

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

Nº 51





Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

**CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL**

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

**Influencia de Atilio Alterini
en el Código Civil y Comercial de la Nación**

Nº 51

Año 2015



Registro de la Propiedad Intelectual N° 5235328, Formulario R N° 000026241

Propietaria: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario

Córdoba 2020, Rosario (Código Postal 2000), Argentina

Teléfono/fax: (341) 4802634, int. 114

E-mail: cifjfs-der@fder.unr.edu.ar ; mciuroc@arnet.com.ar

CUIT: 30-52355240-2

ISSN 1514-2469

Salvo indicación expresa la Revista “Investigación y Docencia” no se identifica necesariamente con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

Director responsable: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

Responsable de edición: Dra. Marianela Fernández Oliva

Publicación realizada por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina).

Tirada: 100 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Dr. Arq. Héctor Floriani

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Marcelo Vedrovnik

Vicedecano: Dr. Alfredo Mario Soto

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

MEROI, Andrea Angélica
TALLER, Adriana
BENTOLILA, Juan José
KRASNOW, Adriana Noemí
FRANCESCHETTI, Gustavo
VERDONDONI, Alejandra
ZABALZA, Margarita
DELANNOY, Solange
MOLOEZNIK, Víctor Gustavo
FACCIANO, Luis Albino

Consejeros Estudiantiles

GALLO, Betania
MENEGOZZI, Gabriela
DOMÍNGUEZ, Juan Ignacio
NOBLE, Ignacio
FOSSATTI, Guido
OLARAN, Malen
FISCH, Gerónimo Martín
ESTEPA, Constanza

Consejero No Docente

POPOLO, María Inés

Consejero Graduado

Dr. Mario González Rais

Consejero Superior

Dr. Carlos Hernández

**CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL**

Director: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (Ex Investigador del CONICET)

Subdirectora: Dra. María Isolina Dabove (Investigadora del CONICET)

Secretaria Técnica: Dra. Marianela Fernández Oliva
(Becaria doctoral del CONICET)

Secretario: Dr. Damián Dellaqueva

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar
Diseño y edición web: Dr. Gabriel M. Salmén
www.cartapacio.edu.ar

Comité Académico

Dra. Noemí L. Nicolau
Dra. Alicia M. Perugini
Dr. Nelson Saldanha
Dr. Jean-Marc Trigeaud

ÍNDICE

DOCTRINA

HERNÁNDEZ, Carlos H.

*Aportes de Atilio A. Alterini al Derecho del Consumidor.
A propósito del Código Unificado
y la tutela de los subconsumidores*9

MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela

La función social del Derecho de Daños25

NICOLAU, Noemí Lidia

*Alterini y la reforma del Derecho Privado argentino.
De cómo finalmente venció. De cómo su pensamiento
prevalece en la teoría del contrato*45

CIURO CALDANI, Miguel Angel

*Despliegues de Teoría General del Derecho acerca de
la responsabilidad, la reparación, la culpa y el daño
(Por el Derecho Civil, más allá del Derecho Civil)*55

REUNIÓN ABIERTA

Presentación 71

FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela

*La unión de las dos coronas: pensamiento estratégico
de la España que descubrió América* 73

CIURO CALDANI, Miguel Angel	
<i>Las estrategias jurídicas de las dinastías Habsburgo y Borbón en relación con la Argentina</i>	93
CIFRÉ, Juan Pablo	
<i>Breves consideraciones sobre la estrategia constitucional al hilo del pensamiento de Alberdi y la acción de Urquiza</i>	103
CIURO CALDANI, Miguel Angel	
<i>La estrategia jurídica de la presidencia de D. F. Sarmiento</i>	111
DELLAQUEVA, Damián Marcelo	
<i>Presidencias de Hipólito Irigoyen, análisis del despliegue de su estrategia jurídica desde una perspectiva trialista</i>	121
MORELLI, Mariano G.	
<i>Consideraciones sobre la estrategia jurídica y política en los gobiernos de Juan D. Perón</i>	127
BENTOLILA, Juan José	
<i>La estrategia del gobierno de Raúl Ricardo Alfonsín</i>	135
Normas Editoriales	141

APORTES DE ATILIO A. ALTERINI AL DERECHO DEL CONSUMIDOR. A PROPÓSITO DEL CÓDIGO UNIFICADO Y LA TUTELA DE LOS SUBCONSUMIDORES

CARLOS H. HERNÁNDEZ ^(*)

Resumen: El presente estudio aborda un eje que fuera de interés e investigación por parte del Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, concerniente a la protección de los consumidores, en especial, de los particularmente vulnerables. La reciente reforma del Derecho Privado, por intermedio del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, posibilita reconocer esa problemática a partir del diálogo que el mismo propone con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Palabras clave: Atilio Aníbal Alterini. Código Unificado. Subconsumidor.

Abstract: This study addresses an axis out of interest and research by Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, concerning the protection of consumers, in particular, of the particularly vulnerable. The recent reform of Private Law, through the Civil and Commercial Code of Argentina, enabling recognize this problem through dialogue that it proposes to the National Constitution and International Human Rights treaties.

Keywords: Atilio Aníbal Alterini. Unified Code. Vulnerable consumers.

I. Atilio Aníbal Alterini, la reforma del Derecho Privado y la tutela de los consumidores particularmente vulnerables

Resulta grato adherir al Homenaje que la Revista “Investigación y

^(*) Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Rosario (e-mail: estcarloshernandez@gmail.com).

Docencia”, por intermedio de su Director, el Dr. Miguel A. Ciuro Caldani, rinde mediante este número al querido maestro Atilio A. Alterini, una de las figuras señeras del Derecho Privado argentino, cuyo pensamiento innovador y progresista perdura entre nosotros como una estrella que guía frente a los desafíos actuales.

El tributo se enmarca en un año histórico, signado por la vigencia de un nuevo Código Civil y Comercial, que no sólo en lo metodológico, sino también en sus ideas fundantes, responde a múltiples y ricos y aportes que aquél hiciera en su condición de docente, investigador, académico y autor de propuestas legislativas que, como el Proyecto de 1998, han servido de sustento a muchas de las valiosas soluciones que trae el Código unificado¹.

En este breve estudio se habrá de considerar a la protección de los consumidores, en especial de los particularmente vulnerables, en clave del Código Civil y Comercial de la Nación, dado que esta cuestión, constituyó siempre un eje de interés para el homenajeado.

Así, en uno de sus últimos aportes -inédito- referido a “La debilidad jurídica”², recordaba que si bien los consumidores y usuarios son considerados sujetos particularmente vulnerables, a quienes el constituyente decidió proteger de modo especial “La protección se acentúa cuando se trata del denominado subconsumidor (Ghidini) o consumidor particularmente frágil (Bihl)”. Por ello, en ese interesante trabajo valoraba positivamente que las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil -realizadas en Tucumán en el 2011- hubieran declarado que “Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio”.

¹ Ver fundamentos del Anteproyecto de 2012 en “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Infojus, 2012.

² El mismo fue escrito para el “Código Civil y Comercial Comentado”, que el homenajeado codirigió con Héctor ALEGRÍA. En él expresaba una mirada actualizada de viejos estudios que lo habían llevado a publicar relevantes aportes previos, entre otros: ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. - STIGLITZ, Gabriel A., “La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley”, LA LEY 1989-B, pág. 1002; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Tendencias en la contratación moderna”, LA LEY 1999-B, pág. 1229; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LA LEY 2008-B, pág. 1239.

II. La reforma del Derecho Privado Argentino y la protección de los consumidores

La protección de los usuarios y consumidores debe ser pensada desde una perspectiva relacional o contextual³. El surgimiento y posterior desarrollo del Derecho del Consumidor ha estado signado por la centralidad de la noción de consumidor⁴, no obstante el concepto de proveedor aparece unido indisolublemente a aquélla, constituyendo -por oposición- su contrapunto necesario. En efecto, no puede ignorarse que el fundamento último del régimen tutelar del consumidor reside en la vulnerabilidad que lo afecta en el seno de un mercado caracterizado por fallas estructurales y regido preponderantemente por la actividad de los empresarios o profesionales⁵. Se trata de nociones interdependientes, recíprocamente referenciadas una a otra; así, la figura del consumidor se perfila, explica y adquiere significación cuando un individuo se sitúa delante de un profesional del mercado

³ LIMA MARQUES, Claudia, “Campo de aplicação do CDC”, en BENJAMÍN, Antonio H. - LIMA MARQUES, Claudia - ROSCOE BESSA, Leonardo, “Manual de Direito do Consumidor”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pág. 66 y ss. Ver también a FARINA, Juan Manuel, “Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1.798/94, Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 116 y ss; LORENZETTI, Ricardo “Consumidores”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 81 y ss., y HERNÁNDEZ, Carlos A., en NICOLAU, Noemí L., “Fundamentos de Derecho Contractual”, Buenos Aires, La Ley, 2009, I, pág. 425.

⁴ No puede negarse, que en gran medida, ese fenómeno sigue verificándose aún hoy. Buen ejemplo de lo dicho, se expresa en las obras más recientes dedicadas a la disciplina en el Derecho Europeo, que siguen poniendo el acento en el concepto de consumidor como noción central de referencia. Entre muchas otras pueden verse: D’AMICO, Giovanni, “La reforma del Codice del Consumo”, obra colectiva, Cedam, San Giuliano Milanese, 2015; DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, Madrid, Editorial Reus, 2014.

⁵ Un agudo enfoque filosófico del problema puede consultarse en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, en Investigación y Docencia, Vol. 28 (1997), pág. 33 y ss. Desde otra perspectiva, también ALEGRÍA, Héctor, “Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial”, en “Anales de la Academia Nacional de Derecho”, 2009 (noviembre), punto 1.4.1; FRUSTAGLI, Sandra, “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, DPyC, 2009-1-226.

(proveedor). A su vez, el vínculo intersubjetivo que reúne jurídicamente a ambos sujetos constituye una relación de consumo.

La construcción contextual o relacional queda expresada claramente en nuestro Derecho positivo, el cual declara que la protección se dispensa en el ámbito de la relación de consumo, como lo demuestran las normas constitucionales e infraconstitucionales dedicadas a ella, entre las cuales sobresale el art. 42 de la Constitución Nacional -reformada en el año 1994-, en cuanto afirma que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”. Es comprensible que ello sea así, toda vez que, se prioriza la noción de ‘relación’ por sobre la de ‘contrato’, con un propósito similar al existente en el Derecho Laboral⁶.

De modo coherente, el Código Civil y Comercial de la Nación ha privilegiado a la de relación de consumo y optado por regular algunos de sus aspectos más sobresalientes⁷. La decisión, según expresa la Fundamentación del Anteproyecto de 2012 -antecedente inmediato de aquél-, se apoya en la jerarquía constitucional que ostenta el principio protectorio del consumidor⁸, y se materializa a través de la consagración de normas que contemplan una protección de mínimos, sin derogar, el régimen especial establecido en la ley 24.240. Así, las normas del Código referidas a la defensa de los consumidores y usuarios son situadas en el Libro Tercero, Título III, denominado “*Contratos de consumo*”, aunque precedidas de un Capítulo (I) denominado “*Relación de consumo*”. Ellas persiguen delimitar las categorías básicas de “relación de

⁶ SOZZO, G., “Daños sufridos por consumidores (Jurisprudencia y cambios legislativos)” en “Derecho Privado y Comunitario”, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, pág. 560; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra, “Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor”, RCyS, 2004, pág. 178.

⁷ STIGLITZ, Gabriel, “La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, dirigido por Ricardo L. LORENZETTI, La Ley, 2014, pág. 137 y ss.

⁸ En ese sentido se argumenta que “En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo”.

consumo” (art. 1092) y “contrato de consumo” (art. 1093), junto a la reafirmación de la vigencia del principio de tutela que dimana del art. 42 de la Constitución Nacional, fijando a tales fines reglas rectoras de la interpretación e integración normativa y de la interpretación del contrato de consumo (arts. 1094 y 1095). La metodología seguida pone en evidencia que las disposiciones contenidas en todo ese Título III están llamadas a actuar más allá del contrato de consumo, proyectándose de manera amplia sobre toda la materia, actuando como herramientas de suma importancia para el diálogo de la pluralidad de fuentes.

Por todo lo dicho, la relación jurídica de consumo se constituye en la noción articuladora de la protección constitucional y legal (conf. Art. 42 CN, art. 1092 y art. 3 Ley 24.240), que no sólo sirve para la delimitación del ámbito de aplicación del régimen, sino también, para aportar el contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema tuitivo⁹.

La impronta relacional del Derecho del Consumidor, no es patrimonio exclusivo del Derecho argentino, sino que es un punto de convergencia con el Derecho Latinoamericano -conectado además por su fuerte raigambre romanista-¹⁰.

III. El concepto de consumidor y usuario en la experiencia europea

Sobre la noción de consumidor y usuario existen interesantes debates que se dan en los diferentes ordenamientos comparados. Es evidente que para la tradición argentina, la experiencia europea siempre resulta de especial interés. Sobre la latinoamericana se dará cuenta en ocasión del tratamiento de la evolución de nuestro régimen.

⁹ FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, en JA 2008-II-1213; HERNÁNDEZ, Carlos A.; “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, DPyC, 2009-1, pág. 259.

¹⁰ LANNI, Sabrina, “America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazioni del Diritto”, Milán, Giuffrè, 2005.

Por su proximidad temporal, la Directiva 2011/83 de la Unión Europea '*Sobre los derechos de los consumidores*', constituye una elocuente expresión del estado de situación del tema, al menos en el viejo continente. Vale la pena recordar que la mencionada Directiva, pensada originariamente para construir un derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas, concluyó en una norma menos ambiciosa, limitada a alguna relaciones contractuales, especialmente los negocios realizados fuera de los establecimientos comerciales. Sin embargo, ha obligado a reordenar o reajustar las normas generales que sobre la materia existían en los países de la Unión, como lo demuestra la reciente Ley Española 3/2014, modificatoria del '*Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios*'¹¹, y el Decreto Legislativo N° 21/2014, de reforma al *Código del Consumo italiano*¹². Ello obedece a que la Directiva se inscribe en una nueva lógica que busca la unificación de las reglas del mercado interior -se las ha dado en llamar Directivas de segunda generación-, con impacto directo sobre los derechos internos¹³.

¹¹ Silvia DÍAZ ALABART, en "Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83", DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 8.

¹² GAMBINO, Alberto María - NAVA, Gilberto, "I nuovi diritti dei consumatori", Turín, Giappichelli, 2014; D'AMICO, Giovanni, "La reforma del Codice del Consumo", obra colectiva, op. cit., 2015.

¹³ El considerando 7 de la Directiva dice que "Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión". Ver también Silvia DÍAZ ALABART, en "Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83", DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 19. Coherente con ello, el art. 4 de la Directiva señala que "Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos

Pese a su restringido ámbito de aplicación, no puede negarse que la Directiva 2011/83, marca una tendencia en orden a la consolidación de algunos criterios que -aunque opinables y debatidos en los diferentes Estados- vienen desarrollándose desde hace un largo tiempo. Nos explicamos.

En lo que concierne al tema ahora en estudio, el art. 2. 1) parte de una definición de consumidor “*como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”, en criterio concordante con el ya seguido -de modo general- por diferentes legislaciones internas. Así, el Código de Consumo italiano, aunque admite diferentes grados de protección¹⁴ -para lo cual se vale de numerosas y variadas nociones de consumidor¹⁵-, en su art. 3, apartado 1 a), comienza definiéndolo de modo similar, como “la persona física que adquiere para fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada”. Es de destacar que ese concepto ha sido preservado en ocasión de su reforma, operada por el Decreto Legislativo N° 21/2014¹⁶. Del mismo modo, la Ley Española 3/2014, modificatoria del ‘*Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios*’ expresa en su art. 3 que “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto,

estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”.

¹⁴ HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina”, en “La Ley” 2006-B-766.

¹⁵ DELOGU, Lucia, “Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore”, en “Contrato e Impresa/Europa”, N° 1, Año 2006, pág. 96.

¹⁶ En ocasión de la modificación al art. 45 (punto 1) remite a la definición general de consumidor diciendo que es “...la persona física, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a)”. Sobre el particular se afirma que la voluntad del legislador parece inequívoca, en cuanto se parte de reconocer la existencia de doctrina y jurisprudencia previa que ha considerado como consumidor aún a personas jurídicas que, en el marco de singulares relaciones contractuales, se encuentran en una situación de debilidad frente al proveedor. Por eso se cree que la exclusión establecida por el legislador probablemente resulte del hecho que el desequilibrio entre el profesional y la persona jurídica sea menos evidente, en cuanto un ente presupone una cierta organización encaminada al logro de ciertos objetivos, que reconoce algún grado de profesionalidad; SIRAGUSA, Matteo, en GAMBINO, Alberto María - NAVA, Gilberto, “I nuovi diritti dei consumatori”, op. cit., pág. 5.

son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

En consecuencia, la noción general de consumidor de la que se parte en el Derecho Europeo, supone el reconocimiento de dos elementos esenciales -determinantes para el acceso al sistema protectorio-: la condición de persona física y la ajenidad de la actuación de ésta respecto a su eventual rol empresarial o profesional¹⁷.

Ese concepto no es excluyente de otros reconocidos para determinadas relaciones de consumo¹⁸. Hay consenso -aún hoy- en cuanto a que ni en los derechos internos ni en el Comunitario Europeo existe “...una noción única de consumidor. Ésta varía en función del ámbito que cada norma concreta quiera disciplinar. El consumidor en el ámbito de los productos defectuosos responde a un concepto amplísimo que, poco tiene que ver con el manejado en relación con las cláusulas abusivas en los contratos, o con el crédito al consumo”¹⁹. Es un criterio que genera cierto grado de incerteza²⁰,

¹⁷ RUMI, Tiziana y BUSACCA, Angela, en D’AMICO, Giovanni, “La reforma del Codice del Consumo” cit. pág. 35.

¹⁸ Para el recorrido de la pluralidad de nociones de consumidor que resultan de las restantes Directivas sobre cuestiones de consumo, que se encargan de fijar sus propios límites subjetivos de aplicación, ver a LANNI, Sabrina, “America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazioni del Diritto” cit., pág. 406 y ss.

¹⁹ Silvia DÍAZ ALABART, en “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 25.

Así, por ejemplo, subsisten en el Código de Consumo italiano la extensión de la protección a algunas relaciones generadas con independencia de una concreta adquisición de bienes o servicios. Es el caso de la obligación general de información, contenida en el art. 5, apartado 1, donde entiende por consumidor o usuario a la persona física a la cual es dirigida la información comercial.

En el mismo sentido, y antes de la vigencia de la Directiva 2011/83, se afirmaba con claridad que en el Derecho Comunitario europeo no existe “...un concepto jurídico general y uniforme de consumidor. En realidad, disponemos de diversas definiciones de consumidor, lo que obliga a consultar cada una de las normativas comunitarias en cuestión si se quiere, por ejemplo, determinar su ámbito de aplicación subjetivo. Breviter, al no contar con una definición única y polivalente de consumidor es difícil delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Consumo comunitario *ratione personae*” GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del

y que obliga a formular muchas precisiones, particularmente en orden a la consideración de la persona jurídica como destinatario de la tutela; a la protección de supuestos especiales de vulnerabilidad, entre muchos otros.

III. 1. El consumidor particularmente vulnerable o subconsumidor en Europa. Su contraste con el consumidor medio

El debate de mayor relevancia al que se asiste actualmente en Europa sobre la categoría del consumidor, concierne a la necesidad de reconocer niveles más intensos de protección para sujetos particularmente débiles o vulnerables. La cuestión parece haberse profundizado a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2005/29/CE relativa a las *‘Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior’*.²¹

Al respecto, se juzga necesario efectuar algunas precisiones, a saber:

1) La categoría del consumidor vulnerable, lógicamente parece contraponerse, complementarse o integrarse a la del consumidor medio²². Así lo reconoce el considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE, en cuanto ha dicho que “...es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, N° 17 (Enero - Abril), año 2004, pág. 50.

²⁰ LANNI, Sabrina, “America Latina e tutela del consumatore”, pág. 406. Ver también, HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina”, cit., p. 766. Esos temas son los que se recogen en el texto.

²¹ Así lo reconocía Atilio A. ALTERINI en el estudio citado en el punto I de este trabajo.

