácter más sacro, tanto que Jo.Kholer en su aguda lectura de la tragedia Shakesperiana "Hamlet", ha podido con buenas razones decir que "Las Coeforas" de Esquilo "son las grandes canciones de la venganza de la sangre, la glorificación del hijo que se venga de los asesinos de su padre".

Apolo encomendó a Orestes la venganza como deber sacro, amenazándolo con amargos tormentos en caso de que hubiera omitido ejercitar el justo castigo sobre el asesino de su padre: *"No, ciertamente no puedo traicionar la dura voz de lo oblicuo. Suya es la decisión de dar este paso riesgoso. La palabra me llega tajante al oído: heladas perdiciones amenazan sobre mi corazón febril, si no me aferro a quien agravió a mi padre con idéntico ímpetu". "La muerte se compensa con la muerte, se me dice claramente! Si no un precio caro me costaría: la vida! Entre multitud de amargos tormentos! Y yo, furia de toro impondré penas que con ningún rescate se puedan cancelar"*.

La muerte en efecto, exige muerte y la justicia para reclamar su saldo, como el coro proclama: *"La ofensa asesina, con asesina ofensa se paga. Golpe a quien golpeó, expresión de un dicho milenario"*. Y a Electra que invoca justicia, las Coeforas responden: *"Deja! La ley ya está: Sangre que gotea, mancha la tierra y es un reclamo de sangre. Resonando el delito atrae a la venganza: Ella está pronta -sopla de los ejecutados en el pasado- para amontonar la perdición, fresca perdición"*.

En Atenas clásica, en fin, los fundamentos de la represión penal no han cambiado enteramente, y se relacionan estrechamente con la noción de impureza y con la exigencia vindicativa de la purificación. Como ha notado E.Karabélias en "La pena en la Atenas Clásica", aquello que verdaderamente hace necesaria la pena, es la exigencia de eliminar del espacio cívico la impureza provocada por el comportamiento delictuoso: *"l'espace civique souillé par l'acte délictueux doit être purifié par le moyen d'une peine qui possède la vertu de faire enlever la souillure provoquée par le comportement qui offense le citoyen, la 'polis', le mort, la morale civique, la religion"*.

Las nociones de impureza y purificación se encuentran en todas las manifestaciones de la represión penal. Esto vale para la sanción del homicidio, del sacrilegio ("agos") provocado por la traición, para el regicidio, para el parricidio, para la omisión de sepultura de un muerto, para la violación del derecho de asilo, para el adulterio, que crea prohibiciones graves tanto para el hombre como para la mujer, para la prostitución masculina, cuya consecuencia es el repudio de la sociedad. La pena aplicada revela un contenido catártico. Esto es, por la "atimía", consistente en la privación o suspensión de los derechos civiles y del prestigio social ("timé") del condenado, por el cual este individuo se ve imposibilitado de ejercitar sus derechos e incluso de la participación en la vida cívica y religiosa, como si la ciudad le hubiese retirado su protección. El mismo ostracismo, pena política por excelencia, impuesta por la Asamblea, sin ningún previo procedimiento judicial, que sanciona a aquél que ha suscitado el celo ("phthonos") del cuerpo social, tiene carácter purificador, ya que el exilio purifica el exceso puesto de manifiesto por el penado.

El procedimiento, en fin, previsto por la imposición de la pena es modelado sobre el concepto de la venganza pública y privada, como demuestra el contenido semántico de los términos que caracterizan la penalidad: ("timoría, tímoros, timorein, timoreisthai") todos con fuerte valimiento religioso, sobre todo en lo que se refiere al homicidio, que evoca la venganza de la sangre. Si bien es verdad que Solón prohibió formalmente la venganza privada, el ciudadano ejercitaba igualmente la venganza provocando con una ("díke phónou") la intervención de la justicia ciudadana, cumpliendo así con los imperativos morales derivados de la solidaridad familiar. En la modalidad procesal de tipo acusatorio, de carácter fuertemente antagónico, y ante la carencia de Ministerio Público, la pretensión punitiva es allí reclamada delante del jurado (*héliastes*) por los acusadores privados, subrayando y acentuando el carácter vindicativo de la justicia penal en la Atenas clásica.

El gran filósofo Platón comparte la concepción de la pena como deber riguroso de la justicia y como derivado de la exigencia de purificar el espacio social contaminado por el delito. La incompreensión moderna del pensamiento de Platón sobre la pena, verificado por otra parte sobre el camino de la superficial clasificación de Aulo Gellio en "Noctes Antica" 7, 14, 1 ss., ha querido hacer de Platón, vuelta a vuelta, un sostenedor de la prevención especial (en lectura aproximativa y parcial de un pasaje de Protágoras), ó de la prevención general (en

parcial lectura también aproximativa de un pasaje de Gorgia citado por Gellio). En realidad la profundidad de la reflexión de Platón, que no niega, sino reafirma la concepción de la venganza purificante, busca hallar, mediante la dialéctica del discurso filosófico, el significado de la pena como "bonum" para el reo, como camino aún para su salvación y redención: significado que la mitología evidenciaba con simpleza, sin ser aquélla capaz sin embargo, de desplegar de modo racional, su fundamento y contenido. Ellos en otros términos han colocado las bases conceptuales, sobre todo en el fundamental pasaje del Gorgia, donde dirigiéndose a Polo, afirma que la infidelidad de quien comete injusticia es todavía más grande si él no expía la pena y no recibe el castigo de la injusticia, ello por el reconocimiento racional de que la pena contiene intrínsecamente un valor medicinal para el culpable. Sin embargo, la concepción de la pena en todo caso, como debida retribución por el mal cumplido, y para que no sea contaminado el espacio de la ciudad, se encuentra en primer plano en el pensamiento de Platón y es expresamente proclamada en Ley IX 871: *"Quien con premeditación y sin legítimo motivo, de su mano mata a un conciudadano, ante todo que se lo tenga lejos del público, para que no contamine los templos, ni el ágora, ni los puertos, ni ninguna otra reunión pública; que se lo prohíba alguien —o bien porque la ley lo prohíbe, ya que lo hace a nombre de todo el estado, y ella le es y le será siempre conocida— o que lo haga algún pariente del muerto, sea por parte masculina o femenina, hasta el grado de primo, y quien no obstante debiéndolo, no cita al Tribunal al homicida o no le prohíbe lo referente a abstenerse de transitar la vida pública, y entonces sobre él más que nada, recaerá la mancha del delito y el odio de los dioses, como indica la sentencia de la ley; en segundo lugar será obligado a comparecer a juicio si alguno quiere vengar al muerto. Quien quiera cumplir tal venganza, ejecuta perfectamente todo lo que es relativo al sacrificio expiatorio y a todo lo que prescribe la divinidad en similares circunstancias; entonces hecha la debida citación de los tribunales, se constreñirá al reo a someterse a la ley, y a la acción de la justicia"*. Los mismos conceptos son expresados en "El político", 293, donde hablando de la recta constitución, Platón dice que son justos gobernantes quienes dan cuenta al estado lo mejor posible, del ejercicio de la justicia, purificando así al estado mediante la ejecución o la expulsión del ciudadano malvado, y también en 309, donde dice que el arte regio o política, excluye del estado mediante la pena de muerte, del exilio o del extremo deshonor a quienes "... no están en condiciones de participar de las costumbres

*de la vida valerosa y sabiamente moderada o de cualquier otro acto que tienda a la virtud, sino que han sido compelidos hacia el ateísmo, hacia el desarreglo, o hacia la injusticia de la violencia, propia de una naturaleza malvada”.*

Aún el más antiguo derecho romano revela que la idea guía inspiradora de la pena, era la venganza restauradora y purificante. No es posible adentrarse en el examen de las fuentes, en particular de las XII Tablas, donde expresamente se hace mención al Talión para el “*membrum ruptum*” y es manifiesta la función satisfactoria de la pena para las varias hipótesis de hurto. Es oportuno entonces, detenerse un poco sobre la “*sacratio capitis*”, consistente en el abandono del reo a la divinidad, prevista ahora en época histórica para los crímenes políticos de particular gravedad, y donde es menos evidente respecto de las otras penas, el perfil vindicativo, tanto que algún autor ha querido individualizar en la *sacer esse* (*sacertà*<sup>8</sup>), más allá del abandono noxal, un estadio punitivo anterior al de la venganza, contraponiendo así entre ellos dos fases distintas del desarrollo sancionatorio. Carlo Gioffredi, también reconociendo que en la “*sacratio capitis*” es menos evidente la función de la venganza, ha considerado que la transferencia a los dioses, en los casos en los cuales un crimen se ha constituido por la subversión de las instituciones ciudadanas y por el paso al enemigo, no representa tanto un abandono del reo a la venganza de la divinidad, sino más bien una referencia a la venganza de la comunidad, una compensación a la turbación y al peligro provocado, así como un acto de defensa, según una pluralidad de valores y de significados propios de la función penal.

Para encuadrar correctamente el problema creo que es útil tomar la aparición de la institución en Rudolf von Jhering, según la cual la *sacer esse* (*sacertà*) originaria no era tanto una pena, cuanto la condición de separación del culpable de los dioses y de los hombres, rebelde por el mismo hecho del delito. A causa de eso el culpable perdía toda comunión con la divinidad y la comunidad; él era excluido de toda relación con ellas definitivamente, a menos que sobreviniera una purificación y reconciliadora. Cual hombre impuro, no podía cumplir sacrificios a la divinidad (Festo, *sub voce sacer... neque fast est eum immolari*’); de todo era alejado, y aún era permitido matarlo. No po-

<sup>8</sup> El autor normalmente utiliza la palabra italiana “*sacertà*”. Nosotros preferimos usar la expresión latina “*sacer esse*” o “*sacrum esse*”.

<sup>9</sup> ....sagrado .... no le es lícito inmolar.

día participar de los otros en los bienes de la comunidad sin contaminarlos, y entre aquéllos principalmente el agua y el fuego, símbolos de la pureza, y siempre que la comunidad no decretara la expulsión con "*l' aquae et igni interdictio*". La separación de la comunidad es al mismo tiempo impureza religiosa, ya que —como remarca Jhering— "*... el fuego y el agua, símbolos de la pureza, no podía ser que faltaran en algún acto que se revelaba contra el fundamento de una sociedad poseedora de respetos religiosos, por ejemplo en los sacrificios que exige Dios a los hombres al celebrarse las nupcias, alianzas o circunstancias similares. Por lo tanto la patria no sustrae de esto al delincuente fugitivo porque ellos sean los elementos indispensables para la vida, como se piensa comúnmente; sino que por la carencia de estos símbolos, propios de una comunión perfecta, se lo expulsaba de la sociedad que él contaminaba con su presencia. Todo lo que él abandona, es asignado al templo y se lo destina al culto de los dioses, y la comunidad para que repudiando de tal modo, tanto a la persona como la substancia del malhechor, podía esperarse con confianza que los ídolos no requirieran de ella la expiación de lo debido por uno de ellos*"

La prospectiva conceptual sufre, entonces, un vuelco: la *sacer esse* (*sacertà*), no es la pena con la cual la comunidad priva a alguno de algún bien, sino más bien, el "status" ontológico de absoluta privación al hombre impuro por su misma culpa, por lo que ha perdido la comunión con la divinidad y por lo tanto con los otros hombres y, entonces, es abandonado a los dioses de los infiernos. En cambio, la pena es la vía que permite la purificación y, por lo tanto, la reconciliación: aún la muerte infligida como pena, contiene aquel germen de reconciliación capaz de purificar la sociedad y al mismo culpable. Así la pena es ella misma una purificación, como lo revela la etimología del término utilizado para designarla: la voz *poena* indica la idea de pureza; *castigatio* es *castum agere*, mediante lo cual se purifica lo impuro, lo inmundado; *luere*, en particular en la frase *poena luere*, expresa el significado de lavar, purgar (*lustrum, lustratio, lustricus*); *supplicium*, la pena capital, etimológicamente significa aplacamiento de los dioses (*subplacare, supplex*).

Teniendo en cuenta la falta de distinción originaria entre la dimensión religiosa, la psíquica y la física, vivida de modo unitario en la experiencia del mundo, característica de la mentalidad mítico-reflexiva, y considerando que el lenguaje realiza, según la genial intuición de Mircea Eliade, una fractura vertical a lo largo del plano horizontal del ser, la *sacer esse* (*sacertà*) debe expresar, como ha sostenido



Giampaolo Sabbatini, un significado específico para cada uno de los planos del ser: a) sobre el plano físico y material, esa significativa separación irremediable de la conexión social; b) sobre el plano psíquico, significaba sentimiento moral de ser relegado de la sociedad o sacrificado por ella; c) sobre el plano religioso, propio de los dioses (infernales o superiores). En la época histórica quedó con este último significado, que tiende a expresar, no tanto el estado ontológico del que es ahora privado, por el hecho mismo del delito, de la comunión con los dioses y con los hombres, sino la consecuencia sancionatoria del delito cometido, donde la causalidad humana viene proyectada sobre el decurso de los acontecimientos a modo de explicación de un suceso misterioso: no son sacros (esto es separados y consagrados a la divinidad) por ser culpables, sino que son sacros en cuanto condenados por ser culpables.

Si se quiere, encontrar enseguida, la prueba histórica además de la etimológica, de que la pena no consiste en la *sacer esse* (sacertà), sino en la purificación de tal estado, deberá evocarse el episodio de Horacio, sobreviviente que mata con la espada a la hermana llorosa por la muerte de uno de los Curiazi, de quien era la prometida. Relata Livio que para el joven condenado por los diunviro en orden al delito de alta traición, próximo ahora a la ejecución capital, se apeló al pueblo que le absuelve, después del alegato del padre "*admiratione magis virtutis quam iure causae*"<sup>10</sup>. Aún así el delito no podía dejar de ser expiado, por intrínseca necesidad civil y religiosa, tanto que fue ordenado al padre que hiciera un sacrificio expiatorio por el hijo al erario público ("*itaque ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri ut filium expiaret pecunia publica*").

El delito requiere la necesidad de purificación; la pena es la vía que rescata la culpa y reconcilia al culpable con la divinidad y con la comunidad de la cual había sido separado a causa del delito.

Como ha notado en forma profunda Matthias Vereno, que examinó con sentido filosófico la experiencia de la pena dentro de la cultura pre-reflexiva, predomina en la conciencia de quienes imponen la pena no tanto el concepto de la perdición del condenado, sino la salvación de la comunidad: "*Ella misma expía y se purifica sacrificando a sus miembros que resultan culpables, aun cuando su ejecución o expulsión no representen un sacrificio de culto*". La circunstancia que el procedimiento punitivo se desenvuelva en la forma del rito confirma

<sup>10</sup> Más por admiración de la virtud, que por mandato del derecho.

que, para la mentalidad arcaica el aspecto esencial es el expiatorio y purificador: *“Esto no es un rito, seguramente, entrando en el orden sagrado o cultural de la comunidad, puesto que se lo pone en obra contra aquel que por sí mismo se ha excluido de este orden; y por lo tanto toda la vida de la comunidad está centrada sobre el recuerdo del culto de la representación de la verdadera palabra, del “mithos”: palabra que anuncia y manifiesta inmediatamente lo que las fuerzas sobrehumanas han hecho para fundar el “kósmos” el mundo de lo sagrado y del orden, y la vida de la comunidad –y mismo estas ejecuciones extremas no pueden eliminar su vinculación con este mito ejemplar. En ellas, en efecto, se hace presente y se realiza el climax decisivo de este mito: la victoria de las fuerzas del bien, ordenadoras, dispensadoras de salud, sobre las potencias del abismo. Es a las potencias del caos, enemigas del ser y destructoras, a las que el condenado es dado en prenda; pero esto no hace más que poner de manifiesto a cuáles de esas fuerzas él pertenece realmente. Y en el momento en que la sociedad triunfa sobre el transgresor del derecho, ella renueva y representa la victoria de los dioses de la luz, creadores del orden: Marduk contra Thiamat, los Devas contra los Asuras, los dioses del Olimpo contra los Titanes. La ejecución por ejemplo, que consiste en precipitar al condenado desde lo alto de una roca, presenta una evidente analogía con la caída de los demonios, como también el ejemplo de los Titanes arrojados al Tártaro”* (en francés en el original).