²² La mirada varía según la perspectiva desde la cual el fenómeno se aprecia. Así, se afirma que ambas categorías no pueden ser puestas en contraposición puesto que no tienen fines diversos, en cuanto se reconducen en la búsqueda de la protección de la libertad del consumidor, partiendo de la complejidad de la realidad y del mercado; ver Nadia ZORZI GALGANO, “Il contratto di consumo e la libertà del consumatore”, en GALGANO, Francesco (Direttore), Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia, Volume Sessantaduesimo, Cedam, Italia, 2012. Sobre el particular, en el Derecho italiano, puede verse a ROSSI CARLEO, Liliana, “Diritto dei Consumi” cit., pág. 76 y 77.

considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. Pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales”. Ese contrapunto se observa en el texto de la propia Directiva, en especial en relación a la “Prohibición de las prácticas comerciales desleales” (art. 5)²³.

2) Su construcción tipológica no parece aún acabada. Aunque el concepto de consumidor vulnerable se va abriendo camino en la legislación comunitaria, no tiene límites claramente perfilados²⁴. En el esfuerzo de construir la categoría se afirma que “...tiene en cuenta las características individuales del consumidor así como su entorno tales como la educación recibida, su situación social y financiera, así como el conocimiento de las nuevas tecnologías. Esto hace que se trate de un concepto cuya definición no

²³ “1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales. 2. Una práctica comercial será desleal si: a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. 3. Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal”.

²⁴ Prólogo de Silvia DÍAZ ALABART a la obra “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), op. cit., pág. 9.

es fácil, lo que a su vez dificulta la posibilidad de establecer normas jurídicas específicas que traten los casos de vulnerabilidad debido a la fluidez de su concepto”²⁵. Se parte de admitir así, que se trata de un sujeto que reviste la condición de consumidor, aunque con vulnerabilidades acentuadas.

3) Constituye un dato incontestable su consolidación, tanto en el plano teórico como normativo. En este último campo existen manifestaciones recientes, aunque no siempre concordantes. Entre ellas se destacan:

a) La ya citada Directiva 2011/83, que alude expresamente a la figura en su considerando 34, en donde se señala que “El comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente. Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever”. Pese a ello, en la parte final del mismo considerando se afirma que “No obstante, la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores”, decisión que lleva a que ninguna de sus disposiciones aluda expresamente al consumidor vulnerable²⁶;

b) La Resolución del Parlamento Europeo *‘sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores’*, del 22 de mayo de 2012, propone una estrategia de fortalecimiento de los consumidores vulnerables, y en su conclusión solicita a los Estados miembros y a la Comisión que colaboren para “...adoptar una estrategia legislativa y política amplia y coherente para

²⁵ Ma. Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ - AMBRONA en “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento comercial. Comentario a la Directiva 2011/83”, en DÍAZ ALABART, Silvia (Directora) - Ma. Teresa ÁLVAREZ MORENO (Coordinadora), Id., pág. 41.

²⁶ Así se ha dicho que “...si nos ceñimos a la Directiva 2011/83/UE solamente su considerando (34) menciona de una manera indirecta al denominado consumidor vulnerable ya que en sus diversos artículos no se hace para nada referencia al consumidor ‘vulnerable’...”, Id., pág. 40.

hacer frente a la vulnerabilidad, teniendo en cuenta la diversidad y la complejidad de todas las situaciones que se presentan”. La misma también precisa los sectores particularmente problemáticos en donde con frecuencia se potencian las vulnerabilidades, y allí se alude al ámbito financiero, de la alimentación, de Internet, del transporte, de los mercados liberalizados y la resolución alternativa de conflictos. Se sugiere que el sobreendeudamiento, la obesidad, las publicidades engañosas y agresivas sufridas por niños y adolescentes, la accesibilidad del transporte para los discapacitados, resultan, entre muchas otras, cuestiones sobre las cuales debe actuarse por intermedio de los poderes públicos;

c) Algunos Estados miembros, exhiben importantes antecedentes en la materia, en especial en las legislaciones de las Comunidades Autónomas. Tal el caso de España, en donde Valencia, Asturias, Castilla La Mancha, Canarias, Islas Baleares, entre otras, despliegan mecanismos de protección particulares para los consumidores vulnerables. Justamente en la última de las nombradas se registra “...un anteproyecto de ley de protección de las personas consumidoras y usuarias... y entre sus novedades cabe destacar que introduce el concepto de ‘consumidor vulnerable’ y lo define como ‘aquel que por determinadas características se encuentra especialmente indefenso o desvalido en las relaciones de consumo, como menores de edad, personas mayores, enfermos o discapacitados o cualquier otro en situación de inferioridad o indefensión’”²⁷.

4) Existen interesantes precedentes que emergen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que repercuten sobre cuestiones sustanciales o procesales. Así, por ejemplo, se ha dicho que, en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, “...el principio de congruencia en los procesos civiles con consumidores se debería interpretar de forma flexible para no dejar desamparado los intereses de los mismos y no obligar al juez a dictar una sentencia absolutoria si falta una petición subsidiaria por parte del consumidor”²⁸.

²⁷ Id., pág. 52 y ss. Sobre ese antecedente la autora dice que tiene en cuenta “...situaciones en las que se puede encontrar el consumidor con carácter permanente o aquellas en las que se puede encontrar con carácter transitorio”.

²⁸ Id., pág. 57.

IV. El subconsumidor o consumidor particularmente vulnerable, su referencia a la categoría general y su proyección en el Código Civil y Comercial de la Nación

La realidad revela que en ocasiones la debilidad del consumidor medio, suele verse incrementada ante circunstancias particulares que, de modo temporal o permanente, aquejan intrínsecamente al individuo (vg.: enfermos, niños, ancianos, personas discapacitadas, analfabetos), a resultas de lo cual, concurren en una misma persona y en idéntico contexto relacional diferentes expresiones de debilidad que demandan estándares especiales de tutela²⁹⁻³⁰.

Respecto de ellos cabría pensar si el apartamiento del concepto unitario de consumidor tendría algún grado de justificación a fin de acentuar los niveles de protección cuando aparezcan implicados “subconsumidores”³¹. Sobre el particular parece razonable entender que aunque tal situación puede resultar suficiente para profundizar la protección, ello no conduce por sí mismo a fragmentar la noción de consumidor, ya que la figura del subconsumidor, es una especie del género, en la cual se verifican los elementos constitutivos de éste.

Por eso, la experiencia europea a la que se aludiera supra, y los ordenamientos latinoamericanos que se han abierto a estos horizontes, tal el caso del Código de Defensa del Consumidor de Brasil cuyo artículo 39, parágrafo IV considera como práctica abusiva el hecho de prevalerse de la “ignorancia”, “edad”, “salud” o “condición social” del consumidor, para imponerle sus productos o servicios, no parten de una tipificación diferenciada de la categoría general.

²⁹ Nos ocupamos por vez primera del tema en HERNÁNDEZ, Carlos A. “Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani)”, en “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel A. Ciuro Caldani”, dirigido por Atilio A. ALTERINI y Noemí L. NICOLAU, La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 373 y ss.

³⁰ HERNÁNDEZ, Carlos A.; “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, op. cit., pág. 273 y ss.

³¹ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, en Estudios sobre consumo, N° 18, 1990, p. 44 y ss.; ACEDO PENCO, Ángel, “Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el estatuto de los consumidores de Extremadura”, en “Anuario de la Facultad de Derecho”, N° 22, 2004, p. 195 y ss.

Este criterio puede inferirse también del Código argentino unificado desde que:

1) Tipifica la categoría del consumidor de modo concordante entre el art. 1092 y el 1º de la Ley de Defensa del Consumidor -según la reforma introducida por Ley 26.994-, sin ninguna acepción de persona, a excepción del distingo entre humana y jurídica;

2) Reconoce de modo transversal la pluralidad de vulnerabilidades que pueden afectar a una persona humana, en clave con las exigencias impuestas por la propia Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que hacen referencia los arts. 1 y 2 del nuevo sistema de Derecho Privado. Más aún acepta el fenómeno de las “personas vulnerables” en el inc. a) del art. 706³²;

3) Expande los mecanismos de tutela o protección, principalmente preventivos, lo que debe actuar especialmente a favor de las personas especialmente vulnerables. El art. 1710 y siguientes, constituyen herramientas de gran significación en este sentido.

Por tanto, se juzga que la categoría del subconsumidor resulta del diálogo de fuentes al que invita el Código Civil y Comercial de la Nación, en especial con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En esa dirección, la doctrina constitucionalista ha dicho que no puede negarse que “...la Constitución se encarga de regular la situación de la mujer y del niño, lo hace de una manera general (arts. 37 y 75, incs. 22 y 23, primer párrafo), pero también apunta específicamente a la mujer embarazada y al niño en situación de desamparo (art. 75, inc. 23, segundo párrafo), y es además claro que en cualquier situación donde pueda existir una vulneración a la igualdad -con la típica afección a algún derecho y/o principio que se priva de ejercer-, en la que se verifique la ausencia de igualdad de oportunidades o de trato, surgen como herramientas correctoras las pautas antidiscriminatorias que reclaman en favor de los más débiles (aun entre los débiles) tanto

³² El texto, relativo a los procesos de familia, señala que “Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”.

protección a través de procedimientos y procesos encaminados a su tutela, como medidas de acción positiva”³³.

De este modo se consolida una tendencia, expresa en la doctrina y jurisprudencia nacional, encaminada a atender a las especiales circunstancias que tornan más frágil la posición de ciertos consumidores, a fin de establecer su protección conforme al grado concreto de vulnerabilidad³⁴.

V. A modo de conclusión

Conforme se adelantara en la introducción, en éste como en muchos otros temas centrales del Derecho Privado actual, que busca el necesario equilibrio entre la protección de la persona y el resguardo de los intereses del mercado, emerge el pensamiento preclaro de Atilio A. Alterini, del cual se seguirán nutriendo las generaciones venideras. A él va este humilde aporte, como expresión de sentido y permanente homenaje.

³³ PUCCINELLI, Oscar, “Una mirada a los subconsumidores desde las normativas constitucionales, convencionales y legales (A propósito de la sanción del código civil y comercial)”, inédito.

³⁴ Así puede verse en SCJ Mendoza, “Bloise de Tucci, Cristina c/ Supermercado Makro S.A.”, 2002/0702, LA LEY Gran Cuyo, 2002-726; CSJN, “E.R.E. c/ Omint S.A. de Servicios”, 2001/03/01, LA LEY 2001-E-18; y “P. de M. I. J. M. c/ Asociación Civil Hospital Alemán”, 2002/04/02, en La Ley, 2002-C-628; CNCiv, sala L, “Fernández Alfredo Daniel c/ Easy Cencosud SA”, 06/03/2008, RCyS, Año X, N° VI (junio de 2008), pág. 102.

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE DAÑOS

GRACIELA MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ (*)

Resumen: La reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil. La mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no solamente podemos hablar de reparación sino que las legislaciones de hoy tienden de diversos modos a la protección de su debilidad. El fundamento de la indemnizabilidad no está en el acto ilícito sino en el hecho dañoso. Una de las directivas del régimen de indemnización consiste en la ampliación de los daños resarcibles: el daño moral es decididamente aceptado, el daño lícito trae obligación de resarcir, y, entre otros, cobra importancia el denominado "daño a la vida de relación" o "daño a la actividad social". El derecho de daños tiene una clara función social. Contemporáneamente estamos asistiendo también a una revisión del concepto de reacción contra la dañosidad, que consiste en la prevención y evitación de los daños, dando posibilidad al justiciable de requerir la paralización de la actividad antes de que genere el ilícito¹. La ley N° 26.994 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Argentina, ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y ha determinado que esa área del derecho tiene dos finalidades: la *prevención* y la *reparación* de los daños (art. 1708 del CCC) porque sabemos que hay daños como los inferidos a la persona o al ambiente, entre otros, cuyo desmantelamiento es imposible, así como la vuelta al estado anterior al daño. La responsabilidad civil se ve acrecentada y privilegiada por la debilidad del hombre común, el ciudadano "pequeño", el hombre necesitado y falto de experiencia en muchos quehaceres, el que vive y padece la vulnerabilidad de la era tecnológica².

(*) Profesora titular de Obligaciones Civiles y Comerciales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Civil II, Obligaciones, de la Universidad Nacional de Mar del Plata (e-mail: graciela.messina@arnet.com.ar).

¹ La Resolución 39/248 de abril, 1985, de la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó directivas de protección al consumidor instando a los gobiernos a una política enérgica a fin de garantizar que los productos sean inocuos -citado por ALTERINI, Atilio A. en "Contornos...", cit., págs. 24 y sigs.- donde trae importantes referencias al Proyecto del Senado sobre protección al consumidor y otros estatutos que contienen prescripciones puntuales en el tema de la evitación y prevención de los daños y desmantelamiento de su causa.

² MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", en "Revista

Palabras clave: Atilio Alterini. Responsabilidad. Derecho de daños. Función social. Prevención. Reparación. Vulnerabilidad.

Abstract: The reparation of the victim is the indisputable and fundamental purpose of the civil liability. The perspective of tort law has changed focusing on the victim rather than the responsibility, and we can not only talk about reparation. Today, law tends to protect the victim's weakness. The basis of compensability is not the illegal act, but the harmful act. One of the directives of the compensation regime involves the expansion of the compensable damages: moral damage is decidedly accepted, legal damage causes the obligation to compensate, and, the so-called "harm to the relationship's life" or "damage to social activity" has become important. Tort law has a clear social function. Contemporaneously we are also witnessing a revision of the concept of "reaction against harmfulness", which is the prevention and avoidance of damages. This offers to the defendant the possibility of requiring cessation of activities before generating the illicit act. Law No. 26.994 Unification of the Civil and Commercial Code in Argentina, has unified contractual and extracontractual liability, and has also determined that this area of Law pursue two goals: preventing and repairing damage (art. 1708 CCC). We know there are damages inferred to persons or the environment, whose dismantling is impossible, and also impossible is to return to the pre-injury status. Civil Liability is enhanced and privileged by the weakness of the common man, the "small" citizen, the man in need, the inexperienced man; the one who lives and suffers the vulnerability of the technological age.

Keywords: Atilio Alterini. Responsibility. Tort Law. Social function. Prevention. Reparation. Vulnerability.

Atilio A. Alterini no fue sólo un renovador del derecho privado, fue un creador de tendencias que perduran en el tiempo y que hoy se han consagrado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina -ley 26.994-. Al maestro se deben los desarrollos de esta área del derecho, plasmados en todos los Proyectos de Unificación y Actualización del Derecho Civil del siglo XX, que lo tuvieron como autor o mentor.

de la Asociación Argentina de derecho comparado", N° 1, Víctor de Zavallía, Buenos Aires, 1977.

Alterini decía -citando a Naisbitt³- que nos encontramos en un "tiempo entre paréntesis" entre dos eras: la sociedad industrial que concluye y la otra nueva que viene a reemplazarla⁴..., donde el signo de las nuevas épocas es el progresivo (y feliz) abandono de la cultura de masas para encaminarnos hacia la calidad, la individualización, el consumo a medida, a la excelencia personal. El paso de la etapa industrial a la era tecnológica traería la desmasificación en el derecho de las obligaciones.

A cada fase del proceso de creación y aplicación de nuevas técnicas corresponde una interpretación jurídica distinta del derecho de daños, para atender a la transformación social que se opera.

Las dudas que se manifiestan hoy con relación al rol que debe desempeñar la responsabilidad civil, así como las que conciernen a su fundamento, indican que la institución no está estabilizada⁵.

En sentido general podría decirse que el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, fundado en distintas razones que el tiempo fue variando.

"En sentido estricto la responsabilidad civil se refiere a actos que por haber causado daño patrimonial terminan en una indemnización"⁶. Ser responsable es sufrir las consecuencias de un daño.

I. La evolución del sistema de responsabilidad

a) Los daños causados por el hombre

El contexto político, social y económico de Vélez Sarsfield, su marco de referencia, unido a la influencia y al atractivo del individualismo que

³ NAISBITT, John, "Macrotendencias", trad. en español, Madrid, Mitre, 1983, pág. 261; expresa que estamos viviendo en el tiempo entre paréntesis, el tiempo entre eras.

⁴ ALTERINI, Atilio A., "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era pos-industrial", en ALTERINI, Atilio - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad Civil", Medellín, Dike, 1995, pág. 83.

⁵ VINEY, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: conditions", en GHESTIN, Jacques (dir.), "Traité de Droit Civil", París, L.G.D.J., 1982, pág. 75.

⁶ LÓPEZ OLACIREGUI, José M., "Notas sobre el sistema de responsabilidad civil del Código Civil, balance de un siglo" en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964-1.

impregnaban el Código Civil francés, dio por resultado el sistema de responsabilidad vigente.

Aquella corriente de pensamiento plasmada en el art. 1384 del Código de Napoleón determina dos tipos de responsabilidad: a) por el hecho propio, b) por el de las personas de quienes se debe responder o las cosas que se tienen bajo la guarda⁷.

Cuando los daños eran producidos por el hombre y el factor de atribución era exclusivamente subjetivo, se veía lógico y primordial sancionar al autor del incumplimiento.

El Código Civil de Vélez Sarsfield enfoca la responsabilidad en vistas a la sanción más que a la reparación, porque la conducta del agente determinaba el nacimiento de la indemnización: sólo era responsable el autor y cuando él era culpable -sea en la acción misma o en la vigilancia de las cosas⁸-.

*b) La Revolución Industrial:
las cosas como elementos productores de daño*

El pasaje de una economía agrícola a la etapa de producción industrial ha innovado profundamente en los problemas que se creían resueltos en el instituto de la responsabilidad civil⁹.

En primer lugar, ha incrementado el número y el tipo de situaciones subjetivas que necesitan protección respecto al riesgo de daños, con su incidencia en el problema de la injusticia de ellos.

En segundo lugar, ha determinado el aumento de las hipótesis de dañamiento, por la utilización de los complejos mecanismos de producción y la intervención de "cosas" en la causación de aquéllas.

⁷ LÓPEZ OLACIREGUI, *ibid.*, nro. 32, recuerda que en el sistema francés la culpa sólo es exigida, por aplicación del art. 1382, Cód. Civ., a la responsabilidad por el hecho propio, y descarta la subjetividad en la elección o la vigilancia referida a la segunda aplicación del art. 1384: responsabilidad por el hecho de otros o por las cosas que se tiene bajo la guarda. Cfr. SAVATIER, R., "Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français", T. I, nro. 326, considera que esta interpretación del art. 1384 permitió desligarse del factor subjetivo como elemento básico de atribución, dándole a la responsabilidad civil nueva vida.

⁸ ORGAZ, Alfredo, "La Culpa", Córdoba, Lerner, 1970, pág. 185.

⁹ BARCELLONA, Pietro, *Diritto Privato e Processo Economico*, 2^a ed., Jovene Editore, 1984, pág. 313.

La respuesta de la responsabilidad civil a esa etapa del proceso técnico está dada por la formulación de la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva, y su función pasa a ser reparadora o resarcitoria. La indemnización como retribución hace desaparecer los efectos del acto ilícito -en sentido objetivo- reponiendo a la víctima al estado anterior al perjuicio sufrido.

En la era industrial la función del instituto apuntaba a lograr una justa indemnización, para lo que se crearon mecanismos normativos de responsabilidad objetiva para los infortunios laborales, los daños aéreos causados a los terceros en la superficie, los accidentes nucleares y, en general, para las víctimas de los perjuicios ocasionados por cosas riesgosas o viciosas – art. 1113, ley 17.711.

Esta tendencia de proteger a los débiles de los daños inculpables que ocasiona el progreso -al decir de Orgaz¹⁰- se ve en la solución que la doctrina ha ido otorgando a los distintos supuestos de indemnización de daños, y a cuarenta años de las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹¹ advertimos que son tantos los casos en que la responsabilidad es objetiva, que aquella regla general de la culpabilidad como factor de atribución ha pasado a ser minoría¹².

"La responsabilidad-culpa nació de la conciencia del hombre de crear la materia; la responsabilidad-riesgo deriva del hecho de no dominarla más; entonces se habla ahora más de la víctima y de los daños que del responsable de esa culpa"¹³.

¹⁰ ORGAZ, Alfredo, "La culpa", cit., pág. 189.

¹¹ V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario en 1971, Comisión del Tema V "Fijación de los lineamientos generales del sistema de responsabilidad civil", en su 8ª recomendación dice: "El factor de atribución subjetiva, la culpabilidad, constituye la regla general de la responsabilidad civil".

¹² Se declaró la responsabilidad objetiva por daños ocasionados por los productos elaborados (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986), por el daño ambiental o ecológico (IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983); en la responsabilidad civil por la utilización de productos farmacéuticos y medicinales (Segundo Encuentro de las Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Responsabilidad Civil por Productos Farmacéuticos o Medicinales, Morón, 1987); en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos (III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1986), por daño informático (Comisión II, XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987).

¹³ SAVATIER, R., "Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français"; MAZEAUD, H.

c) Los daños de la "era tecnológica": actividades riesgosas

Existen sectores neurálgicos donde la inadaptación de las reglas de la responsabilidad civil es particularmente evidente y llama a la reforma.

Hoy los grandes temas que centran nuestra atención y necesitan una revisión son los accidentes por la circulación de los automotores, los causados por los productos elaborados, los daños resultantes de la contaminación ambiental, la responsabilidad de los profesionales, el daño informático y los perjuicios que en el futuro ocasione la aplicación de la biotecnología. Éstas son manifestaciones típicas -las que hasta ahora conocemos- del impacto de la "era tecnológica" en la responsabilidad civil.

La mayor parte de las hipótesis de accidentes descriptos no entra dentro del esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aun en la solución de responsabilidad objetiva por daños causados por cosas riesgosas o viciosas, hoy se funda la responsabilidad en actividades riesgosas.

El desarrollo de las anteriores etapas del crecimiento técnico permitió al derecho adaptarse con mayor rapidez y seguridad a las circunstancias dañosas que cada época presentaba, pero la aceleración de los fenómenos técnicos impide una rápida respuesta legal a los interrogantes que se plantean. Los sistemas ideados para rever la responsabilidad civil van desde la abolición total de su régimen actual, a los que -manteniendo el esquema tradicional- proponen modos de reforma que permitan contemplar los nuevos daños. Dice André Tunc: los juristas tratan de conservar puro el derecho de la responsabilidad civil, pero así se apartan de la realidad¹⁴. En una posición renovadora, Starck propicia la creación de dos sistemas distintos de responsabilidad: uno para los daños corporales por un lado, y el otro para los daños morales y daños económicos; para los primeros existiría un sistema de indemnización independiente de la culpa del autor. Esta opinión ha sido suscripta por modernos juristas extranjeros que arman un nuevo sistema de responsabilidad civil particular para los daños corporales¹⁵.

y L., "Traité de la Responsabilité Civile", t. I, 3^a ed., Bs. As., Ejea, págs. 64 y ss.

¹⁴ FRIEDMANN, W., "El derecho en una sociedad en transformación", México - Bs. As., Fondo de Cultura Económica, pág. 19.

¹⁵ VINEY, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: conditions" en Traité de Droit Civil, Jacques Ghestin (dir.), Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1982.

Así como el daño en la etapa industrial era, preferentemente, el causado con intervención de cosas peligrosas, podemos decir que en la era posindustrial los siniestros pertenecen a las actividades riesgosas.

La finalidad de la responsabilidad civil no consiste en el descubrimiento del "verdadero" autor del hecho dañoso, sino en la fijación de un criterio gracias al cual se pueda sustituir la atribución automática del daño con un criterio jurídico.

Una concepción realista nos indica que el progreso tecnológico se acompaña de riesgos, que, como se ha visto, difícilmente pueden ser previstos o evitados. La doctrina italiana ha encontrado un excelente remedio en la aplicación del "riesgo de empresa", que a la vez de satisfacer la reparación de la víctima sirve como instrumento de racionalización del sistema económico.

Ricardo de Ángel Yágües, siguiendo las corrientes doctrinarias más modernas, señala que "ni siquiera el *tort* (el daño) es lo más relevante, sino que lo que adquiere importancia es el carácter social que *todos los daños* revisten, perspectiva de la que se habla simplemente de *accidentes*, con deliberada voluntad de posponer los rasgos jurídicos¹⁶.

La función de la responsabilidad civil ha pasado a la idea de "distribución" de la carga de los riesgos. Si bien ésta es la corriente dominante en el panorama actual, y numerosas escuelas centran su atención en fijar las bases para la distribución de los daños, creemos que la responsabilidad civil continúa atendiendo a otras finalidades que conviven con aquélla, las que trataremos de esquematizar en el capítulo siguiente.

II. Funciones del derecho de daños

El derecho de daños de la hora actual no tiene sus *roles* claramente definidos, debido a su falta de adaptación a la aceleración de los fenómenos técnicos¹⁷. André Tunc¹⁸ se refiere a "la situación patológica de la responsabilidad civil en los países industrializados".

¹⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación de daños)", Madrid, Civitas, 1995, pág. 17.

¹⁷ Cfr. TERRÉ, F., "Propos sur la responsabilité civile", en "Archives de Philosophie du Droit", t. 22, 1977, pág. 37; TUNC, André, "Rapport au colloque franco-germano-suisse

a) Por un lado, se constata un considerable aumento de los daños resarcibles como una de las tendencias actuales del instituto, en el que se llega a admitir la indemnizabilidad de los daños lícitos, prescindiendo de la antijuridicidad para situar la teoría del responder civil en el daño injustamente sufrido por la víctima (y no injustamente causado)¹⁹.

No obstante, en este tema, algún sector de la doctrina todavía es reacio a admitir la tendencia de alargar el campo de la reparación, aferrándose a la regla que reconoce como axioma general el resarcimiento solamente fundado sobre la responsabilidad²⁰.

El aumento de los daños indemnizables es evidente: ya nadie duda hoy en aceptar la resarcibilidad del daño moral, y los daños patrimoniales corporales o sobre los bienes se han ampliado cualitativa y cuantitativamente.

Dice Jorge Mosset Iturraspe: "Las antiguas fronteras de la responsabilidad civil exigían, para que se configurara el daño jurídico, la lesión a un derecho subjetivo o a una facultad (art. 1068), a un interés jurídicamente protegido; las nuevas, atentas a un derecho común de la humanidad, que va camino a ser 'fondo común de las legislaciones', consideran suficiente la lesión a intereses relativamente estables y ciertos, a intereses que no sean ilegítimos"²¹.

b) Pero, por otra parte, ese aumento o "explosión" de la responsabilidad civil no se corresponde con los principios y las funciones que se le asignan, y es por ello que el instituto debe ser revisado y actualizado.

En este momento él adquiere una importancia sin precedentes, está rodeado y penetrado por las instituciones que han modificado profundamente

sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile", en "Tort", 9ª ed., nro. 1, 1971, coinciden en fijar en la época industrial el momento en que la responsabilidad civil no puede responder a los complicados daños que se generan.

¹⁸ TUNC, André, "La responsabilité civile, Économica de la Coll. Études Juridiques Comparatives, París, 1981, pág. 3 y ss.

¹⁹ LÓPEZ OLACIREGUI, José M. "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", RDCO, año II, n° 64, agosto de 1978.

²⁰ TRIMARCHI, P., "Il diritto privato nella società moderna", Milán; y TRABUCHI, cit. por BARCELLONA, Pietro, cit., pág. 292.

²¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", en "Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado", Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1977, n° 1, pág. 143.

su diseño tradicional y ponen en cuestión sus funciones y su dominio²².

Geneviève Viney es una de las civilistas modernas que más ha investigado sobre el tema, pero previo a ese planteo la autora considera cuál es el lugar que debe ocupar el instituto y los objetivos que debe perseguir²³, y más aún si la responsabilidad tiene sentido hoy y cuál es su verdadero papel. Llega a la conclusión de que a pesar de los reparos de que ha sido objeto en los últimos tiempos, la responsabilidad conserva, todavía hoy, una vitalidad real.

a) Ámbitos en los que opera la finalidad de la responsabilidad civil

Las finalidades de la responsabilidad civil no pueden resumirse en un solo criterio: resultan del plexo de aspectos que debe satisfacer tanto en el contexto social como en atención de la víctima del daño. No creemos que la función pueda resumirse -como algunos sostienen- solamente en un modo de distribución de la carga de los riesgos, sino que ésta es sólo una de las finalidades que atañen a su cometido.

Los *roles* de la reparación de daños se desenvuelven en dos ámbitos:

1. Instrumento de regulación social

Hemos esbozado al comienzo de este trabajo el condicionamiento del ordenamiento jurídico por los niveles de conocimientos científicos y las técnicas creativas; se debe llegar a admitir que estos progresos tienen que producir un inevitable influjo en el desarrollo jurídico. "Esta correlación se da siempre que el avance técnico tenga proyección social"²⁴. Una de las formas de incidencia más importante que la ciencia ha producido en el campo del derecho privado, es la que aparece en el derecho de daños, donde se van contemplando nuevas realidades, perfilando tendencias que permiten vislumbrar prospectivas posibles en el futuro.

²² VINEY, Geneviève, ... citada en TUNC André en "La responsabilité civile" Economica, de la Coll. Études Juridiques Comparatives, Paris, 1981, pág. 7.

²³ VINEY, Geneviève, "Les Obligations...", t. IV, cit., 1982.

²⁴ Díez-PICAZO, Luis, "Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)", Madrid, Cuadernos Civitas, Madrid, pág. 90.

Debemos admitir -con palabras de Julio Cueto Rúa- que el derecho no es sólo un sistema normativo, como tampoco sólo es valor, sino también es hecho. "...Además, el derecho es un instrumento de control social. Se lo considera como una suerte de aparato, de mecanismo que permite conducir el comportamiento social. Así gana una significación pragmática, valorable en términos de resultado, de eficacia, de utilidad"²⁵.

En este ámbito la responsabilidad civil desempeña las siguientes funciones:

*1.1. Prevención de comportamientos antisociales,
en la terminología de André Tunc²⁶*

El rol normativo de la responsabilidad civil se manifiesta, en principio, como una "incitación a evitar los comportamientos socialmente reprobables, pero se advierte aún que ella revela igualmente un aspecto positivo consistente en asegurar el respeto de los derechos"²⁷.

Autores de prestigio²⁸ también reconocen en la responsabilidad civil un medio de disuasión de comportamientos antisociales nocivos a la sociedad, y le asignan a ese papel un sentido general; es cuestionable si esa función tiene eficacia real en el plano individual, es decir, con relación al sujeto que causó el daño, porque la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y entonces los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos. En cambio, las condenas civiles, aunque sean individuales, pronunciadas en sentencias sobre responsabilidad profesional, conservan un efecto disuasivo real aunque ellas sean garantizadas por un seguro²⁹.

La acción de responsabilidad civil aparece -dice Geneviève Viney- como el medio para la afirmación de ciertos derechos, un medio de compeler,

²⁵ CUETO RÚA, Julio, "El derecho en la sociedad urbana e industrializada", en "Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados", n° 13, diciembre, 1970, pág. 17.

²⁶ TUNC, André, "La responsabilité civile", cit., pág. 135.

²⁷ VINEY, Geneviève, "Les obligations..." cit.

²⁸ VINEY, Geneviève, cita a TUNC, André, "La responsabilité civile et dissuasion de comportements antisociaux", en "Mélanges Offerts a M. Ancel", págs. 407 y ss.; y el trabajo del mismo autor ya indicado.

²⁹ Dice la jurista francesa VINEY, Geneviève, "Les obligations..." cit., pág. 51.

de perfeccionar y de renovar el sistema jurídico existente. Dentro de esa función, es evidente que no puede ser suplida por los procesos de socialización directa de riesgos que de ninguna manera pueden jugar aquel rol.

Para la moderna corriente de pensamiento jurídico denominada "análisis económico del derecho"³⁰, la responsabilidad civil debe tener por objetivo la reducción de los costes de los accidentes.

Según esta postura el número o el coste total de los accidentes que existen en una sociedad dada es el producto de una decisión, más o menos explícita o más o menos consciente, de la propia sociedad. En la forma y el método de establecer esa cifra están implicadas consideraciones económicas y valores morales. La prevención supone técnicas muy elaboradas, que modernamente y a través de la escuela economicista del derecho se llevan a cabo mediante tres mecanismos³¹.

1ª Finalidad: reducción del número y la gravedad de los accidentes, que se logra mediante dos formas básicas:

1.1. prohibiendo actos específicos o actividades consideradas como causa de aquéllos: "prevención general", o método de mercado; y

1.2. encareciendo el ejercicio de esas actividades y, en consecuencia, haciéndolas tanto menos atractivas cuanto mayores sean los costos de los accidentes que provocan: "prevención específica" o método colectivo.

2ª Finalidad: reducción de los costos en función del coste social derivado de los accidentes. Una vez producido el siniestro la fórmula que se establece para indemnizar a la víctima tiene una importancia crucial; esta reducción secundaria se logra mediante el efecto de fraccionar los daños o pérdidas producidos por el accidente mediante el sistema de seguridad social.

3ª Finalidad: reducción administrativa del tratamiento de los infortunios y evaluación de los métodos de disminución de gastos para no generar una burocracia que aumentaría indirectamente los costes.

Las propuestas de Guido Calabresi -que hemos sintetizado- dirigidas a la función de reducción de los accidentes, conciernen a la política que cada sociedad debe asumir para prevenir comportamientos antisociales.

³⁰ BISBAL, Joaquín, en el "Prólogo" de la obra de CALABRESI, Guido "El coste de los accidentes. Análisis jurídico y económico de la responsabilidad civil", Barcelona, Ariel, 1984.

³¹ CALABRESI, Guido, "El coste de los accidentes..." cit., pág. 11.

La Ley Francesa del Tránsito³², entre otros aciertos plausibles, se propone la aceleración del resarcimiento mediante la disminución de litigios, y con ese fin impone al asegurador del vehículo "implicado" -terminología propia de la ley- hacer una oferta de transacción a la víctima de daños corporales y morales en un plazo imperativo³³.

En fin, Ricardo de Ángel Yáguez -citando a Pantaleón Prieto- concluye su libro³⁴ diciendo que lo característico del tiempo presente consiste, precisamente, en el hecho de que hoy no cabe hablar de "una" función de la responsabilidad civil, sino de las que esta venerable institución está llamada a desplegar... que son las que se encaminan a responder -de forma armoniosa en el conjunto del sistema- a la eterna pregunta de qué debe suceder cuando causamos un daño.

1.2. Distribución de la carga de los daños

Es evidente en los últimos tiempos un proceso gradual de socialización de los riesgos, que coincide con la diversidad de fundamentos de la responsabilidad.

La tendencia continua hacia la objetivación del derecho de daños en general, y en particular las numerosas articulaciones de sistemas amplios de seguridad social, han obligado a plantear problemas tales como los límites o topes de la responsabilidad objetiva (limitación del daño) o la eficiencia de los sistemas de indemnización extrajudicial por medio del seguro.

Los más entusiastas ven en un futuro cercano la desaparición de la responsabilidad civil, sustituida por un sistema de seguridad social y legislación asistencial; esa compensación equitativa de las víctimas se lograría

³² La Ley Francesa del Tránsito promulgada el 5/7/1985, sustentada en algunas de las ideas del "Proyecto Tunc", persigue varios objetivos: a) proteger a la víctima o a cierto tipo de perjudicados; b) simplificar algunos trámites que impone el sistema de responsabilidad; c) permitir un resarcimiento rápido, especialmente por una invitación imperativa a la transacción dirigida al asegurador.

³³ CHABAS, François, "La Ley Francesa del Tránsito después de seis meses de vigencia", L.L., 1986-D-861; dice: "Los especialistas consideran que eso representa la parte más importante de la ley. El número de los procesos provocados por los aseguradores era considerable: treinta veces más grande en Francia que en Alemania o Escandinavia; doce veces más que en Italia. El contencioso no podía ser suprimido; pero disminuirá en razón de las sanciones enormes que amenazan a los aseguradores".

³⁴ DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo, "Algunas precisiones..." cit., pág. 229.

mediante los ingresos fiscales del Estado que asumiría el costo de los daños causados.

Se han formulado tantas teorías sobre la asunción de la carga de los riesgos como autores han incursionado en el tema de la socialización de los daños, sea para instaurar el seguro forzoso en las actividades de máximo riesgo, sea para eliminar la responsabilidad como criterio de imputación del daño y transformarlo en un sistema de seguridad social integral.

Para resolver estas cuestiones Calabresi³⁵ opina que es necesario previamente contar con una teoría general de la responsabilidad civil, y como ésta no existe es poco probable que todos los proyectos elaborados en torno a la seguridad social en esta materia puedan traer conclusiones satisfactorias.

Se suele acudir como ejemplo óptimo al sistema de Nueva Zelanda³⁶, que aportó al problema de los accidentes una respuesta sin precedentes mediante un fondo público de indemnización de víctimas que hizo inútil toda innovación en materia de responsabilidad civil³⁷.

El efecto del seguro sobre el derecho de daños producirá, por un lado, cierta "ampliación de la responsabilidad", pero, paradójicamente, por otro, conducirá a la "contracción del campo de aplicación" en tanto su función admonitoria se vería restringida por la existencia misma del seguro³⁸. El resultado sería que, para una esfera muy limitada, el derecho de daños se acercaría más al derecho penal al sancionar la conducta inmoral, mientras que para la inmensa mayoría de accidentes debidos a las circunstancias

³⁵ CALABRESI, Guido, "El coste..." cit., págs. 43 y ss.

³⁶ Este sistema de compensación de accidentes entró en vigencia el 1-IV-1974; en su art. 5° se refiere al campo de aplicación de los daños corporales: la víctima o sus herederos son indemnizados automáticamente por un fondo financiado por el Estado sin necesidad de intentar la acción por responsabilidad civil. Suecia también ha orientado su método de compensación en la seguridad social que ha tornado prescindible el sistema de responsabilidad civil en cuanto al resarcimiento de los daños corporales.

³⁷ TUNC, André, "La responsabilité civile..." cit., págs. 145 y ss.

³⁸ FRIEDMANN, W., "El derecho en una sociedad en transformación" cit., pág. 179, opina que "el crecimiento incesante del principio de la responsabilidad social por daños no se debe a ningún cínico abandono del principio de la responsabilidad individual, sino al grado en que millones de individuos se encuentran expuestos a accidentes que ocurren en fábricas, aeroplanos o a la amenaza de desempleo" (pág. 143).

sociales modernas la indemnización podría convertirse francamente en una cuestión de responsabilidad estricta o ser reemplazada por el seguro³⁹.

Desde el punto de vista de la víctima, el sistema ideal de resarcimiento será aquel que le permita una rápida recomposición de sus intereses esenciales sin tener que interrogar sobre la causa del perjuicio⁴⁰; la aparición del seguro, de la seguridad social, de los regímenes de garantía estatal, indican la evolución de la responsabilidad civil a otra forma de reparación colectiva o de socialización de los daños.

Una propuesta singular consiste en un sistema de responsabilidad social sobre la formación de una nómina taxativa de grandes flagelos sociales contra los que el hombre común no puede luchar; el Estado asume la prevención de los daños de la era tecnológica y la asunción de la carga de esos riesgos en función de la nocividad de las actividades altamente dañosas⁴¹.

En nuestro país la doctrina civilista reclamó en los últimos encuentros de la especialidad la instauración del seguro obligatorio para ciertas formas modernas de dañamiento y un fondo de garantía para asegurar a la víctima el cobro de la indemnización⁴².

1.3. Garantía de los derechos del ciudadano

André Tunc reconoce a la responsabilidad civil otra función: la garantía que otorga a los ciudadanos respecto a su integridad personal lo mismo que a sus bienes y sus derechos, "la idea de garantizar los derechos de los ciudadanos ha jugado un rol incontestable dentro del derecho de daños que constituye ciertamente una de sus funciones"⁴³.

³⁹ SANTOS BRIZ, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", 4^a. ed. act., Madrid, Montecorvo, 1986, pág. 9.

⁴⁰ VINEY, Geneviève, "Le déclin de la responsabilité individuelle", París, LGDJ, 1965.

⁴¹ Esta propuesta pertenece a Francis Caballero en Francia en 1979,

⁴² ALTERINI, Atilio A., "Contornos actuales de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, págs. 35 y ss.. Las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Doctor Roberto H. Brebbia trataron en la Comisión III, sistemas de protección a los damnificados por actividades riesgosas o peligrosas; en su rec. 3^a, declararon: "A fin de brindar protección eficaz a las víctimas deberán implantarse regímenes de seguro obligatorio en los supuestos de daños causados por actividades o cosas riesgosas", rec. 4^a "El seguro obligatorio debe garantizar las indemnizaciones por muerte y daños corporales y espirituales".

⁴³ TUNC, André, "La responsabilité..." cit., págs. 149 y ss.