Aún en el derecho romano de la edad histórica la esencia propia de la pena está en la exigencia de realizar la justicia retributiva, y no la persecución de finalismos exteriores, como la intimidación, la enmienda, la prevención especial respecto de la recaída en el delito. Es verdad que las fuentes mencionan tales finalismos, ya sea la intimidación social a través de la ejemplaridad de la condena, ya sea la enmienda del reo y la prevención especial. A este respecto puede leerse, entre los muchos pasajes, tanto en fuentes literarias, como Aulo Gellio en *Noct. Att*<sup>11</sup>, 16, 14; así como también en fuentes jurídicas, con relación a la intimidación, a ULPIANO, en el libro *de poenis*: *“quod quidem facendum est, ut exemplo deterriti minus delinquant”*<sup>12</sup>; a Claudio Saturnino, y la corrección; Paolo quien, extendiendo la razón de la intransmisibilidad a los herederos de la pena, se refiere al fin de la

<sup>11</sup> “Noches áticas”.

<sup>12</sup> Esto debe hacerse para que aterrados por el ejemplo, no delincan.

corrección: "*quod poena constituitur in enmendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit*"<sup>13</sup>. Todavía, tales fines exteriores se yuxtaponen a un núcleo retributivo bien definido y determinado que caracteriza la esencia de la pena, innecesariamente de ser repetido porque se encuentra grabado de manera indeleble en la estructura del acto punitivo y en la conciencia común. Es significativo entonces que la esencia retributiva de la pena emerja casi proverbialmente en los versos de los poetas (Fedro, Séneca, Horacio), en los asertos de los historiadores (Livio, Tácito) o en la reflexión de los oradores, especialmente en Cicerón, más que en las sentencias de los juristas, los cuales no definen la esencia de la pena, pero resuelven los casos prácticos a la luz de los finalismos exteriores que hacen comprensibles la razón por la cual la pena, en ciertas situaciones, no debe ser aplicada o bien debe tener determinada característica.

En Cicerón el tema retributivo asume su vértice conceptual, acaso aún hoy no superado. Sobre todo, porque si bien expresamente no se descubre en el "*de Legibus*" una definición formal, todo el desarrollo conceptual del primer libro de la obra, se encuentra como enclavado en medio de la soberanía de la justicia, como regla que vale tanto para el hombre recto cuanto para la *respublica* que persigue el bien común, todo lo que presupone como fundamento la idea de la justa retribución. En el capítulo 41 se encuentra la crítica magistral a toda forma de previsión general, en donde Cicerón pone como modelo de la pena justa a la llamada pena natural, como angustia del remordimiento y tormento por la culpa ("*angore conscientiae fraudisque cruciatu*"). Recordando la experiencia de los antiguos, que no imponían la pena con procesos (probable reminiscencia de la *sacer esse* (sacer<sup>tà</sup> arcaica), contentándose aquéllos con la pena natural, observa que de tal manera si fuese la pena, y no la naturaleza, la que sirve para tener a los hombres alejados de la culpa, entonces la justicia no regirá al mundo porque, eliminado el temor a la punición, el reo será feliz. A la inversa y simétricamente, en fin, si fuese la punición y el temor a la pena la que lo tuviera alejado al delito, y no su brutalidad en sí mismo, entonces no habrá más bondad y maldad, y los culpables serán más bien imprudentes que deshonestos. Por consiguiente, como crítica válida en todo tiempo y en cualquier circunstancia la previsión general, Cicerón ha puesto en evidencia de una vez por todas que la

<sup>13</sup> La pena es establecida para enmienda de los hombres, la que desaparece muerto aquél al que se le impuso.

pena jurídica no constituye medio adecuado para impedir el delito, sino que representa su consecuencia justa. Indirectamente por lo tanto, donde se ha respetado rigurosamente el criterio de la justa retribución, la pena, ejercitando sobre la conciencia social un influjo confirmativo del juicio de la conciencia, posee un efecto de carácter preventivo: el efecto mediato del reconocimiento social acerca de la justicia de la pena, y no proveniente directamente de una amenaza relegada a la voluntad del soberano.

Por otra parte, en muchos pasajes del "*de Legibus*", Cicerón afirma expresamente la correspondencia existente entre la justicia de la pena retributiva, y su proporción a la gravedad del delito. En el libro III, cap.20, proclama que la pena justa es aquella cuyos caracteres corresponden a la gravedad del delito: En el libro III, capítulo 20, proclama que la pena justa es aquella cuyos caracteres corresponden a la naturaleza del delito: "...noxiae poena par est, ut in suo vitio quisque plectatur, vis capite, avaritia multa honoris cupiditas, ignominia sancitur"<sup>14</sup>; en el *Officiis* 1,25 expresa el principio de proporcionalidad: "*Cavendum est, ne maior poena quam culpa sit*"<sup>15</sup>.

Es bueno recordar el estupendo pasaje del "*de inventione*", II, c.53, donde la pena es allegada a su fuente constituida por la justicia como virtud cardinal del hombre. Dos son las partes de lo justo, la "simple" y aquella en la cual lo justo se mezcla con lo útil, llamada "mixta". La parte simple, que reúne en su esencia todos los atributos de lo justo y de la virtud, hábito espiritual conforme a la norma natural y a la razón ("*Nam virtus es animi habitus naturae modo atque rationi consentaneus*"). La virtud se divide en cuatro partes: la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza. La justicia es el hábito mental que garantiza a cada uno su dignidad no separada del interés común. Tiene origen natural; después ciertas acciones entraron en uso, sobre la base del criterio de utilidad; enseguida el temor a la ley y el sentido religioso consagraron cómo era de connatural con ella, y, por otro lado, a lo que había sido reconocido útil por la costumbre. Es "derecho natural" aquel que no fue generado arbitrariamente, sino el que una fuerza indefinible inculcó en la naturaleza misma, como la "religión", la "piedad", la "gratitud", la "venganza", la "reverencia", la "verdad". Con la "venganza" alejamos la violencia y la injusticia y, en

<sup>14</sup> Pena proporcionada al delito es aquella en la que cada uno sea castigado por su culpa, la fuerza con la razón y la gran avaricia y deseo desordenado del honor, con la ignominia.

<sup>15</sup> Hay que cuidar que la pena no sea desproporcionada con la culpa.

una palabra, todo eso que puede ser dañoso, al defendernos y al vengarnos (*"vindicatio, per quam visaut iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur"*).

La raíz común de la defensa y de la pena es la justicia, como fuerza inculcada misteriosamente por Dios creador en la naturaleza del hombre, para proveer a sí mismo y a los demás, según la conveniencia propia del ser libre y racional.

No es éste el lugar para un examen más extenso de las fuentes romanas. Basta para el fin de esta intercalación haber mencionado los párrafos ciceronianos que en gran medida traslucen el saber de los gentiles, que presagiaban la luz sobrenatural que la irrupción del Hijo de Dios, *Sol iustitiae*, traería pocos años después a la humanidad, la proclamación en términos racionales, del verdadero derecho natural de los hombres.

### **3. Los caracteres esenciales de la pena jurídica.**

El estudio filológico cumplido, da mérito ahora a un cotejo filosófico según el método enseñado por Vico, para el cual la verdad filológica corrobora la verdad filosófica, y ésta a su vez refuerza la autoridad de aquélla.

La realidad íntima de la pena, prescindiendo de la intención exterior que ella accidentalmente alcanza, aunque desde ya importante (como la eventual contribución ab externo para la represión del atrevimiento, así como de la arrogancia de aquellos que, por inveterada dedicación al crimen, no sienten en la conciencia el aguijón y la angustia de la pena natural), parece componerse —a la luz de la lección filológica— de distintos elementos, que deben ser vistos en profunda unidad, para que sea atrapado el sentido y el significado de aquélla. El análisis de cada uno de los elementos en sí mismos, es ciertamente útil todavía, siempre que no sea perdida la visión del todo en conjunto, que solo alcanza a penetrar en alguna medida el sentido, en un último análisis siempre misterioso, del sufrimiento humano en el que la pena se consuma.

En primer lugar la pena debe ser vista como estrictamente conexa al delito, como acto con el cual el autor abusa de su libertad, violando así el principio fundamental de responsabilidad. En segundo lugar, es preciso ver, como elemento de tránsito de la culpa a la pena, el status de separación de Dios y de los hombres en el que el reo viene a encontrarse por el hecho mismo del delito. En tercer lugar, es

preciso pensar, como principio que mueve a la sociedad a sancionar, el deber de reafirmar la justicia ofendida, proveniente de la inclinación a lo justo que está infusa en la mente del hombre. En cuarto lugar, es preciso ver, con un examen algo más refinado, la eficacia purificatoria y reconciliadora de la pena. Este último es el aspecto más problemático, y sobre ello será necesario intentar una particular profundización.

Es oportuno dirigir la mirada sobre todo al primer elemento intrínsecamente connatural a la experiencia de la pena, consistente en la violación del principio de responsabilidad, observado a la luz de la ecuación: libertad = responsabilidad. El hombre responde frente a Dios y a los hombres por el abuso y la falta de límites de su libertad. La filología no afirma enteramente una condición originaria en la cual la imposición de una pena estaría prescindiendo de la responsabilidad individual, sino más bien una condición diametralmente opuesta, en virtud de la cual se carga al hombre de una responsabilidad excesiva y superior respecto a lo que habría sido humanamente justo considerar sobre la base de la naturaleza y al alcance de los acontecimientos. La falta de conocimiento de los procesos de causalidad naturalística y cortocircuitos de tipo mágico-sacro estuvieron probablemente en el origen de este objetivismo penal que a veces es verificable en las experiencias más arcaicas de la pena: pero tal objetivismo no es consecuencia de la ignorancia o del rechazo del principio de responsabilidad, sino, todo lo contrario, de su sobrevaloración, o bien de su errónea aplicación al caso concreto. La opinión positiva, bien resumida por Franz Liszt en el Programa de Marburgo, debe ser perfectamente expresada: en el origen de la pena no se encuentra la indiscriminada y ciega defensa contra el acto dañoso, sino la estigmatización ético-religiosa, a veces impropia o excesiva de ese acto que viola el orden cósmico, al cual la vida social aparece indisolublemente unida.

En el fundamento de la pena está la experiencia de la libertad del hombre, como evidencia espontánea y originaria, presente en la mente antes e independientemente de toda reflexión. Como ha observado Antonio Primi, la libertad es una evidencia primaria "...que la reflexión ilumina pero no crea, no produce". La fenomenología, en cambio, describe la experiencia de la libertad; la metafísica *"justifica (con una razón ontológica) cuanto ha sido revelado por la fenomenología, referido todo a la estructura del ser personal (substancia espiritual, alma que vivifica y trasciende la materia)";* pero *"ni la fenomenología, ni la metafísica prueban la libertad: la justificación metafísica*

*en particular, es la explicación de cómo el hombre es capaz de actos libres, pero a partir de la evidencia de tales actos libres; si la reflexión filosófica no la aceptase como evidencia jamás después podrá recuperarla. La libertad puede ser sólo un punto de partida, jamás puede ser una conclusión a partir de otra premisa”.*

La evidencia de la libertad en el sentido común del hombre, como causa eficiente del acto personal, en tanto que es experimentado como propio, orientado autónomamente hacia un fin y como valor conocido e investigado como tal, constituye el presupuesto esencial de la pena. Libertad como condición de posibilidad del derecho penal y, por consiguiente, como presupuesto de racionalidad y de no contradicción de la ciencia particular que estudia el delito y la pena en los ordenamientos civiles; no como conclusión a la cual se puede arribar de otra premisa, sino como evidencia originaria del concepto mismo de pena.

Vale recordar a Vico, en su *Dignitá XII y XIII*, según las cuales, respectivamente, “el sentido común es un juicio sin ninguna reflexión, comunmente sentido por todo un orden, por todo un pueblo, por toda una nación o por todo el género humano” (XII), y “las ideas uniformes nacidas en medio de pueblos enteros y por ellos desconocidas debieron haber tenido un motivo común verdadero”. Ahora bien, la experiencia de la libertad es contenido material del sentido común entre todos los pueblos. Y la idea de la pena como retribución debida a una falta de límites de la libertad hacia la nada, que rompe la unidad y la belleza del cosmos, tiene el motivo común de ver en la experiencia esencial de la libertad como prerrogativa de ser hombre, “...como emergente del confrontamiento con la naturaleza, precisamente porque su causalidad racional se manifiesta como cualitativamente superior a la causalidad de todos los otros seres, en tanto que no son seres personales como él mismo lo es”.

El segundo elemento de la experiencia penal es la percepción en orden a la separación del culpable de la comunidad, de la cosa divina y humana y el consiguiente aislamiento, de abandono, de soledad, en el cual se viene a encontrar sumergido, por el hecho mismo del delito, antes e independientemente de toda reacción que sea dirigida contra él ab externo. Semejante sentimiento es el signo psicológico de la herida ontológica que se produce en el culpable al advertir él una contradicción entre la realidad existencial y la verdad que el sentido común le revela espontáneamente acerca de su creación, relativa a su dependencia de Dios, creador y providente. Como ha recordado Livi, la última evidencia del sentido común –mediante el principio de cau-

sa— *“es la evidencia del ser, razón última del mundo: de su existencia, de su orden, de su finalismo, de sus posibilidades materiales y espirituales”*. El sentimiento de separación, surgido por efecto de la percepción que ha interrumpido la relación con Dios creador y providente, se agudiza, transmutándose en la experiencia del abandono y soledad, no sólo respecto de Dios, sino también de los otros hombres. El carácter natural de la vida social constituye una ulterior evidencia, aunque mediata, del sentido común. En verdad hasta el grito impío de Hobbes, que dirigiéndose contra la tradición, osó sostener que el hombre no era *“un animal apto desde el nacimiento a asociarse”*, que está íntimamente ordenado por la naturaleza a hacer daño a los otros, y por esto a ayudarse sólo a sí mismo, hasta entonces, la natural sociabilidad del hombre constituía corolario evidente de su creación y dependencia de la Providencia divina. La filología, luminosamente indagada por Vico, verifica por otra parte aquello que el sentido común descubre espontáneamente. Porque *“las cosas, fuera de su estado natural no se colocan allí, ni allí duran”*, y porque *“el género humano, desde que se tiene memoria en el mundo, ha vivido y vive comportándose en sociedad”*, es que ahora es resuelta en el sentido de la tradición *“la gran disputa”* de *“si allí es derecho en estado de naturaleza o si la humana naturaleza es sociable”*. Y puesto que el derecho natural de gentes, nacido consuetudinariamente en virtud de la común naturaleza de los hombres, conserva providencialmente a la humanidad en procura de conseguir el bien más grande que es Dios mismo, *“...el hombre no es absolutamente injusto por naturaleza, sino por la naturaleza caída y débil”* (Degnità CIV). La Separación y el abandono que el delito introduce es el signo, además de lo dicho sobre la rotura del orden cósmico, también de la herida inferida al orden de la justicia. Es un desorden que coloca al culpable fuera de semejante orden, como orden proporcionado de participación de cada uno al bien común de todos.