Guido Alpa también le asigna el valor de una finalidad esencial: "Las normas del Código concernientes a la responsabilidad civil, interpretadas e integradas en un sistema racional de indemnización, operan como una 'función de garantía', es decir, en resguardo del individuo de la acción de terceros, de las lesiones que devienen del ejercicio de las actividades de otro"⁴⁴.

El Consejo Constitucional francés reconoció expresamente ese carácter al principio del resarcimiento de los daños fundado en la prohibición de no dañar los derechos de otro⁴⁵.

2. Indemnización de la víctima

La reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil.

Históricamente no ha sido la primera función: en las sociedades primitivas la falta aparecía como una ruptura del orden social y hasta del orden cósmico. Pero a medida que el ilícito civil se separó del crimen y del pecado, fue ganando su identidad propia y la indemnización de la víctima devino uno de sus objetivos fundamentales.

La mira del derecho de daños ha pasado del responsable a la víctima, y no solamente podemos hablar de reparación sino que las legislaciones de hoy tienden de diversos modos a la protección de su debilidad.

La debilidad de la víctima de daños no consiste en su inferioridad económica sino en la indefensión frente a las fuentes modernas de los daños tecnológicos: la víctima de accidentes nucleares, del daño ecológico, de la intromisión en la vida privada por sofisticados medios, la víctima de los daños de la biotecnología, de los productos de consumo masivo..., no posee los recursos necesarios para repeler y reaccionar contra los elementos tecnológicos causantes del daño.

A ese débil del derecho de hoy (en la terminología de Josserand)⁴⁶ lo

⁴⁴ ALPA, Guido, "La responsabilité civile en Italie: problèmes et perspectives", en "Revue Internationale de Droit Comparé", año 39, nro. 4, octubre - diciembre de 1986, pág. 1101.

⁴⁵ Una sentencia del Consejo Constitucional francés del 22-10-1982 declaró: "Tiene carácter constitucional el art. 1382 del Código Civil (similar a nuestro art. 1109, Cód. Civ.) porque no teniendo nadie el derecho de dañar a otro, el que lo hace tiene obligación de reparar".

⁴⁶ JOSSERAND, Louis, "La protección de los débiles por el derecho" en "Revista de

protege el sistema de responsabilidad civil elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, que adecua el derecho de daños a la realidad, para subsanar las falencias que en ese aspecto presentaba el Código Civil argentino.

La más reciente doctrina italiana que tiene por principales sostenedores a Scognamiglio, Trimarchi, Rodotà, ha delineado una tendencia distinta de aquella fundada en la culpa o en el acto ilícito, afirmando que la clasificación de la conducta (culpable o ilícita) no es el objeto del juicio de responsabilidad.

El fundamento de la indemnizabilidad no está en el acto ilícito sino en el hecho dañoso. Con una fórmula resumida se podría decir que el resarcimiento en sentido sustancial significa "imputación del resultado dañoso a un sujeto". La secuencia a que se hace referencia se puede describir así: evento dañoso... responsabilidad... obligación de resarcimiento⁴⁷.

El factor dinámico determinativo del proceso de imputación es el daño causado a otra persona, pero "para que el daño funcione como excitante de la imputación es menester que invista una calificación: la de ser injusto"⁴⁸.

Esta posición -que comparto- es sostenida implícita o explícitamente por nuestros más calificados juristas: Alterini, Kemelmajer de Carlucci, Bueres, López Cabana, Parellada, Gherzi, Goldenberg, Zannoni, Stiglitz -entre otros-, quienes al centrar la reparación en el elemento del daño, ubican la teoría del responder no en la existencia misma del acto ilícito, sino en el "acto dañoso" y la "reparación de los daños".

La responsabilidad civil en nuestros días presenta diversas tendencias que, como objetivo terminal, llevan todas a la finalidad esencial, que es la protección de la víctima.

Una de esas directivas consiste en la ampliación de los daños resarcibles: el daño moral es decididamente aceptado, el daño lícito trae obligación de resarcir, y, entre otros, cobra importancia el denominado "daño a la vida de relación" o "daño a la actividad social"⁴⁹.

derecho, jurisprudencia y administración", Montevideo, diciembre de 1947, pág. 313 y ss.

⁴⁷ SCOGNAMIGLIO, R., voz "Responsabilité civile" del "Nuovissimo Digesto Italiano".

⁴⁸ LÓPEZ OLACIREGUI, José M., "Notas..." cit., pág. 54, afirma que es el daño injustamente causado el que provoca la reacción del ordenamiento jurídico, que consiste en imponer al autor una indemnización mediante la cual se realiza el mecanismo de retorno a la víctima.

⁴⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Nuevas Fronteras..." cit., pág. 143.

Otra tendencia de la responsabilidad civil de nuestros días es el gradual proceso de socialización de los daños, sea mediante el seguro obligatorio o la seguridad social, beneficios éstos que aseguran a la víctima la eficacia del cobro.

El aumento de los factores de atribución incorporados expresa o implícitamente al Código Civil por la reforma de 1968, como el riesgo, la equidad, la normal tolerancia entre vecinos y los que la doctrina ha asumido como la garantía, el abuso de derecho, la solidaridad social⁵⁰, dan a la víctima de daños otros fundamentos para el reclamo de la indemnización que mejoran su situación en tanto no exigen la prueba puntual de la culpa como en el fundamento subjetivo.

La tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil se ha reconocido -además de la consagrada por el art. 1113, 2ª parte, 2º párr., CCiv. modificado por la ley 17.711- en las jornadas y congresos de la especialidad: en los daños ocasionados por productos elaborados, en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos, en el daño ecológico, en el daño informático, en el daño por productos medicinales o farmacéuticos⁵¹ y en las reglamentaciones vigentes y estatutos especiales que contienen esa solución para el daño nuclear⁵² y los causados a los terceros en la superficie por cosas arrojadas o caídas de aeronaves⁵³. La víctima de daños en el sistema de responsabilidad objetiva sólo tiene que probar -en principio- la existencia del daño, la conexión causal entre la cosa y el daño, y la calidad de dueño o guardián de dicha cosa en el demandado⁵⁴.

Se ha aumentado considerablemente la posibilidad de reclamar, ensanchándose el campo de los legitimados activos. Una aplicación concreta de esta tendencia es la facultad conferida a los damnificados por el daño ambiental: la Constitución Nacional reconoce la protección de los intereses

⁵⁰ La Constitución española y la Constitución italiana consagran expresamente el principio de solidaridad social.

⁵¹ MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela. "La responsabilidad civil en la era tecnológica", Abeledo Perrot, 3ª ed. actual, Año 2012, capítulo XII, punto III.

⁵² Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Accidentes Nucleares de 1963, ley 17.048.

⁵³ Cód. Aeronáutico, ley 17.285.

⁵⁴ Esta es la opinión de LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Bs. As., Perrot, Buenos Aires, 1967, págs. 2570 y ss.; y Código Civil Anotado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, comentario al art. 1113, CCiv.

difusos y autoriza a reclamar a cualquier miembro de la sociedad, sin perjuicio de legitimar a los cuerpos intermedios.

Ante un hecho dañoso aparece frente a la víctima -facilitando la posibilidad del cobro- un amplio abanico de legitimados pasivos que responderán unas veces solidaria y otras concurrentemente.

Otra tendencia es la aligeración a la víctima de la carga de la prueba, porque en la práctica ello va ligado a la facilitación del trámite de acceso a la justicia.

Por otro rumbo esa facilitación de la carga de la prueba a cargo de la víctima se consigue con las presunciones de causalidad -cada vez más numerosas- en cuyo caso la víctima sólo debe probar el daño e indicar quién lo causó -la autoría- para presumirse la responsabilidad basada en la causalidad⁵⁵.

Contemporáneamente estamos asistiendo también a una revisión del concepto de reacción contra la dañosidad, que consiste en la prevención y evitación de los daños, dando posibilidad al justiciable de requerir la paralización de la actividad antes de que genere el ilícito⁵⁶.

La certeza del cobro de la indemnización por parte de la víctima está asegurada -entre otros mecanismos- con la invalidez de la abreviación convencional del plazo de prescripción⁵⁷ y la nulidad de las cláusulas limitativas

⁵⁵ Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Doctor Roberto H. Brebbia (Rosario, 1986), rec. 1ª de la Comisión II: "La existencia de presunciones contra el sindicado como responsable, constituye un mecanismo tendiente a facilitar al damnificado la obtención del resarcimiento"; rec. 3ª: "la relación de causalidad se refiere tanto a la autoría del daño (quién lo causó), como a su adecuación (de qué consecuencias se responde)"; rec. 7ª: "Las presunciones 'de responsabilidad' o 'de causalidad' se destruyen probando la interrupción del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la propia víctima), salvo casos especiales".

⁵⁶ La Resolución 39/248 de abril, 1985, de la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó directivas de protección al consumidor instando a los gobiernos a una política enérgica a fin de garantizar que los productos sean inocuos -citado por ALTERINI, Atilio A. en "Contornos..." cit., págs. 24 y ss.- donde trae importantes referencias al Proyecto del Senado sobre protección al consumidor y otros estatutos que contienen prescripciones puntuales en el tema de la evitación y prevención de los daños y desmantelamiento de su causa.

⁵⁷ Es prohibida la abreviación convencional del plazo de prescripción, a lo que la Ley de Seguros (17.418) agrega en el art. 59 la fijación de un plazo de caducidad para interponer la acción judicial.

de responsabilidad⁵⁸. La creciente preocupación de la doctrina por contemplar y reglamentar los contratos de contenido predispuesto y con condiciones generales⁵⁹ que se ha plasmado en la ley 24.240, obedece a la vocación actual del derecho por restituir el equilibrio frente a la contratación desigual.

La prevención de los daños en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

La ley N° 26.994/2014 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Argentina, ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y ha determinado que esa área del derecho tiene dos finalidades: la *prevención* y la *reparación* de los daños (art. 1708 del CCC) porque sabemos que hay daños como los inferidos a la persona o al ambiente, entre otros, cuyo desmantelamiento es imposible, así como la vuelta al estado anterior al daño.

La prevención constituye una función primaria de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial; en ello, nos apartamos del concepto de nuestro antecedente del derecho civil francés, para cuyo sistema de responsabilidad sólo existe la reparación cuando el daño se ha producido, y reserva a las normas administrativas y penales, la función preventiva.

Hay daños, como el que se verifica en la persona humana o en los bienes de incidencia colectiva, que no tienen retorno; la degradación de esos bienes impide la recomposición al estado anterior, por ello la función de prevención es prioritaria y está garantizada en el nuevo CCC en la sección 2ª “función preventiva y punición excesiva”, arts. 1710 a 1715. La obligación de prever el daño corresponde a cualquier persona, que el nuevo Código tipifica como *deber*, sea tanto para evitar un daño, como adoptar medidas razonables para disminuir su magnitud, o no agravar el daño que ha comenzado a generarse.

⁵⁸ STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel A., "Invalidéz de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta", L.L., 1984-D-Secc. Doctrina, pág. 995.

⁵⁹ VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), rec. 3-A, Com. II, se reclamó regulación normativa de los contratos predispuestos y la incorporación al Código Civil del principio de protección al más débil en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985).

Para garantizar esta función preventiva, el nuevo CCC pone en manos de quien acredite un interés razonable en la prevención (art. 1712), la *acción preventiva* (art. 1711), cuando “una acción u omisión antijurídica hicieran previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Concordantemente, la nueva legislación civil ordena que el juez que haga lugar a la acción, deberá dictar a pedido de parte o aun de oficio, una sentencia que, en forma definitiva o provisoria, disponga una obligación de dar, de hacer o de no hacer (art. 1713) según corresponda con el hecho que esté previendo el acaecimiento de un daño... “debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Este criterio prudente que debe observar la sentencia, es en la medida que estaría resolviendo sobre acciones futuras, que podrían poner en peligro la persona o los bienes de otro; por ello, en función de poner un límite a la exacerbación de las diversas medidas de prevención judicial sobre un mismo caso, el art. 1714 se refiere a la punición excesiva, autorizando al juez a dejar sin efecto o morigerar las diversas penas impuestas (art. 1715 CCC).

Las tendencias modernas en el derecho de daños nos demuestran que su objetivo primordial es la protección de la víctima, función primera de la responsabilidad civil que hoy se ve acrecentada y privilegiada por la debilidad del hombre común, el ciudadano “pequeño”, el hombre necesitado y falto de experiencia en muchos quehaceres, el que vive y padece la vulnerabilidad de la era tecnológica⁶⁰.

⁶⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Nuevas fronteras...” cit., pág. 137.

ALTERINI Y LA REFORMA DEL DERECHO PRIVADO ARGENTINO. DE CÓMO FINALMENTE VENCÍÓ. DE CÓMO SU PENSAMIENTO PREVALECE EN LA TEORÍA DEL CONTRATO

NOEMÍ LIDIA NICOLAU (*)

Resumen: Se destaca la personalidad de Alterini como uno de los más importantes adalides del movimiento que trabajó desde 1987 por la reforma y unificación del Derecho privado argentino. Después de reseñar brevemente su contribución al Derecho contractual a partir de su obra doctrinaria, se puntualiza la decisiva influencia que tuvo como redactor de la teoría general del contrato en el Proyecto de Código civil de la Republica Argentina unificado con el Código de Comercio, que fuera presentado en 1998. En los Fundamentos de ese Proyecto realizó una obra minuciosa en la que fue desgranando, en forma exhaustiva, las fuentes de las normas que redactó. Por último, se analiza la influencia del pensamiento de Alterini en el nuevo Código civil y comercial mediante la comparación de algunas de sus normas con las concordantes del Proyecto de 1998, de manera especial las referidas al concepto de contrato, las disposiciones generales en la materia, el perfeccionamiento, los efectos y la extinción del contrato.

Palabras clave: Código civil y comercial. Contrato. Derecho privado. Unificación del derecho.

Abstract: Alterini was one of the most important advocates of the movement who worked since 1987 for the reform and unification of the Argentine private law. After a brief review of his contribution to Contract Law -from its doctrinal work-, we record the decisive influence that he had as editor of the general theory of contract in the Civil and Commercial Code Draft for Argentina, presented in 1998. In the fundaments of the Draft, Alterini conducted a thorough work in which

(*) Investigadora de la Carrera del Investigador de la Universidad Nacional de Rosario. Directora de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y del Centro de Investigaciones en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la misma Universidad (e-mail: noemi@nnicolau.com.ar).

he studied exhaustively the sources of the Draft's rules. Finally we analyzed the influence of Alberini's thought on the new Civil and Commercial Code, consistent with those of the Draft Code 1998, especially those relating to the concept of contract, the general provisions on the subject, perfecting, effects and termination of the contract.

Keywords: Civil and Commercial Law Code. Contract. Private Law. Unification of Law.

1. Los últimos treinta años de la vida y la obra de Atilio Alterini están indisolublemente vinculados a los de una generación de juristas que se esforzó por la reforma del Derecho privado argentino.

Fue uno de los más importantes adalides del movimiento que trabajó sin prisa y sin pausa en la elaboración de los proyectos y en su difusión. Imposible olvidar los denodados esfuerzos para que fuera promulgado el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de 1987, hasta verlo convertido en la ley N° 24.032. Los vaivenes políticos que llevaron al veto de la referida ley no lo desanimaron.

Invitado a participar en otra comisión reformadora fue miembro de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 1992. Tampoco lo amedrentó el fracaso de los Proyectos de 1993 y, convocado para elaborar uno nuevo, se sumó con entusiasmo a la Comisión redactora y trabajó afanosamente hasta la presentación del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio en 1998. En ese conocido "Proyecto de 1998" se advierte, sin lugar a dudas, que la materia contractual y, en especial, la teoría general del contrato son el fruto de la labor de este jurista inteligente, laborioso y hombre adelantado a su tiempo.

2. La obra doctrinaria de Alterini fue de gran mérito y vastedad. Se dedicó desde muy joven al Derecho de las obligaciones en general y a sus principales fuentes, la responsabilidad civil y el contrato.

Para comprender su concepción moderna del Derecho es suficiente consultar alguno de sus tantos libros sobre la materia, entre ellos Responsabilidad civil, Derecho de Obligaciones, Derecho Privado, Contratos. Teoría general, Contornos actuales de la responsabilidad civil, Cuestiones modernas

de responsabilidad civil, Derecho de daños, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Lesión al crédito y responsabilidad del Estado, Desindexación: el retorno al nominalismo, Cómo redactar un contrato, La inseguridad jurídica, Desindexación de las deudas, La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil.

En “Contratos. Teoría general” plasmó el pensamiento señero que luego transfundió al Proyecto de 1998. Su preocupación rondaba en torno a la superación del concepto clásico de contrato, encontrar los límites actuales al dogma de la autonomía privada y el mejor modo de proteger al contratante débil. Elaboró la materia contractual en su vinculación con la economía y en sus despliegues internacionales, pero no abandonó la técnica jurídica en el tratamiento de los temas específicos de la formación del contrato, sus efectos y su extinción, aun cuando introdujo novedades que a más de una década sorprenden a algunos y disgustan a otros por su incorporación al nuevo Código, como ser los acuerdos parciales.

3. La impronta de Alterini es evidente en el Proyecto de 1998, como ya dijimos, en especial en la materia contractual, de modo que su influencia fue decisiva en el Proyecto de Código civil y comercial elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, decreto 191/2011 (BO 28/02/2011), integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, porque, según sus Fundamentos, su fuente inmediata es aquel Proyecto fallido. Aun cuando ya no estaba en el momento en que el Código fue sancionado, Alterini venció los obstáculos, porque el *leitmotiv* de sus últimos años se había hecho realidad. Los hombres con grandes ideales trascienden su propia existencia.

El Proyecto de la Comisión redactora de nuestro nuevo Código sufrió, como se recordará, numerosas modificaciones a su paso por el Poder Ejecutivo y Legislativo, sin embargo, se mantuvo intacta la teoría general del contrato inicialmente elaborada por esa Comisión, que tiene como fuente la normativa proyectada por Alterini. Son frecuentes las remisiones al Proyecto de 1998, que está presente a lo largo, ancho y profundo del Título II, Libro Tercero. Los redactores explican que se siguió el orden metodológico de aquel Proyecto pero se innovó al incorporar al sistema los contenidos mínimos del contrato y la relación de consumo, en una costosa decisión que fundamentaron con sólidos argumentos.

En el futuro, a fin de interpretar las normas de Derecho privado que nos rigen será muy útil recurrir a los *Fundamentos del Proyecto de 1998* que proporcionan una abundante y precisa información sobre las fuentes. Es que, a partir del parágrafo 158, se percibe un trabajo minucioso de Alterini que va desgranando con maestría las fuentes de que se sirvió. Para fundamentar cada uno de los temas troncales de la teoría general se citan las conclusiones de las Jornadas Nacionales en que el tema fue tratado. Se referencian los autores nacionales o extranjeros consultados, tanto los clásicos, como Puig Brutau, Baudoin, Rémy, Carbonnier, Malurie-Aynès, Orgaz, Bibiloni, como los contemporáneos Cornú, Mazeaud-Chabas, Larroumet, Jordano Fraga.

Se mencionan, también con detalle, los grandes modelos jurídicos que se emplean como fuente, ya sea la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de UNIDROIT, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

No faltan tampoco los Códigos vigentes en los principales países de derecho continental occidental, tales el Código Civil italiano de 1942, Código Civil peruano de 1984, Código Civil quebequés de 1992, Código Civil costarricense, Código Civil del Distrito federal mexicano, Código Civil paraguayo de 1987, Uniform Commercial Code, Restatement of Contracts 2nd., Código Civil y Código de Comercio uruguayos, Código Civil austríaco, Código Civil brasileño, Código Civil venezolano, Código Civil portugués de 1967, Código Civil boliviano de 1975, Código Civil holandés de 1992, Código Civil alemán, Código suizo de las obligaciones, Código Civil de Louisiana de 1984 e, inclusive el Contract Code de Mc Gregor.

A continuación analizaremos la influencia en el nuevo Código de las normas proyectadas en 1998 en torno a cuatro temas que entendemos esenciales en la teoría general del contrato: el concepto y los principios generales del contrato, la formación del consentimiento, los efectos y la extinción del contrato.

4. Acerca de los *principios generales* aplicables en el derecho contractual se puede comprobar que, en lo medular, se recepcionó el espíritu y el diseño que se encontraba en el Proyecto de 1998.

Si bien el principio de autonomía privada del artículo 958 del Código civil y comercial no encuentra similitud en el Proyecto de 1998, en ambos se

proclama la seguridad jurídica en las relaciones contractuales. Se garantiza la protección de la propiedad privada en el artículo 965 con un texto idéntico al artículo 901 del Proyecto. A esos fines en el artículo 960, que replica el 907 del Proyecto, se delimitan las facultades de los jueces para intervenir en el contrato sólo a pedido de una de las partes y de oficio cuando se afecta el orden público. En esta norma se advierte una diferencia en exigencia, pues la nueva norma admite, a diferencia de su fuente, que la intervención de oficio sólo procede cuando la transgresión al orden público es manifiesta.

Por supuesto, se incluye en el artículo 961 el principio de buena fe similar al artículo 966 del Proyecto, pero existe una diferencia, en nuestra opinión importante, respecto a los alcances de la obligación contractual, que se limita a las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en los contratos, teniendo en consideración aquello a lo que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, sin mención alguna a la equidad, como lo hace el Proyecto en el artículo 967.

En cuanto a la concepción del ordenamiento normativo en materia contractual el Código civil y comercial plasma dos principios idénticos a los contenidos en el Proyecto de 1998. En ambos se dice que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible (art. 962 del CCC y 902 del Proyecto 1998) y se establece el mismo orden de prelación en la aplicación de las normas legales (art. 963 del CCC y 903 del Proyecto).

Para la integración del contrato las normas son similares, salvo la noción de usos que emplean. Hay coincidencia en los artículos 964 del Código civil y comercial y 904 del Proyecto 1998 que disponen aplicar el uso del lugar de celebración del contrato, preferible al de ejecución, como lo ha dicho la doctrina. Se aprecia también una diferencia en la regulación de los usos cuando son impuestos por la parte fuerte en el mercado que se traduce, por lo general, en cláusulas abusivas. El Proyecto de 1998 la desechaba como uso aunque fuera de práctica, en cambio el Código civil y comercial es menos drástico, porque admite como uso los que hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

El nuevo Código se aparta del Proyecto de 1998, pues, admite la fragmentación del *concepto de contrato*. A partir de la noción de contrato

paritario clásico definido en el artículo 957, diferencia el contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 984) y el contrato de consumo (art. 1093). El Proyecto de 1998 no incorporó al sistema el contrato de consumo, en cambio, definía en el artículo 899 el contrato en general, como acto jurídico y, luego, al contrato discrecional, el predispuesto, a las condiciones generales de contratación y al celebrado por adhesión. La diferencia en esta materia radica, además de la consideración del contrato de consumo, en que para la Comisión redactora del nuevo Código es indistinto denominar al contrato por adhesión como predispuesto, lo que no parece acertado desde el punto de vista técnico porque no siempre quien predispone el contrato tiene monopolio legal o de hecho que determine la necesidad de adherir o no contratar.

5. Respecto a la *formación del consentimiento* se observa una influencia importante del Proyecto de 1998 en el conjunto de normas que tienen ahora una redacción más clara y precisa.

Ambos sistemas modifican la formación del consentimiento incorporando *la teoría de la recepción* de la aceptación en sustitución de la teoría del envío (art. 971 CCC y 915 Proyecto 1998). Los requisitos de la oferta son también similares (art. 972 CCC y 922 Proyecto). La oferta dirigida a personas indeterminadas se considera invitación a ofertar, salvo excepciones que en los dos sistemas son iguales (artículo 973 CCC y artículo 923 Proyecto).

Otro cambio que debe señalarse es el *carácter obligatorio* que ahora tiene la oferta. En una directa aplicación de la teoría de la confianza el artículo 974, siguiendo al 925 del Proyecto, dispone que como regla la oferta obliga al proponente. En relación a la caducidad de la oferta se simplificaron los supuestos que preveía el artículo 924 del Proyecto de 1998, aun cuando hubiera sido preferible mantenerlos.

Una cuestión importante en la realidad de las negociaciones contractuales, sobre todo las de mayor envergadura, es reconocer y regular la *formación progresiva del contrato*. El Código civil de Vélez, como todos los de su tiempo, parecen considerar que el contrato se perfecciona en un único momento, como si en la realidad sucediera siempre que se envía la oferta y llega la aceptación. En la actualidad, los modelos jurídicos que regulan la materia contractual incluyen normas cuidadosas en relación a esta etapa precontractual. El Proyecto de 1998 seguido por el nuevo Código civil y

comercial contempla con acierto estos nuevos problemas.

El artículo 982 del Código, recepta en forma casi textual el 916 del Proyecto de 1998, admitiendo que los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. Se trata de una novedad importante, cuestionada por muchos, que cambia de manera esencial el momento perfectivo del contrato, pero deja a salvo que, en caso de duda, el contrato se tiene por no concluido y que no son acuerdos parciales la minuta o el borrador.

También se incorporan normas sobre las tratativas contractuales ausentes en el Código derogado. El artículo 991, que reproduce el 920 del Proyecto de 1998, establece que en este período el incumplimiento del deber de obrar de buena fe para no frustrar injustificadamente las tratativas genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra la parte afectada. Existe una diferencia importante en la consecuencia prevista en ambas normas, porque el Proyecto de 1998 reconocía, a diferencia del nuevo Código, la categoría de daño al interés negativo, propuesta magistral de Ihering, y la aplicaba en este caso. El artículo 991, en cambio, deja abierta la consecuencia diciendo que debe repararse el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

En esta tendencia de fijar pautas para la formación progresiva del contrato el nuevo Código incorpora una Sección destinada a los Contratos preliminares, siguiendo puntualmente lo previsto en el Proyecto de 1998, que traía algunas novedades. El artículo 994, con fuente en el 934 del Proyecto, dispone que los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo y dispone como plazo de vigencia de ese contrato un año, renovable, plazo ajeno a las costumbres de nuestro país.

6. Si se analiza el Capítulo de los *Efectos del contrato* se advierte también la influencia del Proyecto de 1998 en el Código civil y comercial, aunque la cuestión novedosa de la suspensión del cumplimiento fue recepcionada con una regulación diferente y menos conflictiva. El contenido del artículo 992 del Proyecto fue distribuido en dos normas los artículos 1031 y 1032, este último titulado tutela preventiva. Autoriza a una parte a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave

amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. Se trata de una medida preventiva de los daños que puede sufrir una parte que cumple su prestación entregando lo debido a la contraparte cuando ésta no está en condiciones de cumplir la correspondiente prestación. El Proyecto de 1998 incluía otro supuesto que fue suprimido, quizás porque resulta un tanto problemático, dado que autorizaba a una parte a suspender su cumplimiento en caso de tener un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad disponiendo que la suspensión procede por el tiempo razonable de acuerdo con los usos, y queda sin efecto cuando el impedimento resulta superado.

7. El Capítulo 13 referido a la *Extinción del contrato* reproduce el ordenamiento del Proyecto de 1998 que previó las vicisitudes extintivas del contrato, rescisión, revocación y resolución, de manera más sistemática y detallada que el Código velezano. No se incluye en ninguno de los sistemas la nulidad que queda regulada en el Capítulo 9 del Título IV Hechos y Actos jurídico Libro I.

Los artículos 1076 y 1077 se corresponden con los artículos 1040 y 1041 del Proyecto, y el artículo 1078 en sus ocho incisos incluye las Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes, tomadas del Proyecto y con alguna modificación en la redacción. En el resto de los artículos no hay diferencias entre lo incluido en el nuevo Código y el contenido del Proyecto. Tampoco en lo que respecta a la cláusula resolutoria implícita y expresa, a la conversión de la demanda, la frustración del fin del contrato y la imprevisión.

Una diferencia se observa en cuanto a la *configuración del incumplimiento* con miras a la resolución. El artículo 1084 es más exigente con la calificación del incumplimiento esencial. Determina los presupuestos concretos para que sea calificado como tal, cuestión que no fue suficientemente prevista en el artículo 1049 del Proyecto.

Cabe mencionar un tema novedoso: *la conversión de la demanda por cumplimiento*, que llega al artículo 1085 del nuevo Código y viene del Proyecto de 1998. Según la norma legal la sentencia que condena al cumplimiento lleva implícito el apercibimiento de que, ante el incumplimiento, en el trámite de ejecución, el acreedor tiene derecho a optar por la resolución

del contrato, con los efectos previstos en el artículo 1081. Es decir que la demanda por cumplimiento del contrato, aunque no tenga ninguna referencia a la resolución del mismo, lleva implícita esa posibilidad por disposición legal, que se presume conocida. Es una cuestión que presenta un desafío al Derecho procesal, que deberá adaptar las normas de procedimiento para posibilitar al demandado el debido derecho de defensa, porque la litis que se traba en torno al cumplimiento puede concluir con una condena no prevista por las partes, sino por la ley.

8. En síntesis, pensamos que en este año trascendente para el Derecho privado argentino ha sido una excelente iniciativa recordar a Atilio Alterini porque fue uno de los adalides del movimiento que trabajó desde 1987 por la reforma y unificación del Derecho privado argentino, porque es evidente la influencia de su pensamiento en el nuevo Código civil y comercial y porque, como todos los hombres con grandes ideales, ha trascendido su propia existencia.

DESPLIEGUES DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD, LA REPARACIÓN, LA CULPA Y EL DAÑO (Por el Derecho Civil, más allá del Derecho Civil)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI ^(*)

Resumen: Se plantean la culpabilidad, el riesgo creado y el mero daño como fundamentos de la responsabilidad y la reparación pertenecientes a una relación integrada del Derecho Civil y el Derecho de la Seguridad Social. Además de la referencia al daño producido, se señala el horizonte problemático de la responsabilidad en la precaución y prevención y la promoción. Se utilizan bases del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico.

Palabras clave: Derecho. Culpabilidad. Riesgo creado. Daño. Reparación. Prevención. Precaución. Promoción. Responsabilidad. Derecho Civil. Derecho de la Seguridad Social. Trialismo. Dimensión sociológica. Dimensión normológica. Dimensión dikelógica. Economía.

Abstract: We postulate culpability, created risk and damage as the very foundations of liability and reparation belonging to an integrated relationship between Civil Law and Social Security Law. In addition to the reference to produced damage, we address the problematic horizon of liability on prevention, precaution and promotion. We use the three-dimensional integrativist approach of the trialistic theory of the juridical world.

Keywords: Law. Culpability. Created risk. Damage. Reparation. Prevention. Precaution. Promotion. Liability. Civil Law. Social Security Law. Trialism. Sociological dimension. Normological dimension. Dikelogical dimension. Economy.

^(*) Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires (e-mail: mciuroc@arnet.com.ar; mciuro@fder.unr.edu.ar).

I. Ideas básicas

1. Uno de los despliegues del *integrativismo tridimensionalista* de la teoría *trialista del mundo jurídico* ¹ es la inclusión de cuatro *especificidades* en la construcción del objeto de la ciencia del Derecho: en lo material, especial, temporal y personal. La especificidad en lo *material* constituye *ramas jurídicas*, que en conjunto han de tratarse en la *Teoría General del Derecho abarcadora* ², diferente de la Teoría General del Derecho referida a lo común a todo lo jurídico.

En el *complejo* de la Teoría General del Derecho abarcadora se incluyen las *relaciones*, a menudo tensas, entre las ramas jurídicas ³. En esas

¹ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico cabe c. v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 15-8-2015; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 15-8-2015; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 15-8-2015; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 15-8-2015.

² Respecto de la Teoría General del Derecho abarcadora se puede ampliar por ej. en nuestros trabajos "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, I, 1982, págs. 77 y ss. y "Lecciones de Teoría General del Derecho", en "Investigación y Docencia", 32, págs. 33 y ss.

³ La asunción de la complejidad es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo (es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. XVII y ss.; BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), "La sfida della complessità", traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en "El Derecho", t. 126, págs. 884 y ss.).

Se puede ampliar también en nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario,

relaciones cabe considerar áreas *vacías, colmadas y correspondidas* ⁴. No es necesario caer en un abuso totalizador racionalista para entender que lo que ocurre en una parte del Derecho influye en las demás. La complejidad de las ramas es otra manifestación de la complejidad del Derecho y de la vida en general. El desafío de la complejidad es uno de los grandes retos de la vida de la *nueva era* ⁵ que nos corresponde vivir.

En este caso, deseamos ocuparnos de la problemática de la reparación, la responsabilidad ⁶ y el daño ⁷, que plantea vinculaciones principales de posible integración, pero también de tensión, con áreas a menudo vacías entre el *Derecho Civil* y el *Derecho de la Seguridad Social* ⁸. Cabe decir que

1976 (reedición en "Investigación..." cit., 37, págs. 85 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/874/694>, 12-8-2015.

⁴ En relación con los despliegues filosóficos planteados de esos modos cabe ampliar en nuestros "Estudios Jusfilosóficos" cit., págs. 49 y ss.

⁵ Es posible ampliar en nuestros "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1359/1549>, 16-8-2015.

⁶ Se puede v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la lengua española", responsabilidad, <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>, 12-8-2015; Etimología de responsabilidad, <http://etimologias.dechile.net/?responsabilidad>, 12-8-2015. Es posible c. "Archives de Philosophie du Droit", 22, "La responsabilité".

⁷ Cabe c. REAL ACADEMIA, op. cit., daño/dañar, <http://lema.rae.es/drae/?val=da%C3%B1o>, 12-8-2015. Es posible v. Etimología de daño, <http://etimologias.dechile.net/?dan.o>, 12-8-2015.

En general es posible v. ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de daños (y otros estudios)", en "La Ley", 1992-E, págs. 1304 y ss., LLC 1993, 109, AR/DOC/3297/2001.

⁸ En general se puede ampliar en nuestros trabajos "La seguridad jurídica", en "Investigación..." cit., 20, págs. 51 y ss.; "Reflexiones sobre el riesgo, la responsabilidad y el aseguramiento", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", XIII, 3, Marzo 2011, columna tapa y contratapa; "El complejo problema de la seguridad en nuestro tiempo", en "Revista de Responsabilidad..." cit., XV, 7, solapas; Cartapacio de Derecho, Conferencias Virtuales de la Escuela Superior de Derecho, "Reflexiones integrativistas sobre la seguridad", 8 págs. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/946/775>, 15-8-2015; asimismo es posible v. "Aportes metodológicos a la filosofía del daño", en "MOZOS, José Luis de los - SOTO COAGUILA, Carlos A. (dir.), "Responsabilidad Civil. Derecho de daños", "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Lima, Grijley, t. 4, ISBN 9972-04-077-1, págs. 89 y ss.; "Responsabilidades Bioéticas en una nueva era", en "Estudios Jurídicos del Bicentenario", Rosario, UNR Editora, 2010, págs. 9 y ss.; "Hacia una comprensión humanista de la responsabilidad

por una rama se puede avanzar *más allá* de ella. Tratándose de la referencia que hacemos en esta publicación al gran civilista que fue *Atilio Anibal Alterini* y parafraseando una vez más la célebre expresión de Raymond Saleilles cabría decir: “Por el Derecho Civil, pero más allá del Derecho Civil” o “Más allá del Derecho Civil por el Derecho Civil”⁹. Sin embargo, el más allá ha de ser respetuoso de la diversidad, para llenar los vacíos con sentidos de *correspondencia* y no colmándolos¹⁰.

por hechos ilícitos”, en As. Vs., “Responsabilidad Civil”, Jornadas en homenaje al profesor Dr. Roberto Brebbia, Rosario, Vélez Sársfield, 1988, págs. 165 y ss. También cabe c. BARCELON COBEDO, Susana - QUINTERO Lima, María Gema, Derecho de la Seguridad Social, 2008 (asignatura de la Licenciatura en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, <http://ocw.uc3m.es/derecho-social-e-internacional-privado/derecho-de-la-seguridad-social>, 15-8-2015; CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Derecho de la Seguridad Social”, México, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1981, con referencia al debate sobre la existencia de la rama, es posible c. Biblioteca Jurídica Virtual, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=315>, 15-8-2015; Hechos concretos sobre la Seguridad Social, Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf, 15-8-2015; Seguridad Social en Unidos por los Derechos Humanos, <http://es.humanrights.com/what-are-human-rights/videos/social-security.html>, 15-8-2015; cabe c. ANSES, <http://es.humanrights.com/what-are-human-rights/videos/social-security.html>, 15-8-2015. No nos referimos solo al derecho a la seguridad social, sino al Derecho de la Seguridad Social, con una alta autonomía socio-normo-axiológica y pedagógica (por su capacidad de formar la mente de los juristas con un enfoque especial del Derecho). Es relevante su autonomía legislativa, administrativa y judicial.

En el camino del Derecho Civil al Derecho de la Seguridad Social se encuentra el ámbito más social que el civil y más individual que el de la seguridad social de la previsión social.

⁹ Es posible c. por ej. SALEILLES, R., “Prólogo” a GENY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2ª ed., Reus, Madrid, 1925, págs. I y ss.; ARAGONESES, Alfons, “Au-delà du Code Civil mais par le Code Civil”. Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado”, tesis doctoral Universitat de Girona, <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7677/taa.pdf?sequence=1>, 16-8-2015; TUCKER, John H. Jr., “Au-Delà du Code Civil, Mais Par le Code Civil”, en “Louisiana Law Review”, 34, 5, págs. 957 y ss., <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4011&context=lalrev>, 15-8-2015.

¹⁰ En relación con el tema es posible v. ALTERINI, Atilio Anibal, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en “La Ley”, 2012-D, págs. 1154 y ss., AR/DOC/3802/2012.

2. Uno de los desarrollos del Derecho Civil que brindan las enseñanzas de Atilio Aníbal Alterini es la *posibilidad* del paso *correspondiente* de la responsabilidad por *culpa en sentido amplio*¹¹, perteneciente al núcleo que suele ser considerado más histórico del Derecho Civil, y la responsabilidad por *riesgo creado* a la responsabilidad por *daño sin riesgo creado ni culpa*¹² que, a nuestro parecer personal, es terreno más específico del Derecho de la Seguridad Social como obligación última del Estado. Se trata de saber qué puede brindar el Derecho Civil y qué se ha de encontrar *más allá* de él. No se trata de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita o lícita, ilegítima o ilegítima, sino de la responsabilidad del Estado por el mero daño, que ha de ir asumiéndose de manera creciente y a veces se confunde con mera ayuda. El gran ámbito de la responsabilidad entrelaza así integradamente al Derecho Civil y el Derecho de la Seguridad Social.

No hay que colmar el *vacío* de responsabilidad y reparación que actualmente se encuentra entre la asignada a los particulares (a menudo desbordada, aunque sea mediada por el seguro) y la que escasamente asume el Estado¹³. Se debe adoptar el camino que consideramos más legítimo, de *correspondencia*: más allá del Derecho Civil sin abusar de él.

El polo de referencia tradicional más fuerte del Derecho Civil está en este caso en el daño *producido*, pero abarca también la *precaución* e incluso la *prevención*; el del Derecho de la Seguridad Social abarca más el daño producido, la precaución, la prevención y la *promoción*¹⁴. Uno de los temas a reflexionar, aunque está fuera del interés de nuestro caso, es la medida en

¹¹ Que abarca el dolo.

¹² En relación con el tema es posible v. por ej. MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “La función social del Derecho de Daños” en este mismo número de “Investigación y Docencia”.

¹³ Por ejemplo en los casos de las reiteradas inundaciones en las provincias de Buenos Aires y Santa Fe (es posible v. por ej. Trágica inundación en La Plata (2014), lanacion.com, <http://www.lanacion.com.ar/tragica-inundacion-en-la-plata-t49190>, 15-8-2015; BERTELLO, Fernando, “Inundaciones: el campo perdió \$ 1000 millones”, en lanacion.com, Miércoles 19 de agosto de 2015, 19-8-2015).

¹⁴ Es posible v. REAL ACADEMIA, op. cit., promoción, <http://lema.rae.es/drae/?val=promoci%C3%B3n>, 18-8-2015; COROMINAS - PASCUAL, op. cit., 1ª reimp., IV, 1985, págs. 169 y ss.; Promoción Social I, <http://promocionsocial2011.blogspot.com.ar/2011/05/promocion-social-concepto.html>, 18-8-2015. Otra idea afín a tener en cuenta es la protección.

que el Derecho Civil “patrimonial” ha de incluir la promoción de los demás, requerimiento que es muy nítido en el Derecho de Familia.