Las consideraciones desarrolladas permiten pasar fácilmente al tercer aspecto esencial al derecho penal que consiste específicamente en la pena.

Como se ha notado, sobre todo respecto al instituto de la *sacertas* arcaica, no hay allí coincidencia entre separación y pena. La primera es, de algún modo, la consecuencia natural del delito; la segunda constituye al mismo tiempo signo físico que subraya en el mundo fenoménico, lo que ya ha sucedido sobre el plano ontológico y es el germen del rescate y de la reconciliación entre el delincuente y la comunidad.



Los dos aspectos, por constituir dos caras de la misma realidad, merecen ser examinados en forma diferente.

Como se ha visto, la pena natural —como sentimiento de la separación y consecuente sufrimiento por tal estado— constituye la consecuencia necesaria del delito, grabada por Dios en el orden mismo de las cosas y en la naturaleza del alma. Santo Tomás de Aquino ha subrayado esta verdad de modo extremadamente claro, siguiendo la senda de la sabiduría antigua, pagana y cristiana. Séneca había dicho: *“Prima et maxima peccantium es poena, peccasse; nec ullum scelus impunitum est: quoniam sceleris, in scelere, supplicium est”*<sup>16</sup> y San Agustín *“Iussisti enim, et sic est ut poena sua sibi sit omnis inordinatus animus”*. Y Vico, con precisión y particular profundidad: *“Hos autem poenae genus est omnium maxime proprium, a poenitendo dictum, nempe pravi facti conscientia, quae nihil aliud est nisi ignorati veri pudor, quantum ex ignoratione veri turpitudine conflata est”*.

Asegurar, como hace Vico, que la pena es *consciencia* de la acción malvada, significa afirmar que ella consiste en el conocimiento común que anuda entre sí al autor y a los otros miembros de la sociedad, respecto del carácter malvado de la acción. En otros términos, la pena está en la revelación a la común conciencia del reo y de las personas que lo circundan, del significado oculto del delito, entendido como rechazo y separación de lo equitativo y bueno. Y, como el conocimiento de la acción recta es el premio del reconocimiento de lo verdadero, puesto por Dios en la honestidad, así el conocimiento de la acción malvada es el castigo al desconocimiento de lo verdadero, también por Dios oculto en la deshonestidad. Así con justo título puede pensarse que Dios mismo sea el autor de la pena natural, según Él es el Autor de la sociedad, de lo verdadero, de la razón. Por el contrario, en vista de que los hombres así creados buenos por Dios y, no obstante el pecado, no irremediablemente malvados, son capaces de justicia y de virtud por su libre albedrío, y deben, por su vocación de ser plenamente hombres, perseguir la justicia, ahora a la pena natural se agrega, como consecuencia ignorada de la exigencia del respeto del natural vínculo social, la pena jurídica irrogada por la autoridad. Como observa Vico, presidiendo la aplicación de la pena jurídica está, además de la fundamental razón de justicia, también una condición de

<sup>16</sup> La primera y máxima pena de los que pecan es haber pecado, de tal manera que ningún crimen queda impune: porque el suplicio del crimen está en el crimen mismo.

utilidad. Nosotros tenemos, en efecto comportamientos (en particular aquellos negligentes), por los cuales la prudencia no aconseja ordinariamente la imposición de una pena suplementaria y agregada respecto de la natural, proveniente del reconocimiento del error, y consistente en el sentimiento de confusión por haber errado. Tenemos en resumen, otros comportamientos caracterizados por la indiferencia concedora respecto del bien común, por los cuales es oportuno prudencialmente la aplicación de una pena jurídica solamente cuando sea extremadamente alta la dignidad y el valor del bien ofendido (la vida en particular). Recurrimos, en fin, a comportamientos caracterizados por la decisión malvadamente deliberada de matar a otro, y éstos exigen por razones esenciales de justicia la aplicación de una pena jurídica. En estos casos, verdaderamente, la expresión del culpable, no ofende solamente este o aquel bien particular, sino sobre todo la dimensión categorial del bien como tal, ya que para tal reo no vale más la norma misma que proclama y da cuenta a la conciencia del valor del bien, ya que ha sido en él extinguido casi del todo, el sentido humano.

La pena jurídica como retribución al mal cumplido, aparece en el horizonte del sentido común como natural consecuencia de la evidencia en la conciencia, del orden moral. Al sentido común se le aparece, una y otra vez como evidente el mundo, y se inserta en el mundo como capaz de modificarlo en cuanto dotado de libertad; el orden cósmico como valor, entonces, como orden moral se adecua libremente en el horizonte de la intersubjetividad, esto es, como naturaleza racional común a todos los sujetos.

La institución de la libertad y del deber para cada uno en este orden, es acompañada de la fuerza, infusa en la naturaleza misma, y que puede ser mejor definida como inclinación, vuelve a hacer que este orden sea por él respetado, como por los demás. El orden moral no es solamente cognoscible como verdadero por la razón, sino que además es objeto de amor por parte de la voluntad como bien. Y una fuerza misteriosa inclina a la venganza cuando este orden, en cualquier momento, por deliberada decisión, sea, no solo violado, sino directamente refutado categorialmente, y, por eso mismo, con riesgo de ser completamente trastornado.

En la definición ciceroniana de aquella parte de la justicia que consiste en la "*vindicatio*" como hábito mental que tiene origen en la naturaleza, con lo cual se deja de lado todo lo que pueda ser dañoso "*defendendo aut ulciscendo*", está magistralmente recogida la incli-

nación *ad bene esse*, que caracteriza al hombre. Ella es correlativa a la inclinación *ad esse* (consistente esta última en la autotutela, en el matrimonio, en la procreación, en la educación de la prole), que respeta al orden objetivo del ser y lo promulga. Darío Composta, ha definido bien el objeto de tal inclinación como una suerte de juicio a priori, sin el cual todo discurso humano sobre la justicia sería imposible. Comentando este autor el fragmento 23 Diels de Heráclito (no comprenderíamos el nombre justicia si no existiese ya, aquello que tal nombre expresa), ha observado que lo justo, no perceptible a través de la experiencia sensible, es un nexo o un relación entre la persona y la cosa recogida en virtud de una intuición originaria de la mente. La ley moral nace en forma contemporánea con caracteres de objetividad como orden cósmico, y de intersubjetividad como orden común para todas las naturalezas racionales: orden que todo hombre, en virtud de su naturaleza racional, es capaz de conocer y actuar voluntariamente, según el orden de la libertad intrínseca propia de esa naturaleza espiritual y libre.

La mentalidad del jurista moderno, desviada por el acostumbramiento a siglos, de voluntarismo y positivismo jurídico, ya no acierta a percibir el nexo entre lo *iustum* como *res iusta* sobre el plano objetivo ni la virtud de la justicia como fuerza impresa en la naturaleza humana que, inclinando al hombre a la realización de lo *iustum*, lo induce a rechazar el mal, *defendendo aut ulciscendo*<sup>17</sup>, realizando tanto la defensa en los confrontamientos con la injusticia por venir, cuanto imponiendo la punición por el mal cumplido. Si el derecho no se identifica con la fuerza, ello sin embargo surge de una inclinación íntima y connatural del hombre que tiende a actuarse, en virtud de un dinamismo intrínsecamente conexo a su libertad, por el cual el bien conocido constituye el horizonte intencional que orienta las elecciones de la voluntad. Rudolf Von Ihering en el "*Espíritu del Derecho Romano*", ha sacado magistralmente a luz la fuente del derecho en la inclinación del hombre hacia la justicia, aunque también con trazos inaceptables de naturalismo. Observando con gran agudeza filológica el derecho romano arcaico, el gran estudioso alemán notaba que no solamente sobre el plano de la creación del derecho, sino además sobre el plano de su actuación, el momento genético no residía en la iniciativa del Estado, sino en el dinamismo de la libertad de cada uno para regular los problemas de la conveniencia según justicia. Así como

<sup>17</sup> Prohibiendo o vengando.

es falsa la idea de la legislación como única fuente del derecho, toda vez que el criterio de su formación es la moderación por vía consuetudinaria de la utilidad que da para cada uno el principio del bien común, es también falsa la idea por la cual solamente el Estado podría actuar el derecho, porque entonces, según el prejuicio evolucionista, en la época en que no se conocía el Estado, se habría carecido de derecho. En el Estado, dice Ihering: *“...se reconoce el signo que en la historia del derecho anuncia la aurora y se recapacita sobre la idea de la supuesta noche que antes dominaba; así no se turbó ni más ni menos la inquietud, de si la inmediata virtud organizadora propia de la vida, que suple largamente la falta del legislador, no hubiese podido desempeñar el mismo oficio referido al juez. Semejante prejuicio de esta todavía mayor maravilla, y no resulta convincente aunque provenga del derecho romano antiguo, y con tal que no se la juzgue con la idea del siglo decimonónico, y no convence más que cualquier otra insubsistencia. La autoridad del juez ocupa en el antiguo derecho romano un humilde cargo, demostrándose así lo poco comprendida que fue la idea de que el Estado administre justicia, por lo que se la puede justamente reputar como una institución salida del sistema de las actuaciones inmediatas del derecho (esto es, de la defensa privada) y destinada a completarlo. De todos los aspectos del derecho romano de aquella época ha surgido la prueba, de que aquel principio puro romano desapareció con aquel pueblo; esto es, que la idea, de que la fuente del derecho no se encuentra en el estado, sino en el individuo, era entonces plena de inconcuso vigor. Pero la defensa privada no es más que un corolario de esta idea; y en ella se manifiesta a priori la intensidad extraordinaria de la virtud del sentir jurídico romano, y la sana constitución de la vida romana y que la defensa privada no trajo consigo, como en la Alemania de los tiempos del derecho del más fuerte, que en las contiendas era éste el que tenía la superioridad, con lo cual, por sí misma, se destruye; sin embargo fue en Roma, donde se formó, en ese sistema tan práctico de efectivizar el derecho que allí se daba, que se podía concretar sin la ayuda y guía de la autoridad pública”*.

Tampoco el concepto de que la fuente del derecho se encuentra en el individuo, ni que el reconocimiento en él de la facultad y la obligatoriedad de actuarlo, equivalía a la condición de *homo homini lupus*; programa este último que partiera del racionalismo antijurídico, que no admite al derecho como coesencial a la naturaleza humana, característico de una “dis-sociedad herida por siglos de positivismo y voluntarismo, y no como condición originaria de la vida social. Como

notaba Ihering en efecto, con referencia a la vida romana arcaica, el derecho se actuaba en virtud inmediata de la vida, aún sin la cooperación del Estado. Quien recurría a la defensa privada en respuesta a la injusticia padecida, podía contar no sólo con su propia fuerza, sino también con las de sus vecinos: "...aquella injusticia excitaba a la comunidad, hacia una reacción del sentimiento jurídico similar a aquélla que él había experimentado, esto es, activa, real". También "la preponderancia de la fuerza... gravitaba ordinariamente sobre la parte que tenía razón". Puesto que "el sentimiento jurídico incluye el estímulo a realizarse, respecto de una ofensa, que aunque tiene relación con uno solo, sin embargo ese estímulo excita también en el orden universal"

Aún en la época histórica, como bien lo mostrara Ian Thomas, la instancia vindicativa de la injusticia se encuentra en la base del derecho criminal romano. Y ella era a tal punto coercitiva que la persecución privada de la punición al culpable, constituía un deber moral y jurídico para los herederos de la persona muerta. Más allá de aparecer como una reacción de pura violencia, momento privatístico que renegaba del derecho y del Estado, la "*vindicatio*" constituía un verdadero y propio "*officium pietatis*" en cabeza del heredero, tanto que le habría sido negado sustraerse al deber de perseguir al asesino y al acusador de su propio padre. Florentino, en el *libro de iustitia et iure* recogía perspicazmente el deber de rechazar la ofensa y de realizar la justicia, en el principio común de derecho natural que estigmatiza como *nefas*<sup>18</sup> la insidia llevada al otro hombre "*cum inter nos cognitionem quandam natura constituit*"<sup>19</sup>.

Cicerón, por otra parte, en un pasaje del *de inventione* ya citado, reconoce en la virtud de la justicia un plexo compuesto de hábitos espirituales, donde la "*vindicatio*" está estrechamente unida a la "religión", como observancia de los ritos sagrados en honor a una naturaleza superior a la humana, a la "piedad" como honor debido a la patria y a los propios consanguíneos, a la "gratitud" como sentimiento de reconocimiento de la amistad que los otros le habían brindado, a la "reverencia" como sentimiento de respeto por aquéllos que lo superan en dignidad, a la "verdad" como sentimiento que, reconociendo el primado del ser, lleva de tal manera, a no alterarla sobre las cosas

<sup>18</sup> Nefasto (en el sentido romano, esto es, "ilícito" especialmente en el ámbito de la ley divina).

<sup>19</sup> Porque la naturaleza ha establecido entre nosotros un cierto parentesco.

pasadas, presentes y futuras. La *"vindicatio"* entonces es un estímulo activo y dinámico, íncito en la naturaleza del hombre, que excita a la voluntad a garantizar y tutelar el orden de los valores que constituyen el tejido viviente de la comunidad humana, bajo la providencia de Dios, en el respeto de la realidad del mundo y en el articularse vivificador de las relaciones que producen en cada uno el alimento indispensable para el crecimiento físico y espiritual.

La pena, entonces, expresa un deber de justicia que incumbe a cada hombre y que, en función de organizarse la sociedad compleja en Estado, termina por concentrarse institucionalmente sobre aquéllos que la representan, asumiendo sobre sí el cumplimiento del ejercicio de los deberes principalmente gravosos sobre cada uno.

Así como la pena jurídica no constituye solamente la expresión de un deber de justicia connatural al hombre, que impone la reafirmación del orden de los valores perturbados por la fractura del delito, es además así motivo de purificación y germen de reconciliación. Se trata del aspecto de la pena más difícil y complejo en relación al cual es menester tentar alguna profundización.

Parece ante todo oportuno recurrir al soporte de la filología, teniendo en cuenta la Degnitá XIII de la Ciencia Nueva, varias veces mencionada, según la cual *"las ideas uniformes nacidas dentro mismo de los pueblos, ellos mismos desconocidos entre sí, deben tener un motivo común de verdaderas"*. En efecto los estudios dedicados a los medios de respuesta punitiva en la Grecia antigua y en Roma, con la reconstrucción en el tiempo de las formas de ejecución capital, han revelado que la pena regulada por un procedimiento de tipo ritual, poseía un significado y una función mágico-sacra. Como ha escrito Eva Cantarella *"...la muerte del culpable inmolada a los dioses, era entonces un acto de expiación, un gesto catártico, acto de culto destinado a restablecer aquello que los romanos llamaban la 'pax deorum'"*.

Las precipitaciones desde lo alto, la sepultura de vivos, y las sumersiones, aparecen inspiradas en el mismo principio retributivo y ha vuelto a lograr su fin de consagrar y consignar de modo sacrificial a los dioses al culpable en expiación de la culpa. Evidente es el significado sacrificial de la *suspensio* al *arbor infelix* prevista por la *lex horrendi carminis* para la *perduellio*, donde la prescripción que *"al reo se le cubre la cabeza -caput obnubitio"* confirma la inmolación del reo a los dioses, a quienes estaba consagrado el "árbol infeliz". El suplicio del fuego previsto en las XII Tablas para el incendiario, además de expresar el principio talional de modo evidente, parece además im-

puesto en honor de Ceres diosa de las mieses. Con la pena del costal, descrita por Modestino, reservada al parricida, se celebraba un rito muy particular. Inmediatamente después de la condena, al parricida se le hacía calzar zuecos de madera y sobre su rostro se colocaba una capucha de piel de lobo. El culpable antes de ser cosido el odre en que se lo colocaba, era castigado con una vara obtenida de la *infelicia ligna*. En el odre, junto con él se habían colocado cuatro animales: un perro, un gallo, una víbora y una mona, que lo laceraban a lo largo del trayecto hacia el agua que finalmente lo habría de recibir. Venía cosido en el *culleus* de modo que, privado del contacto con el aire, con la tierra y con el agua, no pudiera contaminar a éstos: “*Cosido en un culleus y encerrado en su estrechez mortal....sería arrojado al mar si estaba cerca, o a un río, para que comience en vida a faltarle todo uso de los elementos, y sea privado del cielo mientras viva y de la tierra una vez muerto*”.

El significado sacrificial y expiatorio de tal pena es evidente y lo deja vislumbrar cada fase del procedimiento, con la fustigación, y con la inclusión en el costal de los animales una vez cocido éste. Más allá del aspecto de disuasión, señalado por Cicerón, la pena parece sobre todo una *procuratio prodigii*, precedida por una ceremonia purificadora, con la cual, develando la monstruosidad del crimen, se quería realizar en forma de contrapeso la expiación de la culpa concentrando sobre el culpable y haciendo perecer con él todo el mal que su acción había revelado contra la naturaleza.

La pena arcaica, entonces, que conserva evidentes los caracteres sacrificales aún en la época histórica, aparece como sacramento de la restauración del orden cósmico y ético violado. El sufrimiento de la pena purifica el espacio civil y rescata la caída por la culpa.

Ciertamente se ha notado precedentemente cómo la pena jurídica, impuesta por decisión de un juez o por la acción vindicativa de la persona ofendida o de un consanguíneo, es conceptualmente distinta de la pena natural, consistente en la separación del reo de la comunión con la cosa divina y humana.

La *sacer esse* (sacertà) romana, en su faz más arcaica cuando el abandono físico del reo en el espacio hostil circundante comportaba inevitablemente su muerte oscura y terrible, en forma de dedicación a los dioses del infierno, viene casi a asimilar pena natural con pena jurídica identificando la segunda a la primera. Pero cuanto más se aleja de esta inmediatez originaria, la pena jurídica tiende más a distinguirse de la pena natural, cargándose de rituales que no manifies-

tan ya el significado purificador y reconciliatorio. Con la ejecución de la pena la sociedad purifica el espacio contaminado: en verdad, la perturbación del *kósmos* provocada por el delito puede ser expiada por un rito victimario por el cual el culpable *pharmacós*, corruptor, a través del padecimiento de la pena se transforma en *phármacon*, medicina que cura, produciendo los frutos benéficos de la redención también sobre los otros miembros de la comunidad.

Si nos aproximamos a la pena de los antiguos con la mirada dirigida como lo hace Vico, a reconocer con la debida *pietas* el "*motivo común de verdad*", no podemos dejar de maravillarnos de la unidad profunda de significado, oculto y encerrado en la cruel modalidad con la cual la fantasía mítica había revestido y acompañado la ejecución de la pena.

Para la mentalidad mítico-mágica, el significado de la pena consiste en la purificación del espacio contaminado y en la restauración sacramental del orden: en el culpable son objetivadas, a través de la sacra representación, las fuerzas del mal. Las penas crueles y el contrapreso manifiestan la coincidencia entre el mal de la culpa y el mal de la pena, idónea para realizar eficazmente la restauración. En efecto, frente a la ley del cambio equivalente, que regula en varios niveles el dinamismo tanto de la naturaleza, cuanto de la vida económica y de la vida moral de los hombres, está la esfera divina del don gratuito y la esfera demoníaca del anonadamiento: la primera, propia de quien da sin pretender nada a cambio extrayendo de la difusión del Bien siempre nuevas riquezas a donar; la segunda propia de quien saca sin dar nada a cambio, empobreciendo la realidad hasta convertirla en un desierto, con lo que nada quedaría de la realidad, si la tendencia nihilista no fuese contrarrestada.

El mundo del delito pertenece a la esfera demoníaca de quien toma sin dar, como se pone de manifiesto en el caso de la rapiña y el hurto, así como en los de quienes destruyen los bienes contra razón, como en el caso del homicidio, y, por último, como aparece evidente en muchos otros delitos mediante el aniquilamiento de otros y del mundo circundante.

Puesto que *factum infectum fieri nequit*<sup>20</sup>, el imperativo de la justicia, como principio de equivalencia entre lo que se toma y lo que se da, grabado como ley por la naturaleza, como tendencia en la vida económica y como inclinación en la vida moral, impone igualar con un

<sup>20</sup> No se puede hacer que un hecho resulte que no haya sido hecho.



equivalente lo que ha sido quitado sin razón, esto es, sin ceder un valor correspondiente. Con la pena, que sacrifica un bien del culpable, la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, el tiempo, se viene a recobrar en términos de equivalencia, no la cosa destruida, sino su valor, así como se asegura la inmortalidad de ese valor, a pesar de la desaparición de la cosa. Como ha escrito con profundidad Hugo Marcus "*...la justicia, realizada universalmente, apunta a la inmortalidad del valor, esto es al mantenimiento de la común jerarquía de los valores por la pérdida del objeto singular*". Ciertamente es que de modo real, y no aparentemente, la pena es intrínsecamente enmendadora, como bien había entrevisto Platón en el Gorgia, respondiendo a Polo. Independientemente del sentimiento de culpabilidad que de suyo tenía la persona castigada por el sufrimiento dentro del cual aquella es consumada, la pena constituye un valor concreto y real que sirve en alguna medida para compensar el valor que ha sido destruido. Y, según una economía misteriosa, aquello que ha sido veneno, con el sufrimiento para autor y para todos, se convierte en medicina. Sin embargo, aun cuando el sufrimiento en el que consiste la pena constituya un valor que si bien es intrínsecamente medicinal para el reo y para la sociedad, la destrucción acarreada por el mal del delito, todavía no podrá ser realmente compensada sino por la gratuidad del don proveniente de Dios, en cuanto solamente es el Bien en sí mismo el que puede, de modo real, dar gratuitamente sin requerir nada a cambio. Y ello se ha revelado de manera sublime con el acontecimiento cristiano, por el cual Dios mismo toma en su Hijo la naturaleza humana, padece con su vida, y, con la muerte sacrificial, redime la culpa del hombre.

La Encarnación, la Pasión y la Muerte de Cristo quebrantaron definitivamente el discurso mítico-mágico de la pena, porque lo que antes había sido cumplido figuradamente, en un esfuerzo vano de la razón fantástica (pero no por esto menos merecedor de respeto extraordinario), para representar y realizar la exigencia niveladora de la justicia que se halla grabada como inclinación en el espíritu humano, es cierta y efectivamente realizado, por un don gratuito proveniente de lo Alto, de manera real y definitiva.

El acontecimiento cristiano deroga el mito no porque lo niegue racionalmente, sino porque lo verifica concretamente: lo que en el mito era representación figurada y, por ello, simple signo ineficaz y preparatorio en conmemoración de lo que había acaecido, la restauración teándrica, la reconciliación entre Dios y el hombre, prometida

desde lo Alto en el momento mismo de la imposición del castigo por la culpa, se vuelve realidad, realización, actualización plena, mediante la Encarnación, la Pasión y la Muerte del hijo de Dios, Jesucristo, segunda persona de la Santísima Trinidad.

Podemos y debemos disipar por consiguiente, en la nueva economía de las naciones civilizadas las penas crueles que buscaban ineficazmente, en una obstinación tanto más vana cuanto más trágicamente patética, realizar la nivelación de los valores y la purificación del espacio contaminado. Pero no desaparece, y no debe desaparecer, hasta que queden eliminados los delitos y la pena como valor respecto del sufrimiento del culpable. Y aun cuando es inidónea para equiparar el valor de aquello que ha sido injustamente aniquilado, expresa todavía, con el primado del orden moral sobre el arbitrio del individuo y con la subordinación de cada uno, querida ésta o no querida, a la Providencia divina, expresa todavía repetimos, la coparticipación del hombre culpable al sufrimiento de Aquél que ha saldado, de una vez por todas y con eficacia respecto de todos, la cuenta de la culpa.

## **LA PENA COMO RETRIBUCIÓN Y REDENCIÓN.**

(Comentario al artículo de Mauro Ronco)

LUIS MARÍA RIZZI\*

1. El Prof. MAURO RONCO, ha presentado un interesante y novedoso artículo en el que aludiendo a principios del derecho penal en general, se refiere especialmente a la concepción y justificación de la pena. Pero no debe creerse que cuando decimos novedad, estamos expresando que se trata de aproximaciones inéditas u originales; lo novedoso, en realidad, es que en esta época actual del Derecho Penal, alguien vuelva sobre conceptos clásicos, y más aún, que parte del estudio se dirija o se base en las Sagradas Escrituras.

Es verdaderamente estimulante compartir con el autor el placer de calificar como "*hermosa expresión*", a "*los grandes legados de la antigüedad*", en los que se adentra de la mano de Gianbattista Vico. Claro que las ideas que expone el Prof. RONCO, requieren además de parte del lector, una participación —aunque sólo sea primariamente— en la convicción de que también los principios que los hombres aplicamos para sancionar o castigar a nues-

\* Profesor Adjunto. Derecho Penal I. UCA.

tros semejantes, forman parte del plan de un Creador y derivan entonces de leyes por Él inspiradas, y hacia las que, en definitiva, nuestras normas deben adecuarse, si pretendemos concebirlas del modo más justo que desde nuestra condición humana podamos lograr. Porque la justificación y legitimación de la pena y el castigo continúa siendo uno de los problemas centrales del derecho penal, y podemos afirmar que no encuentra respuesta o solución válida y completa, si no es justamente en el cauce, en la corriente, de una concepción que parta del Principio de los principios.

En esta tesis, comienza RONCO aludiendo a la certeza de la autoridad del género humano. Y debe destacarse esta introducción, pues la certeza se define como la certidumbre o acto del espíritu por el cual se reconoce sin reservas la verdad o falsedad de una cosa. Quienes hacen esta definición dicen que no puede equipararse ni a la evidencia ni a la creencia. Pero también que es un acto firme de la mente, que no garantiza su correspondencia con la realidad, aunque se pueda suponer que hay tanto mayor correspondencia con la realidad, cuanto mayor sea la firmeza.

Gianbattista Vico, (1668-1744) fue historiador, profesor de retórica y de derecho. Sostenía un nuevo modo de conocimiento humano, subrayando que el hombre sólo puede entender las cosas que él mismo hace, y en el cual la verdad filológica corrobora la verdad filosófica. Para él, la reducción de la verdad a lo hecho, la igualdad del *factum* y el *verum*, hace que el hombre pueda conocer y entender la Historia, que es su propia realidad; pero no a la naturaleza, a la que sólo Dios puede comprenderla.

Sin embargo, en virtud de la humanidad común entre Creador e intérprete, existe la posibilidad de una comunicación: la capacidad de los hombres, que, aún perteneciendo a épocas lejanas y distintas, se comunican y participan del presupuesto de la humanidad a la que pertenecen, en la que una certeza propia del sentido común, infunde un mismo mensaje, más allá de las transformaciones culturales.

Así, señala el Prof. RONCO, *“que la idea común a todos los pueblos y recurrente en todos los tiempos, expresa lo que es la verdad permanente”*, que aunque oculta, desfigurada y confundida, constituye una *“sustancia incorruptible y el sostén inconculcable de la vida de la humanidad”*, y sobre el sentido común del género humano, está fundado el derecho natural de gentes, como *“un juicio sin reflexión alguna, comúnmente sentido de todo un orden, de todo un pueblo, de toda una nación o de todo el género humano”*. Y este es el descubrimiento de Vico, fundado sobre la intuición de un sentido común a toda la humanidad, como ámbito de certeza que deriva directamente de la experiencia en cuanto tal, y no mediante abstracciones culturalmente elaboradas e inmersas en categorizaciones artificiales.

Se concluye así, que a esos principios que Dios ha puesto en el mundo, y que como universales y eternos, posibles de ser captados en todos los tiempos y por todos los hombres sin reflexión alguna, son a los que debe referirse el derecho, no solamente como lo justo, en nuestra generalizada concepción

tomista, sino en la bella conjunción entre lo justo y lo verdadero, como la fórmula natural, de origen divino, que nutre su esencia.

2. Desde esta perspectiva entramos a estudiar junto al autor, a la pena, o mejor dicho su fundamento retributivo. Y el Prof. RONCO alude a la preponderancia de esta finalidad, pero no desde una posición exclusivamente dogmática, sino principalmente filosófica, y enmarcada interpretativamente en la historia de los pueblos de la antigüedad. Nos adentra así, a un análisis del sentido de la pena a través de los tiempos y de las civilizaciones que encauza al lector hacia conclusiones que verdaderamente se hace difícil objetar, y a las que nos referiremos enseguida.

Primeramente, resaltando a la retribución como una necesidad de justicia, como una vuelta al orden destruido o alterado por el delito, que debe restituirse por un imperativo que es de orden moral y que ha sido impuesto, escrito, que se encuentra ínsito en el corazón de todos los hombres.

Retribución que tiene la forma de castigo, sin duda. Pero alejado del sentimiento de venganza que parece conllevar el concepto. Y alejado también de la severidad. Creemos necesario advertir que resulta una verdadera falacia identificar a la retribución con la severidad o la venganza. RONCO lleva a la clara deducción que la "*vindicatio*" de los antiguos romanos, entraña una concepción bastante distinta que la simple venganza en la que puede pensar el hombre de nuestro siglo. Aquella era un especial derecho y a la vez obligación a cumplir directa o supletoriamente (para el caso de inactividad o imposibilidad de la autoridad) con ese mandato moral y divino supremo que el hombre antiguo creía interpretar.

Incluso la "*sacertá*" (término italiano que no conviene traducir, y al que puede aproximarse la afrenta a la divinidad vinculada a la idea de separación y de abandono) era una manifestación extrema de dejar librado a los dioses o al infierno, la suerte de quien no convenía siquiera castigar dentro de los límites de la ciudad, evitando así conculcar la pureza de esta.

Porque la idea de la impureza del delito y su consecuente necesidad de purificación, reviste una imprescindible referencia cuando se trata de la pena. El repudio de la comunidad frente al que ha quebrantado las leyes, exige el castigo no como mero pago o restablecimiento del equilibrio quebrado, sino como satisfacción a modo de rescate de su condición de miembro del cuerpo social, y en el sentido de redención (redimir, del latín "*emere*", coger, comprar, volver a comprar).

Es decir, no se paga el daño cometido, pues es claro que esa no es la finalidad de la pena, y que no debe confundirse a esta con la indemnización. Sino que lo que debe obrarse es ese "rescate", entendido como la superación de ese estado que podríamos denominar de inferioridad social, y que somete al culpable a la obligación de satisfacer con algún sufrimiento, no el mal cometido, ni tampoco la alarma social producida, sino nada más ni nada menos, que la vuelta a su puesto natural y originario en esa sociedad y a su reconciliación con esta.