3. En el tiempo del Código Civil francés, de la radicalizada atención al individuo, predominó la idea de la responsabilidad individual referida a la culpa (en sentido amplio), pero luego se ha avanzado incluyendo una idea de responsabilidad objetiva vinculada al riesgo creado. Estas vías de la responsabilidad son insuficientes y pueden crecer hasta llegar a agobiar al individuo responsable. En relación con los progresos de las ciencias sociales y humanas y el sentido social de nuestra vida se constituye de manera creciente una ampliación de la responsabilidad determinada más allá de la culpa, del riesgo creado y de la individualidad por la sola existencia del daño, que puede asignarse al *seguro social* y en *última instancia* al *Estado*. En este caso se está ya con relativa nitidez en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social.

Consideramos que la vida humana ha de ser tenida como un emprendimiento no solo individual sino colectivo y que al fin es necesario responder al daño colectivamente. Es más, en el horizonte de nuestro presente estudio interesa determinar la medida en que el daño ha de superar su producción para abarcar los deberes de precaución e incluso prevención y también se ha de abarcar la promoción.

4. Los enormes padecimientos de las Guerras Mundiales y, sobre todo, el conocimiento de las posibilidades de contar con medios de destrucción científicos y técnicos capaces de acabar con nuestra especie (producido especialmente como conclusión del segundo Conflicto en 1945), la viabilidad de apreciar la fragilidad de nuestro Planeta desde el exterior (lograda principalmente a partir de las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo XX) y el conocimiento de gran parte del genoma humano, anunciado en 2003, son bases materiales que acompañan a nuevos despliegues de aplicación del *valor humanidad* (el deber ser de nuestro ser). Se trata de la construcción de una nueva percepción de la dignidad y el resguardo, en lo individual y colectivo, del valor de nuestra especie. Al fin es necesario un *complejo de responsabilidad* a construir, desde todas las ramas jurídicas y, de modos destacados y confluyentes, desde el Derecho Civil y el Derecho de la Seguridad Social.

El complejo de la reparación, la precaución y la prevención y la

respectiva responsabilidad ha de construirse con la referencia básica al *dolo*, la *culpa* y el *riesgo creado*, llegando a la responsabilidad por *mero daño* en lo que suele denominarse Derecho de la Seguridad Social. Más allá está el ámbito de la promoción. La responsabilidad “civil” en sentido amplio ha de tener en cuenta el paso, posiblemente atenuante, desde el *dolo* a la *culpa*¹⁵ y de ésta al simple *riesgo creado* y al fin a la responsabilidad por mera seguridad, por solo *daño*, que ha de atenuarse o tal vez excluirse cuando se pasa a la *culpa* o el *dolo* del beneficiario. Es imprescindible que todo *daño* sea reparado, precavido y prevenido en la mayor medida posible, aunque sea *por el Estado*.

La legitimidad de la reparación, la precaución, la prevención y la promoción debe resolverse *no agobiando* a los otros individuos con responsabilidades excesivas, por ejemplo mediante impuestos, o al fin haciendo que deban asumir en lo privado en demasía las vidas de los demás. El Derecho Civil y el Derecho de la Seguridad Social han de *crecer* sin ignorar sus *límites*.

Si en un extremo de la responsabilidad existe la que se plantea por el *mero daño* por el otro lado es reconocible una responsabilidad por la *mera culpa*, más allá del *daño*, como se declara en los *daños punitivos*. En general se responde *para reparar*¹⁶, pero en este caso se establece una responsabilidad *más allá de la reparación*.

En el horizonte de nuestro tema, para el Estado existe asimismo el nítido deber de responsabilidad en el promover; lo propio ocurre, con gran intensidad, en el terreno familiar. Importa establecer el arco de proyección de la promoción cuando se pasa a campos laborales, empresariales y del resto de la vida civil.

Ha de lograrse un complejo de responsabilidad que requiere una *diferenciación integrada*¹⁷.

¹⁵ Cabe c. por ej. ALTERINI, Atilio Aníbal, “Rumbos actuales del derecho de daños”, en “La Ley”, 2008-E, págs. 1295 y ss., RCyS 2008, 301, AR/DOC/2583/2008.

¹⁶ Es posible v. REAL ACADEMIA, op. cit., reparar, <http://lema.rae.es/drae/?val=reparar>, 12-8-2015. También por ej. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, 1ª reimp., Madrid, Gredos, IV, 1985, págs. 393 y ss.; Etimología de reparar, <http://etimologias.dechile.net/?reparar>, 12-8-2015.

¹⁷ Se puede v. ALTERINI, Atilio Aníbal y otros, “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, 3ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2006, por ej. págs. 142; ALTERINI,

II. Enfoque trialista de la responsabilidad, la culpa y el daño

5. Según la propuesta de construcción integrativista tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo jurídico* todos los problemas del Derecho, incluyendo la responsabilidad, el daño, la reparación e incluso la promoción, pueden estudiarse en las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, en las especificidades materiales, espaciales, temporales y personales y en proyecciones interdisciplinarias.

En nuestro caso, nos ocuparemos de las *dimensiones*, la *materialidad* y la apertura interdisciplinaria con la *Economía*. Es relevante conocer en su complejidad jurídica lo que se ha de “re-parar”.

1) El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

6. En la dimensión sociológica se incluyen *adjudicaciones* de “potencia” e “impotencia”, es decir, sobre todo, de lo que favorece o perjudica a la vida humana¹⁸.

Las adjudicaciones pueden ser *distribuciones* generadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas (de la economía, la religión, la lengua, la concepción cultural, etc.) o el azar. Por ejemplo, una de las influencias humanas difusas que intervienen en las construcciones de responsabilidad en países como el nuestro es la diversidad entre las *culturas* hispánica tradicional y anglofrancesa¹⁹. El sector *hispánico tradicional*, en cierta medida reforzado por la inclusión de despliegues itálicos meridionales e indígenas, es más católico afín a la medievallidad, intervencionista

Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), “La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro M. Goldenberg”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1995.

¹⁸ La noción de vida es difícil de determinar, pero imprescindible porque vivimos. Lo propio sucede, por ej., en la Medicina.

¹⁹ Se puede ampliar en nuestro artículo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, págs. 113 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 17-8-2015.

(paternalista) y organicista y se refiere de modo más fuerte a la protección del Estado, de modo que puede aprobar en mayor medida su responsabilidad sin daño. El amparo de los vulnerados y los vulnerables es concebido, de modo más intenso, una responsabilidad social. El sector *anglofrancés*, reforzado por influencias norteamericanas, es de cierta manera más afín a la Reforma, abstencionista y pactista, de modo que, aunque acepte la protección por mero daño, no asume al respecto igual intensidad. La vulneración y la vulnerabilidad son atendibles, pero en vidas que son más individuales. El sector hispánico tradicional se vincula más intensamente con el Derecho de la Seguridad Social, incluyendo el Derecho de la Asistencia Social. Aunque no de modo excluyente, el sector anglofrancés tuvo un enclave mayor en la vinculación de la responsabilidad con la culpa o el riesgo creado.

En cuanto a los elementos básicos de la *cultura "occidental"*, quizás quepa referir que el sentido más estrictamente romano del daño en relación con los individuos encuentra el sentido más cristiano de promoción por el amor al prójimo y la referencia colectiva germánica. Sin embargo, aquí aparecen los límites del Derecho con la Moral y la Religión que, a nuestro parecer, corresponden a construcciones en principio diferentes.

En general, en una sociedad "*no conformista*" ²⁰ y "*de riesgo*" ²¹ como la actual, el requerimiento de reparación se hace muy frecuente. Quizás quepa agregar que el hombre "postmoderno" es débil y necesitado de protección. En nuestro tiempo, la *eticidad* estatal es superficial pero superficialmente exigente. El Estado es expresión de una *eticidad* colectiva invocada mas no consistente.

Además de las distribuciones, la dimensión sociológica incluye, en lugar central, *repartos* originados por la *conducción humana*. La responsabilidad por culpa, sobre todo si atiende al dolo, se relaciona más con los repartos. La responsabilidad por mero daño, atiende a éstos en menor medida. La responsabilidad más tradicionalmente civilista se remite más a repartos; la de seguridad social considera con mayor alcance las distribuciones.

Los espacios correspondidos suelen ser vividos como *orden* (régimen), los vacíos y colmados como *anarquía*. El régimen realiza el valor orden, la

²⁰ V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Justicia y verdad", cit., págs. 498 y ss.

²¹ C. por ej. YATES, Joshua, "An Interview with Ulrich Beck on fear and risk Society", en "The Hedgehog Review", Fall 01, págs. 96 y ss., <http://www.iasc-culture.org/THR/archives/Fear/5.3HBeck.pdf>, 17-8-2015.

anarquía el “desvalor” arbitrariedad. Es necesario construir un orden pleno de responsabilidad y reparación.

7. En cuanto a las *categorías básicas* de la dimensión sociológica, la *causalidad* y la *finalidad objetiva* que “encontramos” en los acontecimientos, sobre las que se determinan específicamente las potencias y las impotencias de las adjudicaciones jurídicas y el daño y la reparación, tienen vocaciones de totalidad (“pantonomía”) que nos son inalcanzables. Es imprescindible fraccionarlas para hacérselas accesibles ²², por ejemplo, ciñéndonos a la *plenitud* y no refiriéndonos a la integridad de la reparación y aprovechando incluso las posibilidades mayores de reparación de los seguros y el Estado. La reparación ha de *resignificar* la finalidad objetiva dañosa, sea cual fuere su causa. Tiene una importante finalidad objetiva de *reconstitución social*.

A diferencia de los tiempos más individualistas, hoy consideramos que la referencia a la *finalidad subjetiva* dañosa, por dolo o culpa, cubre sólo una parte de la motivación de la reparación.

El Derecho ha de atender a su *estática* y su *dinámica* y por eso además de referirse al daño producido ha de tomar en cuenta la precaución, la prevención y la promoción.

b) Dimensión normológica

8. En el terreno de las *fuentes formales*, el Código Civil en la versión velezana era más puramente “civilista tradicional” y el Derecho Civil fue evolucionando hacia nuevas maneras de la responsabilidad sin culpa hasta que en la actualidad el Código Civil y Comercial brinda amplias posibilidades a nuevas maneras de la responsabilidad, de un modo destacado por las amplias facultades que otorga a los jueces el Título Preliminar.

En el despliegue del *funcionamiento* de las normas, los espacios

²² Es posible v. por ej. ALTERINI, “Soluciones...” cit.; “Responsabilidad Civil. Límites de la responsabilidad civil”, 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987; también se puede c. “La limitación de la responsabilidad”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1997; además ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), “Enciclopedia de la Responsabilidad Civil”, Bs. As., Abeledo Perrot. Incluso con esos recursos la reparación ha de ser plena, lo más plena posible, no integral. A veces se recurre además, con legitimidad variada según las circunstancias, a la indemnización tarifada.

vacíos y colmados presentan *carencias*, históricas y dikelógicas. La elaboración correcta requiere correspondencia.

En las captaciones normativas se emplean *conceptos* que pueden tener mayor o menor carga ideológica y ser más o menos institucionales o, por el contrario, presentar menor o mayor carga y ser menos o más negociales. La responsabilidad es casi siempre ideológica e institucional. Sin embargo, en la responsabilidad más vinculada a la culpabilidad hay más afinidad, aunque sea en lejanía, con la conceptualidad negocial. El culpable de alguna manera “ha querido” el daño. El avance hacia la responsabilidad por mero daño corresponde a una mayor carga de institucionalidad.

El *ordenamiento normativo* ha de realizar el valor coherencia. Los espacios correspondidos afirman el valor coherencia; los ámbitos vacíos y colmados la debilitan. Es necesario que el subordenamiento de la responsabilidad sea coherente.

c) Dimensión dikelógica

9. El trialismo incluye un *complejo* de valores que culmina en la *justicia*. Ese complejo se constituye además con otros valores: utilidad, salud, verdad, belleza, amor, etc., llegando todos los valores a la humanidad, el deber ser de cada ser humano, aunque no realice ningún otro valor. Es importante tener en claro cuáles son los valores que se han de reparar y por los que se ha de responder e incluso se deben promover. La referencia al fin al daño a cargo del Estado atiende en mayor medida a valores no utilitarios y a la condición humana. Todos los seres humanos valemos, de tal modo que se justifican en la medida correcta la reparación y la promoción.

En cuanto a los caminos para pensar la justicia, o sea las *clases de justicia*, la vinculación de la responsabilidad más civilista tradicional con la culpabilidad se remite más a la justicia sectorial, de aislamiento y particular. La referencia más vinculada a la seguridad social de la responsabilidad por el mero daño se apoya más en la justicia integral, de participación y general, referida al bien común. La justicia particular está más presente en el Derecho Privado y la justicia general se desenvuelve más en el Derecho Público. Es notorio que la responsabilidad civilista tradicional es más privatista y la que se encarga a la seguridad social es más publicista.

En los fundamentos de la responsabilidad mencionados se trata de dos maneras de recortar la “*pantonía*” (vocación de totalidad) de la justicia.

La atención al mero daño fracciona las posibilidades injustas al respecto y asegura a los damnificados, pero desfracciona los marcos de las consideraciones actuales con menos seguridad para los particulares contribuyentes. La construcción del nuevo despliegue puede generar al menos con carácter temporal cierta inseguridad.

El *principio supremo* de justicia que proponemos requiere adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para *desarrollarse* plenamente, es decir para convertirse en persona. Conforme a él los beneficiarios están legitimados por la conducta o por la necesidad, es decir, por los *méritos* o los *merecimientos*. El equilibrio justo entre la atención a los méritos y los merecimientos es requisito importante de la justicia de los repartos. La remisión mayor o menor de la responsabilidad a la culpabilidad considera en gran medida los méritos o “deméritos”; en cambio, la sola consideración del daño atiende más a los merecimientos. Hay que tener en cuenta a quienes ya han *logrado* su desarrollo y a quienes deben tener *oportunidades* para alcanzarlo, evitando que unos y otros sufran daños (impotencias) injustos. Vale *reparar* (e incluso *promover*) sin *agraviar*.

Para ser justo, el *régimen* ha de considerar al individuo como un fin y no como un medio, es decir ha de ser *humanista* y no totalitario. Se debe contar con un régimen de responsabilidad humanista, que no mediatice a los individuos dañados o los que en alguna medida deben responder. La sujeción de unos individuos a otros, por ejemplo por vía de desconocimiento del daño o de carga social para atender indebidamente al daño de otros puede ser totalitaria.

El régimen debe reconocer la *unicidad*, la *igualdad* y la pertenencia a la *comunidad* de todos los individuos. La vinculación de la responsabilidad en terrenos más afines a la culpabilidad se refiere más a la unicidad y la igualdad; la mera relación con el daño se remite más a la participación en la comunidad. Como a veces se hace referencia a la síntesis de las tres exigencias en la *familia humana*, se comprende así mejor la posibilidad general diferenciada de la promoción.

Para realizar el régimen de justicia, el individuo ha de ser *amparado* contra todas las amenazas. La vinculación de la responsabilidad con la culpabilidad asume más el amparo del individuo respecto de los demás, por su parte quizás la atención única al daño se dirige más al resguardo del individuo contra “lo demás”, de cierta manera a sentidos más actualizados de la vulnerabilidad.

2) *Las especificidades materiales*

10. En el campo de la Teoría General del Derecho abarcadora cabe señalar complementariamente, v. gr., las relaciones de toda la responsabilidad y la reparación e incluso la promoción con la función orientadora del bloque constitucional y las vinculaciones de las tres con el Derecho Civil, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de Seguros, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc. Uno de los enfoques importantes para el despliegue debido de la responsabilidad es atenuar los privilegios que a veces se invocan en el ámbito administrativo a favor del Estado ²³.

En la Argentina de los últimos tiempos, sobre todo para resolver problemas legítimos de vacío de seguridad social de manera que no pudieran ser cuestionados en el porvenir, se hizo “estallar” el concepto tradicional del Derecho de la Previsión Social concediendo jubilaciones sin aportes ni justificación de trabajo y subsidios en el marco de las jubilaciones previsionales de quienes trabajaron y aportaron o en el mismo sistema respectivo ²⁴.

²³ En cuanto a la ampliación del papel del Estado, cabe c. por ej. RAISER, Ludwig, “Il compito del Diritto Privato” (rec.), trad. Marta Graziadei, Milán, Giuffrè, 1990, págs. 215 y ss.

Quizás sea relevante tener en cuenta la función social del Derecho señalada por Duguit. En este caso, se produciría en el amplio despliegue de la responsabilidad. Cabe tener en cuenta, por ej.: DUGUIT, Léon, “Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon”, París, Alcan, 1912.

Respecto de la historia de la idea individual y la idea social en el Derecho Privado, se puede c. v. gr. SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50.

²⁴ Acerca de la problemática respectiva se pueden v. por ej. STANG, Silvia, “Inequidades. Evaluarán el patrimonio de los que pidan la jubilación sin aportes”, en “La Nación”, Viernes 06 de junio de 2014, <http://www.lanacion.com.ar/1698874-evaluaran-el-patrimonio-de-los-que-pidan-la-jubilacion-sin-aportes>, 17-8-2015; “Apuran la nueva moratoria, que prevé el ingreso de 500 mil jubilados”, Infobae, Martes 12 de agosto 2014, <http://www.infobae.com/2014/08/12/1587017-apuran-la-nueva-moratoria-que-preve-el-ingreso-casi-500-mil-jubilados>, 17-8-2015.

3) *El despliegue interdisciplinario
con el mundo económico y político general*

11. En la proyección interdisciplinaria la responsabilidad, el daño, la reparación e incluso la promoción han de encontrar una perspectiva *económica* muy significativa. En este sentido, cabe apreciar que sus soluciones deben respetar el proceso de producción, distribución y consumo. Una asignación de responsabilidad económicamente insuficiente o desbordada puede perjudicar el proceso económico.

12. En el marco del mundo *político* en general, cabe decir que la política jurídica de responsabilidad, daño, reparación e incluso promoción debe integrarse con la *política económica* y al fin con la *política cultural* ²⁵ en su totalidad.

²⁵ Abarcadora de todas las otras ramas políticas.

REUNIÓN ABIERTA ¹

¹ En la Reunión Abierta del Área de Estrategia Jurídica del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la Cátedra C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR realizada el 29 de Julio de 2015 de que dan cuenta parcial los trabajos siguientes se tematizaron las estrategias jurídicas de Isabel y Fernando, los Habsburgos, los Borbones, Belgrano, Moreno, Saavedra, Funes, Alvear, Artigas, San Martín, Rivadavia, Rosas, Urquiza, Alberdi, Mitre, Sarmiento, Avellaneda, Roca, Irigoyen, Perón, Frondizi, Alfonsín, Menem y Néstor y Cristina Kirchner.

LA UNIÓN DE LAS DOS CORONAS: PENSAMIENTO ESTRATÉGICO DE LA ESPAÑA QUE DESCUBRIÓ AMÉRICA

MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA ^(*)

Sumario: En el presente trabajo nos proponemos reflexionar brevemente sobre la estrategia que los Reyes Católicos, Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón, plantearon para consolidar el poder, tanto puertas adentro de España como hacia fuera, considerando especialmente la apertura de la visión estratégica mundial después del descubrimiento de América.

Palabras clave: Reyes Católicos. Estrategia. Descubrimiento de América.

Abstract: In this paper we propose to briefly reflect on the strategy that the Catholic Monarchs, Isabel I of Castile and Fernando II of Aragon, builded to consolidate their power, both indoors and outdoors of Spain, especially considering the strategic global opening after the discovery of America.

Keywords: Catholic Monarchs. Strategy. Discovery of América.

I. Los reyes católicos: la unión de las dos coronas

1. Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón (Sos, 10 de marzo de 1452 - Madrigalejo, 23 de enero de 1516), recordados como los *Reyes Católicos*, contrajeron matrimonio en Valladolid en el año 1469. Isabel de Castilla fue hija de Juan II de Castilla e Isabel de Portugal. Nacida en Madrigal de las Altas Torres de Ávila, el Jueves Santo del 22 de abril de 1451. Aunque algunos sectores de la nobleza castellana preferían una alianza

^(*) Profesora adjunta de Filosofía del Derecho y Derecho Civil I (Parte General) de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. (e-mail: mfernandez21@gmail.com).

estratégica con los reyes de Portugal, Inglaterra o Francia por medio del matrimonio¹, la princesa Isabel eligió a joven rey heredero de Aragón, lugarteniente general de Cataluña y rey de Sicilia. Fernando era hijo de Juan II el Grande y Juana Enríquez. A la joven edad de seis años éste había recibido ya los títulos de duque de Montblanc y conde de Ribagorza con el señorío de la ciudad de Balaguer.