Pero además, no debe perderse de vista, que precisamente por esa comunidad de naturaleza a la que pertenecen los hombres, esa superación de un estado desgraciado, es una necesidad para la propia sociedad, más allá de que el ofensor quiera o no efectuarla, y esté o no arrepentido. Así cuando la sociedad clama por el castigo a los culpables, no lo hace por satisfacer las ciertas o presuntas finalidades preventoras de la pena, pero tampoco por un puro y ciego sentido de venganza, en todo caso propio más de las víctimas o de sus parientes. A ese sentimiento de necesidad de justicia reparadora, la impulsa sin lugar a dudas, esa naturaleza común entre ofensor y ofendido que se ha alterado, se ha roto, y que es preciso recomponer mediante la introducción de una reacción contra el que cometió el delito, que le permitirá "recomprar" su participación en los beneficios de la comunidad, restableciendo así la paz entre sus miembros.

Este es el sentido redentor de la pena, similar en su estructura, a la redención por los pecados. Pero no debe malinterpretarse esta observación, creyendo que lo se está propiciando es la confusión entre delito y pecado. De ninguna manera. Sólo observamos, incluso desde una perspectiva filológica, tal como a la que alude RONCO en su trabajo, que los grupos de palabras utilizados por las Sagradas Escrituras en el idioma del Antiguo Testamento, para designar la acción redentora, significan "*ayudar*", "*socorrer*", "*salvar*", "*venir en ayuda de*", y también "*rescatar*", "*liberar*", "*librar*" (por ejemplo, Ex 13,15; Num 3,12; Dt 9,26; 15,15; OS 7,13; Job 5,20, entre otros); y que la terminología neotestamentaria de la redención, utiliza, además de los verbos "*salvar*" y "*redimir*", los sinónimos griegos de los términos utilizados en el Antiguo Testamento, pero también expresiones como "*rescatar*" (1 Cor 7,23; 2 Pe 2,1) "*liberar*" (Rom 6,18.22; 8,2.21; Gál.5,1) y "*reconciliar*" (Rom 5,10; 2 Cor 5, 18-20). Y sobre esta base, señalamos que, así como con su expiación Jesucristo redimió a la humanidad de su estado de miseria y muerte por la ofensa que significó el pecado, las penas que aplicamos los hombres, redimen a estos frente a la sociedad, salvándolos incluso, de males peores, como podría ser, la propia venganza privada o los métodos de Lynch.

Utilizamos entonces la referencia bíblica y el ejemplo religioso, con la sola finalidad ilustrativa, pero no sin dejar de reconocer, que la expiación redentora, como fundamento de la pena, aunque circumscripita a su justo significado social, y no religioso, tiene con este un mismo origen, que no es otro que aquella certeza de la que hicimos referencia al principio de este breve comentario, proveniente de la universal necesidad, en todas las civilizaciones, más o menos evolucionadas, más o menos cercanas, de asignar a determinadas conductas, reacciones similares en su esencia.

Sólo en este sentido, puede volverse entonces a diferenciar correctamente el principio retributivo de la sanción, de simples reacciones vindicativas o de violencia estatal, que llevan a considerar a la pena desde la perspectiva exclusiva de un mal puro, liso y llano, y como tal, inútil y repugnante a principios humanitarios elementales. Enriquecido, en vez, con aquella fina-

lidad redentora, de rescate social y de liberación moral, el castigo retributivo recobra un sentido al que, por lo demás, nada obsta a que se le encuentre también una funcionalidad preventora.

Reiteramos aquí la observación ya efectuada, respecto de que retribución, no debe confundirse con severidad o con penas más graves. Por el contrario, desde este ángulo de la redención expiatoria, hasta cabría elaborar otra forma de crítica a la pena de muerte, pues podría argumentarse, ejemplificativamente, que carece de sentido “rescatar” o “reconciliar” o “salvar redimiéndolo” a quien va a morir. Además, puede aceptarse también, que, como se sostiene en general, las penas excesivamente severas producen un embotamiento de la sensibilidad por la violencia que significan, que también resulta claramente contraproducente a esa finalidad reconciliadora.

En definitiva y como conclusión, creemos que la gravedad intrínseca que supone la necesidad de los hombres de castigar a sus semejantes en determinadas circunstancias, no puede olvidar que, como seres moralmente trascendentes, la pena conlleva, además de su manifestación puramente física, una referencia esencial a su justificación espiritual, tanto para los que condenan como para los que son condenados, que es anterior a todo finalismo general o especial previsionístico, y que responde, en unos y otros, a una necesidad insoslayable de purificación y reconciliación, proveniente no de la cultura ni de las costumbres, sino de la propia naturaleza superior que comparten.

## IN MEMORIAN

Dr. Ricardo Zorraquín Becú (1911-2000)

### **Palabras pronunciadas en el Cementerio de la Recoleta, por el Dr. Bernardino Montejano.**

La Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires me ha encomendado la difícil tarea de despedir en su nombre al Dr. Ricardo Zorraquín Becú.

Lo haré recordándolo como universitario y como católico ejemplar; todo ello en el marco de una virtud hoy muy olvidada, anexa a la justicia: la observancia. En nuestros días hasta su nombre se encuentra recluso en el ámbito recoleta de los diccionarios y sin embargo su ejercicio es necesario para una vida social sana.

La observancia nos mueve a rendir el honor debido a quienes, como el Dr. Zorraquín Becú, son causa de bienes comunes y con quienes, hagamos lo que hagamos siempre quedaremos en deuda.

Lo recuerdo como universitario de un modo muy particular, porque fue mi primer profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, porque en su cátedra inicié mi carrera docente y desde entonces gocé de su amistad y compañía durante más de treinta y cinco años. Nunca abandonó ni dejó solos a sus discípulos.

Lo recuerdo como universitario que supo encarnar en su vida la definición que Alfonso el Sabio estampara en las Partidas: "ayuntamiento de maestros y escolares, hecho en algún lugar con voluntad y entendimiento de aprender los saberes".

La preocupación por la verdad, por el aprendizaje de los saberes, por la investigación, estuvo presente desde sus años juveniles, cuando su obra "El federalismo argentino" obtuvo el Premio Facultad, hasta

hace muy poco cuando nos regaló, una dura crítica a un destacado teólogo, con un opúsculo cuyo título no se presta a ningún equívoco: "Omisiones y errores de Francisco de Vitoria".

Y aquí quiero destacar su aporte en el Quinto Centenario del Descubrimiento de América, cuando ante vaguedades que daban prioridad al "encuentro" entre dos mundos, reivindicó con energía el descubrimiento como empresa hispana. Es verdad que Colón y las carabelas castellanas buscaban el Oriente a través del Occidente, que el nuevo continente se les aparece como diciendo "aquí estoy", pero, como afirma Juan Zorrilla de San Martín, ¿quién fue capaz de provocar al abismo? Sólo España.

Ricardo Zorraquín Becú fue un católico ejemplar, humilde y sin alardes. Su palabra, eco del mandato evangélico fue: Sí, sí, no, no. Sirvió a la Iglesia y nunca, como lo hacen tantos, se sirvió de ella; sirvió a la Universidad y a la Universidad Católica en particular, con singular generosidad, como investigador, docente y directivo.

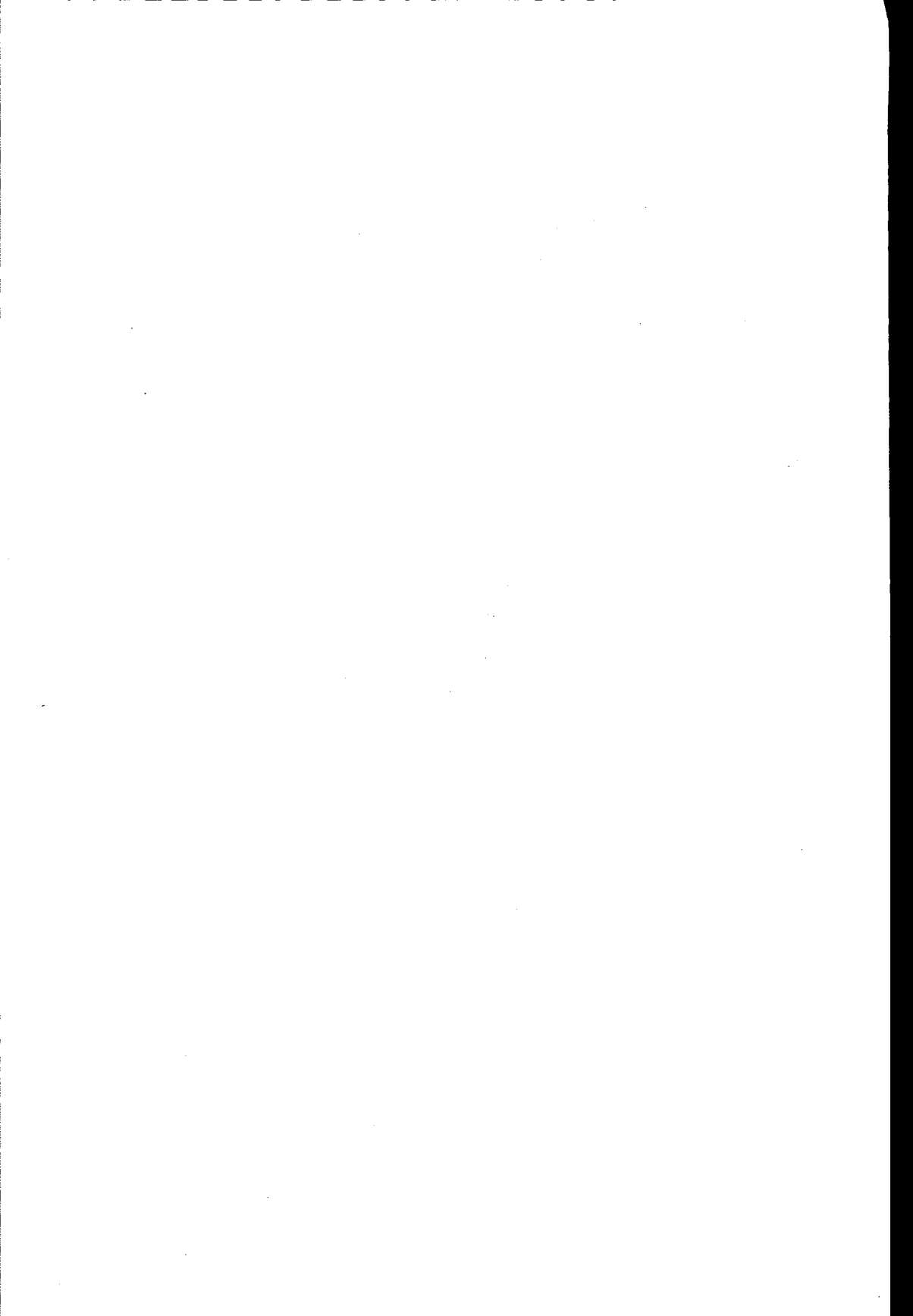
Ayer, cuando enterado de la infausta nueva, meditaba esta despedida, me vino a la memoria la oración del fin de Charles Maurras: "Señor, adorméceme en vuestra paz cierta, entre los brazos de la Esperanza y el Amor. Hecho y nacido soy para la luz, concédeme que se eternice el día".

El día eterno, la luz perpetua ya brilla para él y nosotros tenemos la esperanza de volverlo a ver, no ya esperando la muerte, sino como expresa San Agustín, transfigurado y feliz, transitando los senderos nuevos de la luz y de la vida, bebiendo a los pies de Dios de un néctar del cual nadie se saciará jamás.

Ricardo Zorraquín Becú, maestro y amigo, descansa en paz.



# DOCUMENTOS



PORTADA, ÍNDICE Y PRIMER EDITORIAL  
DEL N° 1 DE "PRUDENTIA IURIS"  
AGOSTO DE 1980





## I

|  |     |
|--|-----|
| <i>Editorial</i> : Presentación .....  | 3   |
| <i>Tomás D. Casares</i> : Prudentia Iuris .....  | 5   |
| <i>Werner Goldschmidt</i> : Jurisdicción Internacional directa e indirecta ....  | 9   |
| <i>Carlos Ignacio Massini</i> : El conocimiento práctico (Introducción a sus cuestiones fundamentales) .....                                 | 27  |
| <i>Alfredo Di Pietro</i> : Ius fasque est (estudio sobre las relaciones entre lo jurídico y lo sagrado en el primitivo derecho romano) ..... | 63  |
| <i>Antonio Boggiano</i> : El Derecho Internacional Privado actual a la luz del ius-naturalismo clásico .....                                 | 101 |
| Documentos .....   | 141 |
| Notas bibliográficas .....   | 146 |

**Agosto 1980***Reg. Nac. de la Propiedad Intelectual en trámite*

## PRESENTACION

*"Prudentia Iuris" será el órgano periódico expresivo de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Lo será, no para dar cuenta de cuanto pueda ocurrir entre los claustros y los corrillos de la Escuela, o para notoriedad y promoción de quienes en ella enseñan, estudian o trabajan, sino para dar testimonio de lo que la Escuela misma tiene de más esencial y profundo, de lo que constituye su razón de ser como instituto de investigación y docencia: la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe.*

*Nuestro programa ha sido expresado artísticamente en la carátula dibujada por Don Francisco Fornieles: sobre el trasfondo del orden natural instituido por Dios, Creador y Legislador del Universo, se destaca la reordenadora Sabiduría Cristiana, representada por el más alto exponente de la Teología Católica, Maestro Común de todos los tiempos. Es decir: orientados por Santo Tomás de Aquino, nos apoyaremos en los inmovibles principios del Derecho Natural, del Derecho Divino Natural.*

*"Prudentia Iuris" será, pues, reflejo de la tarea ardua y cotidiana que, dentro de la concepción genérica y del ámbito de nuestra Universidad, especifica a su Escuela de Derecho; y, precisamente por ser tal, será también herramienta insustituible para que dicha tarea pueda llevarse a cabo con eficacia. Sus páginas estarán siempre a disposición de los profesores y los estudiosos que deseen colaborar en la señalada empresa, dentro de las pautas arriba señaladas.*

*En suma, la razón de ser de "Prudentia Iuris" se confunde casi con la razón de ser de nuestra Escuela de Derecho, como instituto que es de una Universidad cuya función primordial es precisamente promover la integración del saber dentro de una cosmovisión cristiana total y coherente. Y esta tarea que debemos realizar en cumplimiento del mandato que la Iglesia nos ha confiado, redundará, sin duda, en bien de la República, tan trabajada por un largo siglo de positivismo jurídico. Sin bajar al terreno de la política contingente, manteniéndonos en el plano superior de los principios, esclareciéndolos, contribuiremos a la superación de los errores doctrinarios acumulados y de sus malas consecuencias que se hacen sentir en la vida social argentina.*

*Queda pues en claro el ámbito y el nivel en que desenvolverá su acción. Será una revista de doctrina; de alta doctrina. Los temas profe-*

sionales, los casos jurisprudenciales corrientes y la mera interpretación de las leyes positivas, no entrarán en el campo de sus preocupaciones. Ya trata de todo ello la revista "El Derecho", y lo hace muy bien. "Prudentia Iuris" viene a satisfacer un requerimiento peculiar y distinto; tiene una misión que le es propia, pero que, en cierta medida, complementa la de aquella, que, por lo demás, le otorga su apoyo y sostén.

Dios mediante, "Prudentia Iuris" saldrá cuatrimestralmente. Su redacción ha sido confiada a cinco Codirectores y a una Junta Asesora donde están representadas todas las ramas de la ciencia jurídica, asistidos por un Secretario. Provisoriamente el Decano de la Facultad asume la responsabilidad de la Dirección General.