La unión de las casas reales de Castilla y Aragón aseguraría la concentración del poder político de España.

2. Al fallecimiento el rey Enrique IV el Impotente, Isabel reclama el trono de Castilla para sí el 13 de diciembre de 1474 en la ciudad de Segovia. Estando ya unida en matrimonio con Fernando, su llegada al poder estuvo lejos de arribar en un clima de concordia. Un importante sector de la nobleza castellana, conocido por sus adversarios como el “partido de la Beltraneja”, apoyaban para suceder en el trono de Castilla a Juana de Trastámara, de la que sus enemigos decían era la hija adulterina de la reina con Beltrán de la Cueva, sirviente del rey Enrique IV; de esta filiación supuesta, el origen de su apodo.

La Beltraneja se unió en matrimonio al rey Alfonso de Portugal, y fueron proclamados juntos reyes de Castilla con el apoyo de Francia, aliado político del Portugal. Así se desató la Guerra de Sucesión Castellana (1475 - 1479). Luego de las batallas del Toro y Albuera, se firma el Tratado de Alcaçovas (1479) que terminó con el conflicto y aseguró a Isabel la corona. El ejército isabelino se transformó entonces en el corazón del ejército nacional, proceso que implicó la concentración y el monopolio del uso de la fuerza legítima y concluye con *la desmilitarización de la nobleza y su conversión en una nobleza cortesana, directamente dependiente de los favores reales*². En el mismo año de 1479, Fernando llega al trono. Cuando

¹ PUIGGRÓS, Rodolfo, “La España que Conquistó el Nuevo Mundo”, Bogotá, El Ancora Editores, 1989, pág. 40: “Castilla, enclavada entre Aragón, Portugal y el reino árabe de Granada, con su pueblo sumido en la negra miseria y sus castillos convertidos en guaridas de nobles despóticos y asaltantes de caminos, estaba entonces gobernada por el crápula Enrique el Impotente, hermanastro de Isabel”.

² ROJAS G., José María, “La guerra de conquista o la destrucción de indias -Una Aproximación desde la Contemporaneidad-”, Cali, Universidad de Anquioquia, 2006, pág. 3, en <http://ceo.udea.edu.co>, 22-08-2015.

es coronado, Aragón extendía su poderío hasta Sicilia, Nápoles, Córcega, Cerdeña, Atenas, Neopatria, Baleares, Valencia, Provenza, Rosellón, Vallesjin, Conflent y Cataluña.

3. De esta forma se consolida el poder conjunto de los reyes como una monarquía absoluta. La unidad nacional española construye sus fundamentos en dos características materializadas en las personas de Isabel y Fernando: concentración del poder político y la sumisión a la Iglesia Católica Apostólica Romana. La presencia de la Iglesia Católica española significó para los reyes una alianza estratégica que tomaría contornos insospechados al tiempo del descubrimiento de América, como así también se convirtió en uno de los instrumentos más poderosos para el control de la monarquía absoluta sobre *la extranjerizante nobleza castellana y la heterogénea y heterodoxa burguesía catalana*³.

II. España puertas adentro: estrategia de concentración

1. En el *campo institucional*, aunque la *unión de las dos Coronas* consolidó el Estado Moderno y la identidad de España, su unión no significó la confusión de las instituciones de los reinos de Castilla y Aragón. Los mismos sostuvieron sus instituciones políticas y sus ordenamientos normativos con cierta *independencia*.

El *Reino de Castilla y León* estaba organizado preconizando la concentración del poder en la corona, con el centro del poder representado en el rey y el Consejo Real (que luego pasaría a convertirse en el corazón del sistema polisinodial de la Monarquía Católica). La reina Isabel se ocupó -en

³ Ídem, pág. 7: “Cuando Fernando asciende al trono de Aragón, años después de su matrimonio con Isabel, el soberano aragonés era el más poderoso monarca de Italia y su reino el más próspero de Europa. El epicentro de la prosperidad fue la ciudad de Barcelona, capital de Cataluña. El proceso de reconquista (a los moros) de los territorios de Aragón y Cataluña consolidó una fuerte burguesía en Barcelona, capaz no solamente de controlar la ciudad, sino también de hacer de ésta (desde finales del siglo XII) el núcleo de expansión económica y política por todo el Mediterráneo. Era una burguesía constituida predominantemente por judíos, conversos y árabes, cuya riqueza llegó a su punto más alto a mediados del siglo XV.”

las Cortes de Toledo- de reestructurarlo, sectorizándolo y convirtiendo su organización en una administración rígida y dependiente de la corona. Después del año 1480, se formaron también el Consejo de Aragón y el Consejo de Órdenes. Los Reyes Católicos reformularon las funciones del Consejo dotándolo de una estructura jurídica e institucional con peso propio y desplazando el papel de la nobleza al reformular la composición de sus miembros entre los que ahora se contaban un número superior de letrados. Dentro de su seno, funcionaba la *Cámara de Castilla*, en donde se tramitaban peticiones a través de la gracia y merced real y *no de justicia, despachos sin audiencia y cuestiones tocantes al patronato real*⁴.

Con el descubrimiento de América y el redimensionamiento del poder territorial de España, el poder central de la península creó otros Consejos especializados (Vgr. Consejo de Indias). El Consejo de Castilla reorganizó sus funciones y se concentró en el gobierno interior castellano. Para la época, el Reino de Castilla era jurídicamente homogéneo. El poderío de la corona se ejercía sin mayores límites militares o tributarios, y sólo encontraba algunas trabas en las tres provincias vascas del norte.

La política reformista de la dinastía Trastámara y especialmente el reinado de los Reyes Católicos, hicieron de la *Audiencia* el tribunal de instancia y órgano judicial supremo de España, con sede en Valladolid. Si bien sus orígenes se remontan a la obra jurídica de Alfonso X, queda definitivamente configurada mediante el Ordenamiento de Toledo de 1480 y las Ordenanzas de la Chancillería de Medina del Campo de 1489. La composición y las atribuciones como tribunal supremo, se reajusta cuando el área jurisdiccional del tribunal se amplía. Así se crea en Ciudad Real una nueva Audiencia con competencia para todos los territorios situados al sur del río Tajo (1494), *Audiencia que se establecerá definitivamente en Granada a partir del año 1505*⁵. Cuando se crea la *Audiencia de Granada*, después de la expulsión de los moros, el caudal de recaudación del Reino de Castilla creció

⁴ NIETO SORIA, José Manuel, "Iglesia y génesis del estado moderno en Castilla (1369 - 1480)", Madrid, Editorial Complutense, 1993, pág. 172: "...Las deliberaciones eran secretas y la Cámara informaba la petición cursada, siendo el monarca el que decidía la concesión, sin que hubiera posibilidad de la intervención de las partes. Los agentes del proceso administrativo serían consejeros y secretarios reales..."

⁵ Real Audiencia y Chancillería de Valladolid, en <http://censoarchivos.mcu.es/CensoGuia/productordetail.htm?id=50776>, 22-8-2015.

exponencialmente: la multiplicación de los señoríos producto de los territorios conquistados y la creación de los tributos respectivos hicieron la diferencia.

Para proceder al control del territorio interno, la reina Isabel instituye en 1476 en las Cortes de Madrigal, la *Santa Hermandad*. Este era un grupo armado cuyo pago salía de las arcas de los Consejos, y que tenía como misión mantener el orden y proteger la propiedad privada e instrumentar un fuerte control sobre las noblezas locales. Esta institución significó la unión de diferentes Hermandades (que con fines religiosos y militares) existían desde el siglo IX. La Santa Hermandad española se cuenta entre los primeros cuerpos policiales estatales organizados de la Europa moderna y algunos la identifican con la inmediata predecesora de la Guardia Civil⁶.

El *Reino de Aragón* por su parte, estaba organizado desde hacía siglos con un régimen fuertemente estratificado, que se conservó, aun después del matrimonio de Isabel y Fernando. Los órdenes territoriales que controlaba la corona aragonesa (estos son el reino de Valencia, Mallorca, Cerdeña, Sicilia y los condados de Barcelona y Rosellón), estaban gobernados por una clase noble cuyos privilegios representaban un límite al poder del rey. Los tributos eran aprobados por las Cortes locales, que estaban en manos de la Iglesia y la nobleza de espada. La unión con la Corona de Castilla permitió al soberano de Aragón alivianar las vicisitudes de su propio tesoro real, y nutrirse con los dineros castellanos. En los primeros años de reinado de Fernando, se instauraron los *consejos municipales*, que ya existían en la *esponsal* Castilla. Estos consejos estaban sometidos a la autoridad de los corregidores, magistrados con jurisdicción real que entendían en procesos contenciosos. Los consejos municipales recortaron grandemente el poder jurisdiccional de la nobleza.

2. En el *campo religioso*, la bula *Exigit Sinceras Devotionis Affectus*, del Papa Sixto IV (del año 1478) estableció que fueran los mismos monarcas los encargados de nombrar a los inquisidores. De esta forma en 1480 la Inquisición se estableció en Castilla y se fijó como objetivo perseguir a los disidentes de la fe católica, lo que marcó especialmente a la población judía y mahometana local.

⁶ Guardia Civil Española, en https://www.guardiacivil.es/es/institucional/historiaguacivil/La_Fundacion.html, 22-8-2015.

La Inquisición existía en Aragón desde 1248. Para el mismo año de 1480, se concretó una reforma de las costumbres eclesiásticas bajo la conducción del arzobispo Francisco Ximénez de Cisneros. *Fue una reforma básicamente disciplinaria y no del dogma, que puso a los eclesiásticos en una situación de mayor dependencia respecto de la corona. Habiendo definido sus enemigos por fuera del cristianismo -judaísmo e islamismo- la Iglesia católica española, disciplinada y subordinada a los reyes Católicos, se hizo inmune al contagio del luteranismo dogmático, del calvinismo y de cualquier reformismo dogmático*⁷.

Una de las consecuencias de las condenas a los herejes era la posibilidad de que los inquisidores expropiaran los bienes de los condenados. *Mientras hubo en España un Estado islamista no pudieron los monarcas castellanos prescindir de la ayuda económica de los judíos y éstos se esforzaron en servir al Estado español para no ser maltratados ni expulsados.* Pero la suerte de los disidentes terminó cuando el 2 de Enero de 1492 el ejército de Isabel entró en el Reino de Granada. El 31 de marzo, se promulgó el Decreto de la Alhambra que ordenaba la conversión o la expulsión de los judíos de Castilla y Aragón para el 2 de agosto de 1492. La población judía expulsada se calcula cercana a los 2.000.000⁸. Tomás de Torquemada, Inquisidor General, fue parte de este aparato de control político-jurídico-religioso. En 1502, se estableció la Pragmática de la Conversión Forzosa que daba a los mudéjares -musulmanes sometidos- de la corona de Castilla la opción entre el exilio y la conversión al cristianismo.

3. En el *campo económico*, es de destacar que el reinado de los Reyes Católicos vivió dos fases marcadamente diversas: un antes y un después cuya fecha se enlaza a la del descubrimiento de América y que alteraron el

⁷ PUIGGRÓS, Rodolfo, “La España que Conquistó el Nuevo Mundo”, op. cit. pág. 73.

⁸ ROJAS G., José María, “La guerra de conquista o la destrucción de Indias”, op. cit, pág. 23: “...su importancia socioeconómica era mucho mayor. Prósperos negocios del comercio, de la industria y del arriendo de rentas públicas, así como lujosas propiedades urbanas y rurales constituían el enorme patrimonio económico de los judíos en los dominios de la unificada y victoriosa corona española. Los cristianos castellanos que adquirieron por sumas irrisorias todos esos comercios e industrias no tenían la experiencia de manejo ni los animaba un espíritu empresarial, así que lisa y llanamente se “comieron y bebieron” tales riquezas, con las necesarias consecuencias recesivas para el conjunto de la economía y la sociedad españolas.”

panorama de *fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas de España*. Por tanto, las estrategias reales deben evaluarse teniendo en cuenta estos dos periodos. La gran *oportunidad* que significó la anexión de los nuevos territorios americanos modificó la ajustada situación económica con la que se enfrentaron Isabel y Fernando en los primeros años de reinado.

Cuando sucede la unión de las coronas de Castilla y Aragón, los reinos de España tenían una importante diversidad monetaria debida, quizá, a la posibilidad que algunos de ellos (los de Aragón) ordenaban y emitían su propio amonedamiento. La actividad de los comerciantes judíos y musulmanes también permitía que monedas de diferentes orígenes se utilizara como medio de cambio. Los reyes Católicos implementaron una fuerte estrategia política de unificación, que comenzó en Castilla. En 1471 por medio de un Decreto Real, se oficializaron seis monedas de todas las de curso hasta el momento. En 1475 se emite una norma castellana por la que se establece el “castellano” como unidad monetaria del oro. Asimismo se emitió el doble castellano, y moneda fraccionaria en oro, *un cuarto de excelente (medio castellano)*. *Para la plata se fijaba el real y sus divisores, medio y cuarto de real. En vellón, aleación de plata y cobre, acuñaron la blanca*⁹.

La economía del Reino de Castilla era esencialmente agrícola, basada en la producción de cereales y en la ganadería ovina. Para 1480 estas actividades estaban en gran crisis, debido tal vez a las adversidades climáticas que azotaron la península en el período de 1450 a 1480. En 1460 el reino atravesaba una marcada inflación, un aumento general de los precios y un incremento profundo de la renta de la tierra. Durante los primeros años del siglo XV la política de los predecesores de Isabel¹⁰ había favorecido marcadamente a la nobleza, que incrementó sus arcas en detrimento de las ciudades, centros vivos del capitalismo naciente¹¹. Aquella política fiscal de

⁹ JIMENEZ PERIS, José Alberto, “La historia de la moneda en España desde las colonias griegas, siglo V a.C., hasta el euro”, en <https://historiadelasmonedas.wordpress.com/moneda-medieval/la-moneda-de-los-reyes-catolicos/>, 22-08-2015.

¹⁰ ANTON INFANTE, Lucas, “Las Comunidades de Castilla y la reforma de la Hacienda Real”, en “Ab Initio, Núm. 10”, 2014, en <http://www.ab-initio.es/numero-10/>, 22-08-2015.

¹¹ Ídem: “...Junto a la desaparición de antiguos impuestos locales como los de “yantares” y “fonsadera” aparecen otros de carácter general como “alcabalas”, “diezmos de aduanas”, “montazgo de los ganados”, “tercias reales”... La forma recaudatoria se modificó y los antiguos recaudadores municipales o reales desaparecieron para dar paso a una especie

exenciones a la nobleza como pago por los servicios prestados al rey, debilitaba económicamente a la corona. *Durante el período de anarquía política que precedió a la entronización de Isabel, los ingresos reales eran sólo un 40% de los que percibía a principios de siglo*¹².

El Reino de Aragón, por su parte, gracias a la expansión territorial hacia el Mediterráneo del siglo XIV y al florecimiento burgués de Catalunya traducido en la proliferación y crecimiento de las ciudades, experimentaba un retraimiento de las zonas rurales¹³. El cuadro económico del reino a la llegada de los Reyes Católicos era de estancamiento agrícola y un elevado grado de desarrollo ganadero (ovino y trashumante). La nobleza hacia y deshacía a su antojo mientras que los impuestos se perdían en algún lugar entre la producción y las arcas reales. La estrategia entonces se presentó claramente: en primer lugar correspondía someter a la nobleza rebelde y por otro lado, corregir la Hacienda.

La ganadería estaba controlada por el Honrado Concejo de la Mesta de Pastores, una asociación nacional creada por Alfonso X El Sabio, que contaba con enormes privilegios entre los pueden enumerarse la exención del servicio militar, la liberación de la carga de testificar, libertad de impuestos de montazgo, pontazgo, ser acreedores de los derechos de paso y pastoreo, entre otros. La Mesta constituyó sus propios estrados cuyas decisiones eran refrendadas por el rey. Los Reyes Católicos la favorecieron por sobre todo, privilegio que se ve reflejado, por ejemplo, en la Ley de Defensa de las Cañadas de 1489. Por su parte, en la agricultura se desenvolvía en el trabajo de las huertas de frutas y hortalizas, y el cultivo de cereales. La industria que alcanzó mayor desarrollo fue la textil. La próspera ciudad de Cataluña era

de arriendo del cobro para que la Corona y la nobleza pudieran percibir puntualmente los ingresos, aunque ello supusiera un incremento de la presión fiscal...”

¹² Íd.

¹³ Los abusos de la nobleza que había asegurado sus derechos señoriales sobre los feudos, reformulando con rigor el pacto de vasallaje llevaron a que Alfonso V, el Magnánimo, ordenara la creación del Síndico Remensa (gremio de campesinos) que se encargó de limitar los abusos de la nobleza terrateniente. Si bien el rey tuvo que desistir debido a la presión del Obispo de Gerona y la Generalitat de Cataluña, su sucesor Juan II aprovechó el malestar entre los vasallos y la nobleza y en 1462 estalló la primera Guerra Remensa enfrentando al rey y campesinos contra la nobleza. Juan II, con el apoyo de Luis XI de Francia, ganó la guerra tras diez años de lucha, pero no pudo erradicar la servidumbre ni tan siquiera introducir reformas importantes.

famosa por sus paños de lana para el mercado interior peninsular. La industria textil del Reino de Castilla era de baja calidad y *fundamentalmente rural, por lo que los paños de calidad se importaban. Por ese tiempo comenzó a destacar la siderurgia vasca que exportaba productos de gran calidad a toda Europa*¹⁴.

El transporte y las comunicaciones interiores mejoraron significativamente gracias a la actividad de los comerciantes burgueses. El *desarrollo de la marina mercante* durante el reinado de Isabel y Fernando tocó un nuevo cenit: la necesidad de traslado de las mercaderías (principalmente de la lana) a grandes distancias por mar fue motor esencial de su crecimiento. Muchos de los adelantos en la construcción de las naves e instrumentales de navegación modernos se debieron en parte al aporte inestimable de los musulmanes.

Como táctica para solucionar el problema de las *remensas* en Catalunya, Fernando de Aragón decidió mediante la Sentencia Arbitral de Guadalupe (1486) la abolición de los malos usos y la consolidación de los contratos de enfiteusis. Mediante éstos últimos se otorgaba el dominio útil de la tierra a los campesinos a cambio de un canon periódico al titular del dominio real.

III. España extra muros: estrategia de expansión

1. En el *campo militar*, durante el reinado de los Reyes Católicos se procedió a la ocupación y reconquista del Reino nazarí de Granada, que era el último bastión del Islam en la península Ibérica. Por entonces, el Reino de Granada estaba atravesado por una profunda crisis sucesoria protagonizada por el sultán Abu-l-Hasan «Alí Muley Hacén» y su hijo Abu Abd-Alah, Mohámed XII «Boabdil» por un lado, y Mohámed XIII «el Zagal», hermano del rey, por el otro. En 1487 finalmente los reyes conquistan la parte occidental del reino de Granada. Luego de múltiples acuerdos, marchas y contramarchas con los gobernantes musulmanes, en 1492 Boabdil entrega Granada.

Luego de la conquista del Reino nazarí, Fernando el Católico firmó con el rey Carlos VIII de Francia el tratado de Barcelona que otorgaba a la

¹⁴ Íd.

Corona de Aragón, Rosellón y la Cerdeña a cambio de la neutralidad ante el conflicto francés con el *Reino de Nápoles*. Pero el Papa Alejandro VI -“El Toro” Borgia- vio con malos ojos el poderío francés que destronó a Alfonso II de Nápoles ya que significaba un riesgo inminente para los Estados Pontificios. Ante este nuevo escenario, Su Santidad convocó la fidelidad del Rey Católico y Su Majestad no se hizo esperar. Luego de tortuosas y fallidas negociaciones con el nuevo Rey de Francia, Luis XII (Tratado de Granada), el ejército de Gonzalo Fernández de Córdoba, rápidamente expulsó a los franceses de Nápoles, recuperando para la Corona de Aragón el trono.