S. E.



**SUMARIO DEL PRIMER NÚMERO DE  
"UNIVERSITAS"  
AGOSTO 1967**



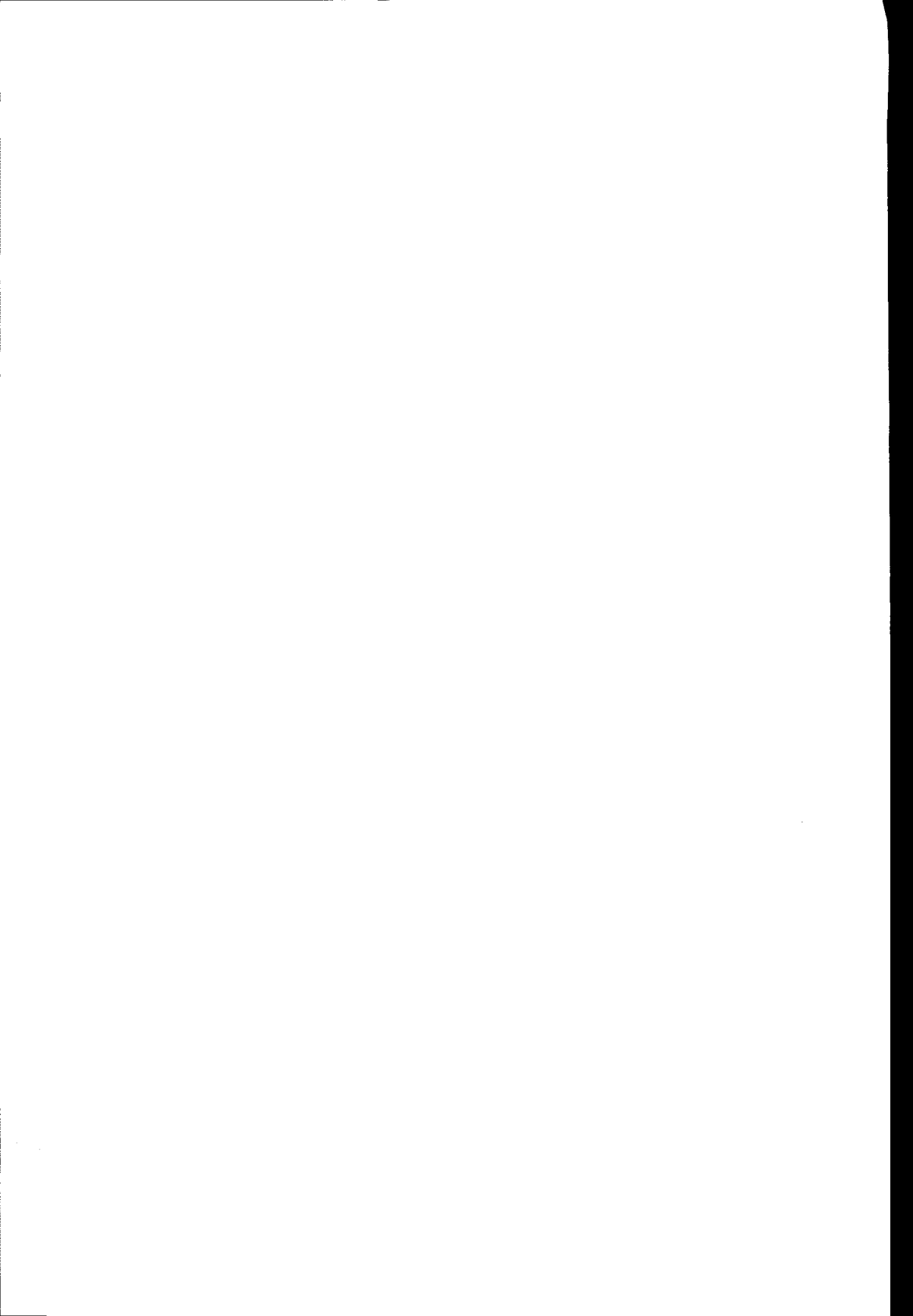


SUMARIO

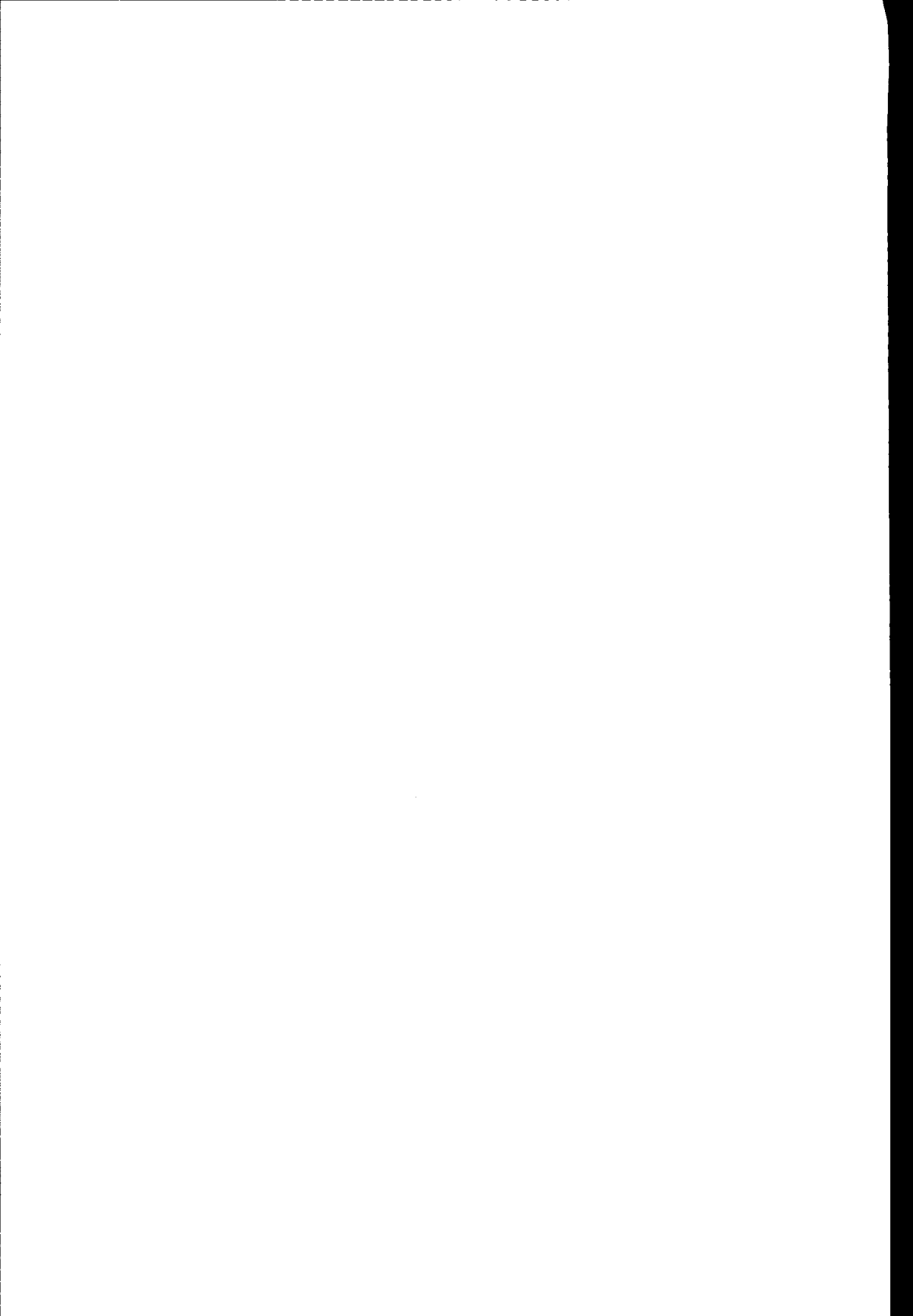
|   |    |
|---|----|
| Editorial: En el año de la Fe .....   | 1  |
| <b>ARTICULOS</b>  |    |
| El Nuevo humanismo en la Populorum Progressio de Paulo VI. Por<br><i>Octavio N. Derisi</i> .....      | 3  |
| Plenitud del Derecho. Por <i>Tomás D. Casares</i> .....   | 18 |
| Música y Universidad. Por <i>Roberto Caamaño</i> .....  | 36 |
| <b>POESIAS</b>  |    |
| Tres poemas. Por <i>Jacobo Fijman</i> .....   | 48 |
| 1806 - 1807. Por <i>Juan Luis Gallardo</i> .....  | 67 |
| <b>ESCOLIOS</b>   |    |
| Sobre las relaciones entre la Filosofía y las Ciencias Positivas. Por<br><i>Juan A. Casubón</i> ..... | 48 |
| Teología y Universidad. Por <i>Carlos Sanz</i> .....  | 54 |
| Sobre el sostenimiento del culto. Por <i>Santiago de Estrada</i> .....                                | 59 |
| Frasas abstractas sobre arte concreto. Por <i>Hugo Parpagnoli</i> .....                               | 65 |
| <b>NUESTRO TIEMPO</b>   |    |
| El Padre Sauto .....  | 68 |
| La vida internacional .....   | 72 |
| Nuestro país .....  | 77 |
| <b>VIDA UNIVERSITARIA</b>   |    |
| Presentación .....  | 80 |
| Noticias .....  | 82 |
| <b>ARTES</b>  |    |
| Música .....  | 88 |
| Cine .....  | 92 |
| <b>CRÍTICA DE REVISTAS</b> .....  | 94 |

En el número próximo "UNIVERSITAS" se ocupará especialmente de la misión que deben cumplir las universidades católicas.

La difusión parcial de los documentos elaborados por el Departamento de Educación del CELAM, en las reuniones efectuadas en Buga, Colombia, en febrero último, —cuya versión oficial ha llegado a nuestras manos, estando ya en prensa este número—, hace necesario un estudio objetivo y completo de la cuestión.



## RECENSIONES



**EL MATRIMONIO EN OCCIDENTE TORINO**  
**JEAN GAUDEMET - Sociedad Editora Internacional**  
**Torino - 1996 - 434 páginas.**

El autor es abogado y canonista. Se ha desempeñado como docente de la facultad de Derecho de prestigiosas universidades francesas, como ser Grenoble, Strasburgo y, por casi treinta años, en la de París. Como investigador ha descollado en el estudio de las instituciones de la Antigüedad Tardía. Ha sido miembro de numerosos institutos culturales europeos, dirigió el Instituto de Historia del Derecho Canónico de la Universidad de Strasburgo, fue consejero de la Comisión Pontificia para la revisión del derecho canónico, y autor de numerosas obras sobre derecho canónico y romano, entre ellas "Historia del Derecho Canónico", "Las fuentes del derecho de la Iglesia en occidente del II al VII siglo" y "La Iglesia en el Imperio Romano (IV-V siglo)", etc. .

Como se desprende del título de la obra, el tema sobre el que gira este libro es el matrimonio, el cual será analizado desde la perspectiva de un canonista, por lo que se circunscribe exclusivamente a las características que adopta en occidente; lo peculiar y gratamente destacable es que no se ciñe únicamente a su aspecto histórico —no obstante ser este el campo más rico que tiene este libro— sino que trasciende este ámbito para ocuparse —con elogiada amenidad— de cuestiones que afectan al matrimonio en la actualidad, e introduciendo incluso datos estadísticos recientes de la realidad europea respecto a la menor proporción de matrimonios que se celebran —tanto religiosos como civiles— comparada con el aumento de las uniones libres, el incremento de los divorcios, la disminución de la tasa de natalidad, etc. Debe destacarse que el autor construye con su relato un puente que nos ayuda a transitar de lo histórico a la actualidad sin obviar

etapas, analizando los vaivenes del matrimonio y otras cuestiones conexas conforme a la evolución de la humanidad desde los romanos a la época contemporánea.

Para desarrollar la idea central el autor se remonta al Imperio Romano justamente por ser ese el contexto histórico donde nace la Iglesia Católica. Situado históricamente en esa época comienza por analizar profusamente las notas distintivas del *iustum matrimonium* romano que era, por otra parte, el único capaz de producir efectos jurídicos.

Realiza comparaciones entre el matrimonio romano y el de otros pueblos antiguos a los efectos de resaltar algunos de sus caracteres propios. También se ocupa de estudiar las reformulaciones que el Cristianismo le aportó, las cuales fueron graduales puesto que, como es sabido, en los primeros tiempos de la Iglesia no existía un derecho cristiano global del matrimonio sino que se regulaba en forma aislada y para cuestiones particulares por medio de concilios. Es así que no obstante existir en Roma ciertas prohibiciones para contraer matrimonio, es el Derecho Canónico el que se ocupa de realizar una teoría de los impedimentos y de la nulidad matrimonial, la que es analizada por el autor. En el caso de los primeros lo hace en forma sistemática, ya que se ocupa de cada uno de ellos profunda pero suscintamente.

Del mismo modo, analiza los elementos que se fueron introduciendo en la vida conyugal y que produjeron la decadencia del matrimonio en la actualidad. Como sucede con la equiparación que en materia de derechos patrimoniales realiza a diario la jurisprudencia de los diferentes países, al reconocerle un estatus análogo a las uniones matrimoniales y extramatrimoniales. Otra cuestión que el autor nos presenta como un factor que debilita al matrimonio, es el divorcio, el cual como él mismo plantea ha dejado de tener un matiz reprobatorio desde el punto de vista social, como antaño, e incluso peor aún, ha sido incorporado en casi todas las legislaciones de los países del mundo.

Otro aspecto destacable de esta obra reside en el análisis que se efectúa de aquellos cambios que produjo la Reforma al quebrar la unidad del mundo cristiano, innovación que afectó también al matrimonio, el cual para los católicos apostólicos romanos estaba sometido a una moral más férrea que para los disidentes. Esto se evidenciaba sobre todo en el apartamiento de la teoría de los impedimentos matrimoniales que regía antes de la escisión debido al cuestionamiento de



algunas de las prohibiciones y en la reintroducción del divorcio. Frente a este estado de cosas y tras las cuestiones debatidas en el Concilio de Trento (1545-1563), el tratamiento de las cuestiones relativas al matrimonio ocupó un lugar de privilegio en relación al tratamiento que recibieron otras instituciones examinadas en esa oportunidad. El motivo de esa especial atención y preocupación de los miembros de la Iglesia, se debió a los cambios y a la laxitud de las costumbres imperantes en ese período.

En cuanto a la secularización del matrimonio, esto fue muchas veces atribuido a la Revolución Francesa. No obstante, ella se inscribe en un vasto movimiento de secularización que desde el siglo XVI en adelante conquista progresivamente a toda Europa. Este proceso tiene su origen en los casos de matrimonios mixtos —entre católicos y no católicos— en donde se recurrió a la presencia de un oficial público a los efectos de darles legalidad. Este antecedente se fue generalizando dando lugar al nacimiento del matrimonio civil, ya no sólo para las uniones de personas de distintos credos sino que se tornó en una práctica exigida para cualquier celebración. Tanto es así que se disoció el matrimonio: por un lado se encontrará el contrato y por otro el sacramento. Valioso es el aporte que realiza el autor respecto a las modificaciones que la Revolución Francesa introdujo en el matrimonio, tanto más si tenemos presente que el Código Civil francés ha sido uno de los antecedentes en los que abrevó VÉLEZ SÁRSFIELD.

A efectos de sintetizar los contenidos tratados es difícil abarcar todo el material, por lo que sólo me resta por agregar lo valiosa que es la lectura de esta obra, no sólo para aquellos que están interesados en la investigación de temas relacionados con su contenido sino para quienes desean repasar la evolución de esta institución. Sobre todo porque el autor narra los hechos con objetividad, sin desacreditar posturas contrarias o tiñendo de subjetividad hechos históricos.

Por otro lado, y tomando otro aspecto, es interesante destacar la presentación que el autor realiza donde cita como antecedente de su trabajo a la obra de A. Esmein "El matrimonio en el derecho canónico" (1891) —que fuera posteriormente actualizada por R. Génestale y J. Dauvillier (1929-1935)— a la que Gaudemet reconoce el mérito de conservar todo su valor, que por cierto él no intenta sustituir con esta obra, sino que pretende complementarla con las recientes investigaciones históricas, que por cierto han abierto nuevas vías. Ello será lo que le posibilite ampliar su campo de incumbencia y no limitarse solamente al aspecto jurídico del matrimonio, para poder así estudiarlo

como un acto ligado a la condición de vida y a la historia del pensamiento social, logrando de esa forma ampliar notoriamente su ámbito de trabajo.

En cuanto a la organización externa de esta obra, puede decirse en primer lugar que su texto se halla dividido en varias secciones: presentación, introducción, cuatro partes con un título, las cuales contienen secciones subtituladas, y un epílogo también compartimentado. Asimismo, cuenta con una nutrida y bien lograda lista de notas que facilitan al lector la búsqueda de las remisiones que el autor realiza durante la narración. Debe destacarse también la excelente organización del índice bibliográfico, con las citas correctas y completas, el cual está meticulosamente dividido de acuerdo a las diversas características de las obras consultadas, ordenadas alfabéticamente.

Finalmente, se puede concluir que "El matrimonio en occidente" es una obra que plantea su objetivo de trabajo en forma clara y precisa, al tiempo que realiza un importante aporte informativo en la materia. El desarrollo de la narración es ameno, con títulos y subtítulos que orientan debidamente al lector y que fueron escogidos con gran precisión, ya que revelan en pocas palabras el contenido que enmarcan y despiertan una propicia curiosidad que atrapa, igual que constituye una valiosa guía para el furtivo consultante que busca solamente conocer algunos puntos que integran la obra.

AMELIA VIVIANA KÜHNE

**ECONOMÍA Y PETROLEO.**  
**DANIEL GUSTAVO MONTAMAT.**  
**Ed. Organización Editora PV (1995)**

El autor, vastamente conocido en el ambiente económico, doctorado en economía y derecho, ha sido Presidente de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (actual YPF-REPSOL S.A.) entre los años 1987/1989; y se desempeña desde 1999 como Secretario de Energía de la Nación.

El libro que comentamos, posee la virtud de haber contribuido a la racionalización y despolitización del debate petrolero en nuestro país.

Comienza el capítulo I relatando los primeros pasos de la industria nacional de hidrocarburos, la creación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales y el régimen legal de la industria. Asimismo destaca el monopolio ejercido por la empresa hasta la desregulación del sector. Se mencionan también las leyes 14.773 y 17.319, que declararon "inalienable e imprescriptible" el dominio de los yacimientos por parte del Estado Nacional, finalizando con la ley de federalización de hidrocarburos y la privatización de YPF.

Se analizan el concepto de "apropiación de la renta petrolera" por sobre el debate político, las nacionalizaciones de los años 50 y 60 y el principio que relaciona la renta petrolera con el riesgo exploratorio.

En el capítulo siguiente se describe la evolución del marco legal de la industria petrolera desde la sanción de la ley 17.319 hasta la 24.145 de transformación y privatización de YPF S.A.

El capítulo III nos introduce en los conceptos económicos fundamentales de esta industria, como el precio, el costo y la productividad. En esta dirección, sostiene MONTAMAT que "...la característica económica básica del régimen petrolero es calcular el valor de reservas que razonablemente se espera encontrar, contra el riesgo y costo de la

operación". Con relación a la política de precios, el autor describe a la República Argentina como país "price takers", en el sentido de no poder influir en el precio del crudo y sus derivados en el mercado internacional.

El régimen de las regalías es el tema tratado en el capítulo siguiente. Se describe el régimen de contralor y auditoría de las mismas realizado entre YPF y las provincias y define las regalías como la "apropiación de la renta hidrocarburífera por parte del receptor".

En el capítulo V se desarrolla la incidencia del régimen tributario en la actividad petrolera.

El capítulo siguiente aborda el tema de la competencia del mercado. Sostiene MONTAMAT que "...el mercado petrolero, tal como esta estructurado hoy en el mundo...es mucho más competitivo que el de décadas atrás. En este sentido se resalta la importancia de la exposición del mercado doméstico al internacional".

Pone de relieve el desplazamiento de la preocupación por el agotamiento de las reservas petroleras hacia la contaminación. Nos recuerda el autor que el petróleo, junto con el carbón y el gas, son los combustibles fósiles mas contaminantes. En esta línea, propone como remedio el otorgamiento de estímulos impositivos a las naftas sin plomo, y la incorporación de catalizadores en la industria automotriz.

En el capítulo VIII el autor efectúa un análisis comparativo del consumo energético en los países del Mercosur, se detiene en la complementación con Brasil, cuyo mercado describe como monopolístico y regulado. Finaliza marcando la necesaria armonización de políticas energéticas.

En el capítulo siguiente, MONTAMAT vaticina que "...durante los próximos 30 años las fuentes de energía fósil continuarán dominando la oferta energética mundial 'e invoca la' necesaria aplicación de nuevas tecnologías a la industria petrolera".

El petróleo y la energía en Latinoamérica son el tema abordado por el autor en el capítulo X, donde brindan un cuadro y análisis comparativo de las reservas petrolíferas mundiales.

En el último capítulo, se pronostica que "...si no hay descubrimientos significativos de nuevas reservas, a principios del siglo XXI Argentina volverá a ser importador nato en el mercado mundial".

En conclusión, nos encontramos con una obra de significativa trascendencia, llamada a tener gravitación en cualquier análisis de la política petrolera nacional de los próximos años.

ALEJANDRO P. MONTELEONE

## **ORDINAMENTI GIURIDICI DEL'EUROPA MEDIEVALE.**

**MARIO CARNEVALE**

**Bologna, Il Mulino, 2000, 742 págs.**

Entre los estudiantes –y estudiosos– de abogacía suele ser común la creencia que el derecho (romano) quedó “fijado” por la obra de Justiniano, reapareciendo con los “legistas” que influyeron en el absolutismo y fundamentalmente con el código napoleónico, que sirvió de base al derecho positivo contemporáneo. En el medio un “gran vacío” coincidente con los “siglos oscuros” de la Edad Media. Estudios como el que presentamos –facilitados por la mentalidad europeísta actual– ayudan a terminar con esta “leyenda negra” y solo por eso merecerían ser destacados. Hoy vemos con agrado reaparecer el llamado “derecho intermedio”.

Pero el texto de Mario Caravale –docente en la Universidad La Sapienza (Roma), co-director del Dizionario biografico degli italiani dell'Enciclopedia Italiana y autor de una serie de estudios sobre temas medievales– supera con creces ese objetivo.

Cada día resulta de mayor interés a cualquier homo iuris curioso interrogarse sobre cómo planteó y resolvió su antecesor medieval la “organización” de una sociedad desarticulada, en etapa de mera subsistencia o anomia,... feudal, evidenciada en aspectos tan diversos, pero vinculados, como la pluralidad de derechos, la mezcla de esferas y competencias, la particularidad de los derechos individuales o la indefinición entre derecho público y privado y –básicamente– cómo se interrelacionaba la costumbre con las normas legales.

Con profundo conocimiento –y uso– de la realidad social y económica el autor reconstruye –de manera exhaustiva– la formación del ordenamiento jurídico de las regiones claves de la Europa medieval. Señala con claridad la lenta evolución del derecho consuetudinario hacia el “doctrinario” –de los legistas– a partir del siglo XII, que ayu-

daran a consolidar –como es sabido– la monarquía soberana, basada en el derecho, pero garantizando cierto pluralismo en el ordenamiento “natural” de los reinos.

En un trabajo que conserva la tradicional división germánica entre Alta y Baja Edad Media, a través de más de setecientas páginas describen aspectos básicos del ordenamiento Jurídico. En la primera parte Caravale comienza por el encuentro entre el derecho romano (tradicional) y las costumbres germanas, sin omitir a la Iglesia, para ver cómo se intenta elaborar un “derecho común” de los reinos romano-germánicos; fundamentalmente de francos y longobardos. El ordenamiento carolingio –detalladamente tratado– conforma, en nuestra opinión, uno de los aportes más importantes, en la medida que nos permite un enfoque diferente sobre el gobierno de Carlomagno, últimamente rescatado en la concepción europeísta reinante. De todos modos cabe señalar que no es ajena al autor la “tradicón justiniana” en la península itálica, ni el ordenamiento jurídico (canónico) de la Iglesia.

Su análisis de la segunda parte –dedicada al Bajo Medioevo– comienza con el “renacimiento del siglo XII” –terminología que impusiera Haskins– y, tras sentar las bases del llamado “renacimiento de las ciudades”, se dedica al “renacimiento de los estudios jurídicos” que enfoca en el campo del derecho justiniano –a través de la obra de los glosadores, según el ya clásico estudio de Cassola– y su relación con el derecho canónico.

Un capítulo especial merecen los ordenamientos jurídicos de las “monarquías del siglo XII” –especialmente Inglaterra y Sicilia–, aunque –pese al menor espacio que le dedica– no omite a Francia, España (la gran olvidada de estos estudios europeístas) ni al Imperio bajo los Stauffen, que le permitirán referirse –en todo un capítulo– a la ciencia jurídica universitaria (especialmente en Nápoles)–. Igualmente merece un estudio separado la situación en la península itálica, con la aparición de comunas y señorías frente al dominio temporal de la Iglesia.

Finalmente el autor dedica al “final del Medioevo” tres capítulos, en que analiza los ordenamientos monárquicos –especialmente en el modélico reino de Sicilia–, la doctrina jurídica y la situación en los “estados regionales” de la península itálica.

De su lectura podemos apreciar nítidamente cómo el poder va ordenando y regulando el uso de un derecho sumamente complejo, aunque pareciere elemental en su aplicación. Así se prepara el “estado de derecho”.

Como advertía Caravale en la introducción, “el estudio del derecho medieval ofrece la posibilidad de entrar en contacto con una experiencia jurídica del todo original y de comprender que el sistema hoy en vigor, que nos es familiar, no constituye un dogma eterno, sino que deriva de una elección precisa de la sociedad y responde a necesidades concretas de la vida” (p. 12).

Esta obra –sumamente completa y erudita– nos permite acceder a un mejor conocimiento de la Edad Media, desde un aspecto generalmente omitido por los medievalistas, el desarrollo del derecho, aspecto que celebramos se encuentre en pleno crecimiento intelectual, gracias a las nuevas orientaciones comunitaristas producidas en Europa. Una vez más nos alegramos ante el “regreso a las fuentes” de nuestra cultura.

FLORENCIO HUBENÁK

**LA IGLESIA EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA.  
1800-1936 Y 1936-1999. JOSE ANDRÉS GALLEGO - ANTÓN PAZOS.  
Madrid, Encuentro, 1999, 2 V. 426 Y 372 PÁGS.**

JOSÉ ANDRÉS GALLEGO —destacado investigador y docente de Historia contemporánea de las Universidades de Cádiz y a Distancia— es conocido en nuestro medio por sus obras —más de 150 trabajos entre los que destacamos “Historia de la gente común”, “La nueva historia” y —en el tema que nos ocupa— “Los españoles entre la religión y la política y Fascismo o Estado católico?”. “Ideología, religión y censura en la España de Franco,” como también la dirección del tomo XIII de la Historia de España (Gredos) (La España actual) —en dos volúmenes— y cantidad de conferencias en frecuentes visitas a Universidades argentinas. ANTÓN PAZOS, a su vez, es doctor en historia y teología, docente en la Universidad de Navarra, colaborador en varias obras sobre temas de historia religiosa del siglo XX —con ANDRÉS GALLEGO— y autor de un importante estudio sobre “Un siglo de catolicismo social en Europa (1891-1991).”

Los autores —en casi ochocientas documentadas páginas— presentan, como consecuencia de años de investigación en bibliotecas y archivos, más la invaluable vivencia personal, un análisis detallado de la acción —e ideología— de la Iglesia española en el controvertido período político vivido a partir de 1800 y hasta la fecha.

El primer volumen se divide en dos partes acertadamente denominados “Del antiguo al nuevo régimen religioso” y “La Iglesia concordataria”, iniciados con una excelente síntesis de los aspectos claves del catolicismo español hacia 1800 (impacto de la Revolución francesa, formación de religiosos, regalismo, misiones americanas, propiedad y “mundo, demonio y carne” en España). Los capítulos posteriores estudian la influencia revolucionaria sobre España —y su Iglesia— y la política reconciliatoria que culmina con el concordato de 1851.



La información y conclusiones previas les permite explicar los diferentes aspectos en que se manifestó la Iglesia que denominan Concordataria. De este modo desfilan por la segunda parte de este volumen capítulos dedicados a los eclesiásticos, la ética, la espiritualidad, los “ejércitos” (eclesiásticos) y su movilización, la supervivencia del catolicismo de Trento, “tan español” y finalmente los procesos de “recristianización y “descristianización”.

El segundo volumen (1936-1999) también ha sido dividido en dos partes, analizadas como “La Iglesia en la encrucijada del siglo XX” y “La crisis y renovación de la Iglesia postconciliar”. En la primera parte se estudia –con sumo cuidado y prudencia– la “tragedia” de la “destrucción de la Iglesia católica”, para proseguir con su “recreación” con posterioridad a la “guerra civil”, señalando las características del “Estado católico”, como también “las disidencias”, que merecen todo un interesante capítulo.

El Concilio Vaticano II sirve a los autores para señalar el tajante corte real entre ambas partes. Capítulos colocados bajo títulos tan sintomáticos como “Agotamiento de la Iglesia concordataria”, “El Nuevo gobierno de la iglesia: la Conferencia episcopal”, “Iglesia y democracia” permiten entrever aspectos de esa época, cuyo estudio termina con un no menos sugerente “La España pluralista de finales del siglo XX”.

Obviamente no es posible en tan pocas páginas un análisis detallado del contenido del libro, pero señalemos –simplemente para orientación del lector– algunos aspectos significativos.

En primer lugar, con buen criterio, los autores no entienden por Iglesia solo a la institución eclesiástica –a la que obviamente no descuidan–, sino a la acción de todos los católicos.

Cuando se refieren al antiguo régimen religioso destacan –y creemos es una de las claves para entender la época– que “la inmensa mayoría de la gente no pensaba de una forma distinta de la que se les imponía desde las instancias oficiales” (p. 17), como también temían que el “progreso” que anunciaban las Luces traería “irreligión”, justificando el “cordón sanitario” establecido por España ante el avance del ideario iluminista, que se completaba con la transmisión –pública y privada– de “un sistema católico de creencias” –en muchos casos populares– (p. 26). Queda por destacar en esta parte los interesantes datos sociológicos –y conclusiones– sobre el estado y situación del clero de la época, aspectos importantes que los autores

repiten para otros períodos que abarca este trabajo. Pese a su crítica del clero decimonónico concluyen que “el examen de las situaciones concretas demuestra que abundaban también los eclesiásticos que rezaban y confiaban en el poder de la oración” (p. 43).

Después de estudiar las características y manifestaciones de la Iglesia española en los planos mencionados, los autores —refiriéndose al “modelo” tridentino— observan que “la espiritualidad católica militante que hemos descripto era la que se proponía como ideal en los impresos y sermones donde se recogía el gran proyecto pastoral y ascético del catolicismo español de la época” y con gran perspicacia —y documentación— agregan “pero el lector comprende que también en España, una cosa era lo predicado y otra distinta lo vivido” (p. 317).

En el segundo volumen los autores analizan el complejo tema del “levantamiento” y la guerra civil, tema que ANDRÉS GALLEGO ya investigara con anterioridad, convirtiéndose en un experto en esa temática. Inician el capítulo observando que “el levantamiento tuvo primeramente un carácter ordenancista y que el orden hispánico era de una manera determinada en lo social, en lo político, en lo económico y en lo cultural y religioso. Segundo, que, como entonces se dijo hasta la saciedad, en la zona republicana se reaccionó contra el alzamiento militar destruyendo los símbolos históricos de la contrarrevolución, entre ellos todo lo que tuviera que ver con la Iglesia” (p. 11). Resultan de sumo interés los aportes documentales de la correspondencia del cardenal Gomá, que ANDRÉS GALLEGO publicara y emplea con profusión. Igualmente los autores resaltan —y el actual Pontífice reconoce con las recientes canonizaciones— que “la persecución vandálica de lo religioso es una de las más crudas verdades de la zona republicana” (p. 12); por otra parte ocultada en la historiografía postfranquista.

De no menor interés son las conclusiones “discutidas”(?) de ANDRÉS GALLEGO y PAZOS cuando afirman que “una parte de los españoles de 1936-1939 estaba segura de qué destruir esas vidas era el principio de la constitución de un orden nuevo. ¿Por qué? ¿qué orden? No ha dado nadie una respuesta que convenza” (p. 12).

La orientación “equilibrada” de los autores surge en expresiones como la siguiente: “Se ha presentado la persecución como fruto de otra forma de religiosidad y, así, la Guerra como lucha entre dos concepciones religiosas; pero es posible que esto, sin ser desdeñable ni incierto en todos los casos, constituya una elaboración intelectual de-

masiado culta”(p.13), fundamentada en las memorias del futuro cardenal Tarancón cuando expresa “Ni yo, ni la mayoría de los curas que conocí recibimos con absoluta hostilidad a la República. La propia jerarquía había mostrado su acatamiento al poder constituido. Pero la República fue claramente antirreligiosa y [...] pronto entre los católicos comenzó a sentirse hacia ella una hostilidad que hizo que todos viéramos como bienvenido el Alzamiento. Incluso el que justificáramos un cierto derramamiento de sangre que nos parecía el precio inevitable de una purificación del país” (cit. p. 14).

Parece conveniente recordar que “más de trescientos templos fueron incendiados entre el 16 de febrero y el 19 de mayo (de 1936)” (p. 18)—antes del Alzamiento—, repitiendo la triste experiencia mejicana de 1926/30. “Que los obispos no respaldaron el alzamiento, sino que respondieron a la agresión sufrida en la zona republicana inmediatamente después del 18 de julio, lo advierte Pla y Deniel (futuro cardenal), entre otros, en una resonante pastoral que fecha el 30 de setiembre de 1936: “los sacrilegios, asesinatos e incendios se han verificado antes de todo apoyo oficial de la Iglesia”” (p. 24). Agregan que el levantamiento produjo “un estallido de fervor religioso” y el sentido de “cruzada” favoreció la “resacralización social” de la España nacional; “esfuerzo que se mantuvo hasta los años sesenta y contribuyó a llevar a la calle la vida religiosa, característica típica del catolicismo español de entonces” (p. 56).

El resultante “Estado católico” es el centro de un importante y detallado capítulo, donde se resaltan las diferencias internas del “régimen”, como también las observaciones de Franco en un discurso a las Cortes de 1946, cuando señalaba que: “El abismo y diferencia mayor entre nuestro sistema y el nazi-fascista es la característica de católico del régimen que hoy preside los destinos de España” (cit. p. 69).

De no menor interés es el capítulo dedicado a las disidencias que nos permite apreciar —sin lugar a dudas— cómo la oposición al “franquismo” surgió en las filas de los movimientos católicos (H.O.A.C., J.O.C.), y seguir su desarrollo. No omiten las propias disidencias internas en las filas del catolicismo militante, al que no es ajena la acción del Opus Dei, cercano a los propios autores.

El “impacto del Concilio en España” subraya un momento clave en la inflexión de la línea histórica de la Iglesia española que —como observa la nueva generación de obispos— había vivido aislada de las “nuevas corrientes teológicas” europeas. Mons. Marcelo González

—coadjutor de Barcelona— advierte sobre las “luces y sombras” que se perfilan; debiendo señalarse además del particular perfil del catolicismo, fundamentalmente del clero— vasco, cada vez más radicalizado (origen de la ETA?) (cfr. P. 132), sin omitir el catalanismo eclesial. Los autores tampoco omiten referencias documentadas sobre la particular —y conflictiva— actitud adoptada por el papa Paulo VI con respecto a España y su gobierno, narrando detalles de la “política vaticana” a través de la Conferencia Episcopal (la “era Tarancón!”).

Resulta de interés la observación sintomática que “la explosión vocacional (sacerdotal) no se dio hasta los años cincuenta, para estancarse el crecimiento a principios de los sesenta y hundirse tras el concilio Vaticano II” (p. 60). Al referirse al “agotamiento de la Iglesia concordataria” los autores —basados en cantidad de encuestas— muestran —con estadísticas— la severa crisis postconciliar en todos los campos de la religiosidad, sin por ello omitir la crisis moral y de fe.

La muerte de Franco, la restauración de la monarquía y el gobierno de Suárez coinciden con las declaraciones del nuncio papal Mons. Dadaglio en estos términos: “La Conferencia Episcopal ha llevado a cabo una histórica renovación de la Iglesia en España según el espíritu del Evangelio y en consonancia con el concilio Vaticano II ” (1978 en ocasión de la XXVIII Asamblea plenaria del Episcopado. Cit. P. 210). Los debates sobre divorcio y aborto y la interferencia en la educación católica (ética y religión) ocupan gran parte del capítulo “Iglesia y democracia”. Los autores señalan que el “plan pastoral 1999” termina aceptando un “fracaso” basado en “las divisiones interiores por motivos ideológicos, por falta de afecto eclesial, y por una cierta secularización interna de muchos miembros de la Iglesia” (cit. p. 252).

El último capítulo sobre “La España pluralista de finales del siglo XX” sintetiza el desarrollo histórico y enuncia las tendencias actuales, enmarcados en la crisis general del catolicismo europeo de los ochenta. Los autores observan que “al amparo del postconcilio, se había difundido en el clero católico romano, incluido el español, el inmanentismo religioso, de cuño hegeliano y protestante, y, consecuentemente, se había dado en exhortar a buscar a Dios en el interior de uno mismo. Proposición correcta, esta última, si no fuera porque, de acuerdo con la teología protestante a que nos referimos, conllevaba la expresa minusvaloración de las prácticas externas y de las fórmulas doctrinales y la desconfianza cuando no el rechazo del dogma” (p. 256).

Pero los autores observan una “vuelta de los ochenta” que les permite mirar el futuro con optimismo, especialmente por la renovación que implican múltiples movimientos religiosos contemporáneos como el Opus Dei, Comunión y Liberación o los focolarios.

Para intentar una síntesis final, cabe advertir que ya en la presentación los autores expresan que han llegado a su “propia idea de lo que ha sido y es la Iglesia en España”; y ésta exponen. En ese aspecto es de resaltar que evitan esa unilateralidad tan común en la historia de esos tiempos.

Se trata de una obra de lectura recomendable que nos permite acceder a una más clara percepción de la historia religiosa del último siglo en España. Sin perjuicio del posible disenso con muchas conclusiones o enfoques —entendibles en una historia tan cercana a nosotros y a nuestras propias vivencias— los autores se atrevieron a enfrentar una temática controvertida y compleja y lograron un texto profusamente documentado y de gran seriedad intelectual.

FLORENCIO HUBEŇÁK

## INTRODUZIONE ALLA STORIA DEL DIRITTO EUROPEO,

ANTONIO MANUEL HESPANHA

Bolonia, Il Mulino, 1999, 328 págs.

Debida a la pluma de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, destacado iushistoriador portugués –que recientemente visitara la Argentina, invitado conjuntamente por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica y por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho– y docente en casas de altos estudios de su país y de los Estados Unidos de América, cabe señalar que esta obra, que ha sido adoptada como texto de estudio en varias universidades italianas, constituye una nueva versión de su ya consagrado *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Al respecto, corresponde aclarar, además, que, orientada a un público internacional, esta edición italiana –que, lamentablemente, adolece de algunas deficiencias en la traducción– no sólo ha sido despojada de ciertos contenidos específicos, relativos al pasado jurídico portugués, sino que también ha sido oportunamente revisada y reorganizada. De este modo, no sólo se le han incorporado textos nuevos –v.gr., los relativos a ROUSSEAU, a IHERING y a la escuela libre de derecho–, sino que, también, se han agregado algunos cuadros y se ha ampliado su, ya desde antes, excelente elenco bibliográfico.

Respecto de los tópicos abordados por HESPANHA a lo largo de las páginas de esta *Introduzione*... cabe distinguir aquí dos aspectos diferentes, aunque vinculados por el común deseo de despertar en los lectores “una reflexión sobre el derecho de hoy y sobre sus problemas”. De este modo, mientras que la primera parte del libro (capítulos 1 a 4) se orienta, sobre todo, al análisis de diversas cuestiones de índole metodológico, en la segunda (capítulos 5 a 8), tras partir del análisis de la formación del derecho común medieval, el autor se dedica a reconstruir el proceso de la cultura jurídica europea hasta nuestros días.

En cuanto a la riqueza de los planteos metodológicos de HESPANHA —que, desde luego, sólo podemos reflejar aquí pálidamente—, cabe indicar que al tiempo que denuncia la actual decadencia del “estadualismo” y de la codificación como paradigmas jurídicos, el autor se manifiesta como un caluroso partidario de una “historia crítica” que debe atender a la peculiar naturaleza del derecho pretérito, en tanto que producto social aleatorio, impregnado de insoslayables lógicas propias y no exento de politicidad. Así las cosas, el catedrático portugués no sólo rescata el papel de la historia del derecho como un saber formativo —en la medida en que contribuya a cuestionar los presupuestos formales prolijados por el positivismo legalista de la dogmática contemporánea—, sino que también se refiere, de un modo más o menos específico, al instrumental analítico que debe aplicar el iushistoriador.

Por su parte, como ya lo hemos señalado arriba, durante el transcurso de la segunda parte de la obra los esfuerzos del autor se dirigen, en particular, a reconstruir el proceso formativo de la cultura jurídica europea. De este modo, el itinerario de HESPANHA —abundante en profundas reflexiones— se inicia con el análisis del derecho común y de su crisis, y continúa luego con el estudio de la cultura jurídica de los siglos XVI al XVIII, haciendo hincapié en todo lo referido al surgimiento del racionalismo jurídico. Con posterioridad al tratamiento del asunto anterior, el autor indaga en las principales escuelas jurídicas de los siglos XIX y XX, como la de la exégesis, el historicismo, los anticonceptualismos, y varias corrientes críticas, hasta llegar, finalmente, al análisis de la postmodernidad jurídica.

En síntesis, partiendo no tanto de la relevancia del objeto de estudio abordado —desde luego, de importancia incuestionable en la medida en que intentemos comprender cabalmente el derrotero específico de la historia jurídica de los argentinos—, sino, fundamentalmente, de la densa riqueza del análisis metodológico desplegado con sagacidad por HESPANHA, consideramos que esta *Introduzione alla storia del diritto europeo* constituye una obra esencial para todo historiador del derecho.

EZEQUIEL ABÁSULO

**“ALCANZAR LA PAZ - DIEZ CAMINOS PARA RESOLVER  
CONFLICTOS EN LA CASA, EL TRABAJO Y EL MUNDO”,**

**WILLIAM L. URY**

**Paidós - Buenos Aires - 2000.**

WILLIAM URY es cofundador del programa de Negociación de la Escuela de Harvard, y ha sido conocido entre nosotros principalmente por sus libros “Sí de acuerdo: el arte de negociar sin ceder” y “¡Supere el No!: Como negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas”.

Este nuevo libro contiene sus reflexiones más avanzadas en el arte de negociar, aplicado a la construcción de espacios de paz. Como antropólogo propone una tesis audaz: la humanidad prehistórica habría sido más cooperativa que guerrera, y las luchas aparecen como secuela de la escasez entre sociedades más establecidas y sedentarias, como puja por una “torta de tamaño fijo”. Proyecta esta hipótesis el presente en donde la “torta” socio económica ya no puede expandirse por la aparición de nuevas tierras sino por las enormes posibilidades de la revolución tecnológica en la era del conocimiento. Arriesga, pues, afirmando “en contraste con la tierra, que es valiosa en cuanto se la posee, el conocimiento se enriquece al compartirlo”. “El conocimiento no se conquista fácilmente, es mejor obtenerlo por medio del aprendizaje y la cooperación”. Sostiene “durante la mayor parte de nuestra vida en la tierra, la coexistencia ha sido la norma, más que la coerción” para concluir, “con la revolución del conocimiento está cambiando la lógica del conflicto”, por un lado, “porque el conocimiento es una torta que se puede agrandar”, y por otro, pues las armas son hoy “más terribles y accesibles a todos”.

Su apuesta es por la paz, en todos los ámbitos, el doméstico, barrial, laboral, nacional, e internacional.

Asistido por decenas de ejemplos tomados de una enorme variedad de fuentes, pero que expone animado por su riquísima experien-



cia personal, propone diez roles o modos diferentes de actuar en la prevención, contención y resolución de los conflictos y un enfoque de sostén, común a todos, enfatizando el rol de los "terceros", los que no son parte directa pero pueden sufrir las consecuencias del conflicto o ayudar a encausarlo.

El prólogo de la edición argentina es de un reconocido mediador y negociador, el Dr. Francisco Diez.

Cabe detenerse, siquiera brevemente, en los párrafos dedicados a la justicia. Es relevante puesto que desmitifica la supuesta oposición entre justicia y otros modos de resolver los conflictos. Sostiene: "el proceso judicial es una de las grandes invenciones sociales de la humanidad ... y su verdadero valor puede apreciarse mejor si miramos las sociedades que carecen de ese mecanismo", esto es por ejemplo la situación de quienes se encuentran atrapados en constantes y costosas guerras de clanes.

El árbitro, o el juez, son roles importantes ante la escalada de los conflictos, sin perjuicio de que valga la pena detenerse en todo lo que sea necesario para no llegar a ello.

URY no adopta, sin embargo, una posición ilusa. No se trata de subestimar "la existencia o importancia de la pelea, de la violencia y la guerra, lejos de ello. Se trata solo de recordarnos la absoluta preponderancia de la paz. Nuestro desafío no consiste en convertir un absoluto, la guerra, en otro absoluto, la paz", sino siguiendo los "signos de cambio", pugnar por una sociedad cooperativa en donde la paz sea posible.

ROBERTO ANTONIO PUNTE



Este libro se terminó de imprimir  
en Agosto de 2000 en Talleres gráficos

**CYAN S.R.L.**

Potosí 4469/71 - Buenos Aires  
República Argentina