Durante ese tiempo los Reyes Católicos también emprendieron la *conquista del norte de África*, alegando una continuación de la Reconquista cristiana de la provincia Mauritania Tingitana de la Hispania romana. Al fin, la estrategia de ese avance tenía como objetivos neutralizar a los reinos de fe islámica del norte de África y evitar un posible avance de los mismos sobre Granada. Asimismo, se buscó frenar la actividad de los berberiscos. Las acciones militares de conquista se iniciaron con la toma de Melilla por Pedro de Estopiñán en 1497 y de Mazalquivir en 1505. Le siguieron el Peñón de Vélez, Orán, Bugía, Argel, Túnez, La Goleta y Trípoli. Los esfuerzos sobre el norte del África disminuyeron significativamente cuando en 1492 todos los ojos se posaron sobre el Nuevo Mundo.

Las pretensiones anexionistas de los Reyes Católicos también los llevaron a la finalización del proceso de *conquista de las Islas Canarias*. Aquellos territorios habían sido concedidos con el propósito de recuperarlos de sus habitantes aborígenes a Jean de Bethencourt por el rey Enrique III de Castilla a principios de siglo XV. En 1478 durante la Guerra de Sucesión Castellana se inició la conquista de Gran Canaria. La soberanía del archipiélago canario le fue reconocida a Castilla por el Tratado de Alcáçovas, que limitó los territorios castellanos y portugueses. En 1492 se conquistó la isla de La Palma y en 1496 se produjo la conquista de Tenerife, y es consolidado el poderío de Castilla y Aragón mediante la Paz de Los Realejos.

Una importante táctica en la estrategia general de expansión del reino, fue la *conquista de Navarra*. El Reino de Navarra atravesaba una profunda crisis política y estructural desde principios del siglo XVI, que la desgajaba entre los agramonteses y beamonteses, cada sector partidario de un rey propio. Estas divisiones internas provocaron un acercamiento al enemigo jurado de España: el rey de Francia. El apoyo mutuo e incondicional entre los reyes católicos y el Papa, hizo que el Obispo de Roma dictara una bula

que excomulgaba a los dos monarcas navarros, creando un ambiente de resquemores y sospecha por parte de sus posibles aliados. En 1512 Fernando el Católico se propuso emprender un ataque contra Francia, para lo que pidió permiso a Navarra para pasar sus tropas hacia la frontera. La negativa navarra permitió que Fernando el Católico ordenara al Duque de Alba la ocupación de Navarra, haciéndola sumisa a la Corona de Castilla.

2. En el *campo de las relaciones interpersonales*, es reconocida la política matrimonial de los Reyes Católicos como táctica eficaz de esa estrategia global que hemos esbozado. Si bien esta era una práctica común desde antiguo, los matrimonios por acuerdo de los hijos de Isabel y Fernando afianzaron alianzas de suma importancia para las aspiraciones españolas que parecían no conocer límites. Las uniones principalmente se establecieron hacia su vecino Portugal y el Sacro Imperio Romano.

Quizá valga la pena recordar los matrimonios más relevantes: Isabel de Aragón, contrajo enlace con el infante Alfonso de Portugal, y posteriormente con Manuel I de Portugal, primo de su primer esposo. La unión resultó en una importante relación con el Reino de Portugal, con el cual se había desgastado el diálogo luego de la Sucesión de Castilla. Juan de Aragón, por su parte se unió en matrimonio con Margarita de Austria, hija del archiduque Maximiliano de Austria (Maximiliano I de Habsburgo) del Sacro Imperio Romano Germánico y de María de Borgoña, duquesa de Borgoña. El príncipe Juan murió en 1497, pero la unión emparentó a la monarquía española al Sacro Imperio Romano Germánico y al Ducado de Borgoña. Para vincularse nuevamente al Sacro Imperio Romano Germánico, los Reyes Católicos casaron a su hija Juana “la Loca” con Felipe de Austria “El Hermoso”, hijo del emperador Maximiliano I de Habsburgo de Austria. Por su parte, María de Aragón reemplazó a su hermana muerta, Isabel, cuando fue entregada como esposa a Manuel I de Portugal, su cuñado. Catalina de Aragón, contrajo matrimonio con el príncipe heredero de la Corona de Inglaterra, Arthur Tudor hijo mayor de Henry VII de Inglaterra. Pero el príncipe falleció antes de gobernar y Catalina fue casada con el hermano del fallecido Arthur, el ahora rey Henry VIII. La unión con Inglaterra fue siempre endeble y terminó de quebrarse con la escisión de la Iglesia Anglicana y el divorcio de Henry VIII de Catalina, para contraer nuevas nupcias con Ana Bolena.

IV. La España que descubrió América

1. El año de 1492 encontraba a Europa en una situación geopolítica que fue el terreno preciso para que el “Mundo conocido” se volcara hacia lo desconocido en busca de nuevos horizontes que descomprimieran las fronteras que ya comenzaban a sentirse sofocantes. Lo “conocido” a nivel territorial era la *enorme isla-continente euro-asiática, además de las tierras africanas septentrionales, aledañas a los litorales del Mediterráneo, del Mar Rojo y a puntos cercanos al estrecho de Gibraltar en su litoral del Atlántico y al estrecho de Adén, en su litoral del Indico*¹⁵. Al sur y más allá, la incertidumbre. Al fin, el Mundo del siglo XV tenía como marco el océano; los mares de Catay (China) y Cipango (Japón); el Ártico inexplorable y África. Un universo de tierra, sólo marginalmente marítimo.

La Europa de la Modernidad naciente se ceñía sobre sí misma, y se defendía desde la Antigüedad de los lejanos y fieros reinos guerreros orientales, manteniendo sobre todo y sin descanso, la guardia alta frente al Islam, esa espada de Damocles -fuerza centrípeta enemiga enclavada entre dos mundos- presta para avanzar sobre los herederos cristianos de Grecia y Roma. Encerrada en su propia geografía, sus límites tecnológicos y la amenaza musulmana, Europa encontraba al Norte el Ártico y los hielos eternos sobre los que avanzar no era una posibilidad. Al Oeste, el Océano Atlántico, que como la Muerte -*región inexplorada que no vuelve a traspasar viajero alguno*¹⁶- suponía el fin de todas las cosas; al Este, el Imperio de los turcos otomanos y al sur, los desiertos ardientes del África.

2. Esta realidad geopolítica hacía que ciertos objetivos políticos internos se posicionaran como tácticas necesarias en la estrategia de supervivencia y superación de los reinos de Europa. Uno de los más codiciados cargos era el de Emperador del Imperio Romano Germánico. Ocupar ese espacio de poder o ser capaz de elegir a quien lo ocupase para tener

¹⁵ ARNELLO ROMO, Mario, “Trascendencia Geopolítica del Descubrimiento de América”, en “Revista chilena de Geopolítica”, Volumen (año) 8, N° 2, 1992, pág. 6 en http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/11403/1/am_00022.pdf, 22-08-2015.

¹⁶ SHAKESPEARE, William, “The Tragedy of Hamlet, Prince of Denmark”, acto tercero, escena primera: “...Death, the undiscover'd country from whose bourn no traveller returns...”, Princeton, Edward 1987, pág. 63.

ascendencia sobre él, significaba controlar la *gran llanura central europea, al norte del Rin y del Danubio*¹⁷. Ruta desde la Edad Antigua de las invasiones bárbaras, y desde la Edad Media, factor de poder decisivo en Europa; blindaje para las invasiones de los pueblos bárbaros del Este y brazo de fuerza para controlar a los reinos cristianos en la lucha contra el Islam.

Un objetivo de cardinal importancia era el control de las posiciones marítimas y de las islas del Mediterráneo. Las ciudades estados de Venecia, Génova, como así también Cataluña y aquellas que compartían el destino comercial atado a ese mar, se disputaron alternativamente el poderío y la vigilancia de la navegación del Mediterráneo y de sus mares interiores. El Imperio turco otomano constituía una amenaza constante, y cumplía un papel paradójico: factor inmovilizante y a la vez motor para la búsqueda de nuevas fronteras.

3. En este Mundo de intrigas, de una piel de tierra cada vez más estrecha y de ansias de poder crecientes, *se desarrolló lenta y pacientemente, la visionaria acción navegante de Portugal por el litoral africano. Sin duda, era la única visión geopolítica verdaderamente nueva en el revolucionario siglo XV. Don Enrique el Navegante la sostiene y trata de asegurar el monopolio para Portugal obteniendo del Papa Calixto III (1456) la primera bula que así lo reconoce. Ya con ese título seguro, avanzan y dominan punto por punto el litoral africano*¹⁸.

La joven reina Isabel de Castilla, por esas épocas firmaba con Portugal el Tratado de Alcaçovas, en el que se afirmaba su reconocimiento como Reina. En él se registró la soberanía de Castilla sobre las Canarias y se plasmaba su derecho a navegar y comerciar en África, al norte del Cabo Bojador. Se dejaba así abierta la puerta para Castilla, sin saberlo -proféticamente- y con experiencia prácticamente nula “de aguas”, la posibilidad geopolítica que cambiaría el curso de su historia y de la Historia.

Con Asia reconcentrada en si misma y detenida en el tiempo, y el Islam presionando sobre la espalda europea -sin que enfrentamiento o acción diplomática lograra retirarlo-, sólo quedaba un camino...

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Íd.

4. Cristóbal Colón, navegante que presumiblemente nació en Génova, presenta en 1486 a la Reina Isabel el bosquejo de una aventura. Un proyecto visionario que alimentaba las ansias expansionistas de la Corona de Castilla y los sueños europeos de encontrar aires nuevos para su propia historia. La propuesta era emprender un peligroso viaje a las Indias partiendo desde el oeste, buscando una ruta nueva por el Atlántico.

Aunque los conocimientos de la época sobre la geografía mundial estaban activos y convulsionados, las probabilidades de encontrar esa supuesta vía no eran muy alentadoras. Asimismo, Castilla estaba comprometida en la conquista de Granada. Pero la Reina Isabel escuchó con oídos atentos a Colón y se embarcó con él, figurativamente. Por medio de las Capitulaciones de Santa Fe, del 17 de abril de 1492, fue nombrado almirante, virrey y gobernador de los territorios por descubrir y acreedor de la décima parte de todos los bienes a conquistar. El costo de la expedición fue soportado por la Corona de Castilla, Luis de Santángel -tesorero de la Corona de Aragón-, la Santa Hermandad, inversores privados (banqueros y mercaderes andaluces) y el mismo Colón.

El 3 de agosto de 1492 zarpó desde el Puerto de Palos al mando de la nave nao Santa María y las carabelas la Pinta y la Niña, con una tripulación que se estima en ciento veinte navegantes. El 12 de octubre de 1492, después de un duro viaje cargado de incertidumbres, arribaron a la isla de Guanahaní, en las Bahamas. América había sido descubierta y con el avistamiento de quien le diera su nombre -así de golpe, una mañana de octubre-, el Mundo había cambiado.

5. Con el regreso de Pinzón a Galicia y de Colón a Portugal, Europa comenzaba la tortuosa conquista y un profundo malestar diplomático entre España y Portugal que resolvió el Papa Alejandro VI marcadamente a favor de España.

El Tratado de Alcaçovas firmado entre las coronas castellana y portuguesa, había establecido el compromiso del reino de Portugal de otorgar las Islas Canarias a la Reina Isabel de Castilla y conservar para sí Madeira, Porto Santo, las Azores y las Islas de Cabo Verde, el derecho de conquista del reino de Fez y el derecho de navegación al sur del paralelo de las Canarias. Para Castilla quedaba el derecho de navegación y comercio en África al norte del Cabo Bojador. Pero lo que resultara estratégicamente beneficioso en 1480, había cambiado radicalmente después del 12 de octubre

de 1492. En 1493 el rey Juan II de Portugal, recibe en la corte a Cristóbal Colón en Valparaíso, luego del primer viaje y cae en cuentas de que de acuerdo al Tratado de Alcaçovas, si las tierras descubiertas se hallaban al sur del paralelo de las Canarias, estaban bajo el dominio de Portugal¹⁹. Esta posibilidad llevó la tensión entre Portugal y España al límite.

Con el objeto de defender la soberanía de la Corona de Castilla, los Reyes Católicos pidieron a Rodrigo Borgia, Papa español desde agosto de 1492, su intervención. El Papa emitió lo que se recuerdan como las Bulas Alejandrinas de 1493. La "I Inter Caeteras" establecía que todas las tierras descubiertas y a descubrir por Colón serían para Castilla. "II Inter Caeteras" modificó la primera Bula y dejó sentado que las tierras al oeste del meridiano situado a cien leguas al oeste de las Azores y Cabo Verde, pertenecerían a la corona de Castilla. La tercera bula, "Eximiae devotiones" ratifica la segunda y amplía los dominios castellanos. Cualquier oposición a esta "sagrada" decisión significaba la excomunión.

Pero el rey Juan II no tembló ante las bulas y rechazó primariamente la solución. Para los Reyes Católicos se planteaba un escenario político de complicada resolución: la intransigencia o la negociación. Por un lado la intransigencia los arrastraría sin dudas a una guerra con Portugal -su vecino-, por el dominio de un territorio del que aún no podía estimar su verdadero valor estratégico. A esto se le sumaba la amenaza de Carlos VIII de Francia contra el Papa. Isabel y Fernando optaron por la negociación y el 7 de Junio de 1494, se firma el Tratado en la villa de Tordesillas. El tratado dividía el océano Atlántico de polo a polo, 370 leguas al oeste de las islas de Cabo Verde, otorgando el oriente a la Corona de Portugal y occidente para la Corona de Castilla.

Esta partición oceánica innova en establecer por primera una frontera que divide tierra y mar, *suponiendo además una nueva concepción de división territorial que va a determinar la actual configuración de América del Sur*²⁰. El mismo tratado resolvió los conflictos sobre el África; así se dividieron el reino de Fez y establecieron los derechos de pesca y navegación por las costa atlántica africana, otorgando a Castilla los territorios de Melilla y Cazaza y la pesca hasta el cabo de Bojador, así como las operaciones de

¹⁹ Web Site Oficial de Turismo del Ayuntamiento de Tordesillas, en <http://www.tordesillas.net/webs/inicio.php?cont=1&id=5>, 22-08-2015.

²⁰ Ídem.

*asalto a esos territorios, desde Bojador hasta el Río de Oro*²¹. El arreglo al que se arribó con Portugal sobre los territorios del África tuvo un insospechado valor táctico que dejaría espacio a los Reyes Católicos para ocuparse del nuevo Mundo, con la frontera sur asegurada luego de la Reconquista de Granada; los límites del norte africano y la zona de futura conquista y expansión del cristianismo hispano frente al Islam estaban protegidos de las amenazas más próximas.

En este nuevo orden político global, cuyo marco lo constituía ahora un Mundo de agua, la navegación se transforma en un renovado factor de poder. *Si en la Antigüedad, para Fenicia o Grecia, para Cartago o Roma, la navegación en el Mediterráneo era parte consustancial para su poderío, no es menos efectivo que ella siempre requería y estaba unida a la posesión física, perdurable y defendible de su posesión terrestre. Otro tanto sucedió durante toda la Edad Media y en los siglos XIV y XV, para el desarrollo de Estados navegantes y comerciantes como Venecia, Génova y Cataluña, no obstante el desarrollo de notables instituciones político-jurídicas como el Consulado o las leyes de navegación y de comercio marítimo*²².

Pero el 1492 fue la fecha de nacimiento de un orden mundial basado en la capacidad de realizar navegaciones oceánicas y la posición geopolítica la configuraba la navegación misma, que ostentaba su poderío en *el navegante y su barco, la ruta y el conocimiento que de ella tenía el navegante y su Rey*²³. Los descubrimientos generaban derechos exigibles ante la comunidad naciente de Estados y eran título suficiente para imponer un régimen de dominio sobre territorios, poblaciones y cosas.

V. En el Nuevo Mundo, como en España

América no fue anexada a España como una colonia. La corona de Castilla siempre se refirió a esos reinos de Ultramar como los Reinos de las Indias. Se equiparaba *la soberanía y dignidad política de esos "reinos"*

²¹ Íd.

²² ARNELLO ROMO, Mario, "Trascendencia Geopolítica del Descubrimiento de América", en "Revista chilena de Geopolítica", op. cit. pág. 12.

²³ Íd.

*indianos, con las de los reinos europeos de Francia, Castilla y Venecia*²⁴. El Nuevo Mundo descubierto por los españoles se consideró jurídicamente adquiridas a título personal y en partes por el rey Fernando de Aragón y la Reina Isabel de Castilla y pasaron a administrarse como señoríos reales hasta 1518. En 1519 las Indias Occidentales pasaron a formar parte exclusiva del reino de Castilla²⁵.

El Reino de las Indias, estuvo administrado en vida de los Reyes Católicos por un sistema que respondía al esquema tradicional de Castilla. Es importante destacar que la Reina Isabel prohibió la esclavitud de los originarios de las Indias, y los declaró súbditos de la Corona de Castilla. Ése *status* jurídico del “indio” fue plasmado en las instrucciones de la Corona del 16 de septiembre de 1501 a Nicolás de Ovando²⁶. El objetivo era convertir a los “indios a la fe católica” y consolidar la soberanía “espiritual y temporal” en los nuevos territorios. “*Serán bien tratados como nuestros buenos súbditos y vasallos, y que ninguno sea osado de les hacer mal ni daño*”²⁷. Las Leyes Nuevas de Carlos V que prohibieron la esclavitud de los aborígenes americanos, encuentran su origen en ésta decisión real.

Por otra parte, en 1503 se crean en Sevilla, la *Casa de Contratación* cuyo objetivo principal era ejercer el control y monopolio del comercio con el Nuevo Mundo, Canarias y Berbería. Asimismo se instauró en 1510, la *Audiencia de Santo Domingo* y un *Consejo Real Indiano* encargado de la administración de las Indias -que sería el antecesor del Consejo de Indias creado por el nieto de los Reyes, Carlos I, en 1523-.

La unión estratégica con la Iglesia hizo que el Papa Julio II en 1508 confirmara el *Patronato de Indias*. El mismo consistía en el derecho sobre determinadas iglesias y beneficios eclesiásticos²⁸. Con el tiempo, el desa-

²⁴ HAMILTON, Carlos, “Historia de la literatura hispanoamericana”, Madrid, EPESA, 1966, pág. 20.

²⁵ CÉSPEDES, Guillermo, “La conquista”, en CARRASCO, Pedro, CÉSPEDES, Guillermo, “Historia de América Latina”, vol. 1, Madrid, Alianza, 1985, pág. 306.

²⁶ MIRA CABALLOS, Esteban, *La Española, epicentro del Caribe en el Siglo XVI*, Santo Domingo, Academia Dominicana de Historia, 2010, pág. 23.

²⁷ KONETZKE, Richard, *Colección de Documentos para la Historia de la Formación Social de Hispanoamerica: 1493-1810*, Madrid, C.S.I.C., Instituto Jaime Balmes, 1953, pág. 4.

²⁸ GUERRERO CANO, M. Magdalena, *El patronato de granada y el de indias: algunos de sus aspectos*, en *Andalucía y América en el siglo XVI: actas de las II Jornadas de*

rollo del Derecho Canónico hizo que la antigua institución eclesiástica general del Patronato se transformara en el Patronato Real: *Por derecho y antigua costumbre y justos títulos y concesiones apostólicas, somos patronos de todas las Iglesias Catedrales de estos Reinos, y nos pertenece la presentación de los arzobispos y prelacias y abadías consistoriales de estos Reinos, aunque vayan en Corte de Roma* -Ley I, Título VI del Libro I de la Nueva Recopilación de 1565 (Felipe II, en Aldea, Quintín)-²⁹. La Real Cédula de Patronato Indiano determinó que la construcción de iglesias, parroquias e instituciones de caridad, el nombramiento de dignidades eclesiásticas y otras prebendas quedaban bajo el poder exclusivo de la corona. El patronato regio hizo posible que la Iglesia de Roma extendiera su misión con las facilidades que traían consigo los recursos económicos de los territorios conquistados aunque como contrapartida tuviera que someterse a España puertas adentro de su propia organización.

VI. La sucesión de los Reyes Católicos y el reparto de las Indias Occidentales

La organización administrativa del Nuevo Mundo comienza a perfilarse definitivamente con la anexión a la corona castellana. El Papa Alejandro VI la otorga como donación pontificia a los reyes de Castilla y León. Muerta Isabel en 1504, falta dilucidar si la donación fue hecha a Fernando V de Castilla y II de Aragón como rey consorte de Castilla, o si por el contrario el Papa entrega América a los Reyes de Castilla y de Aragón, señores indiscutidos y respectivos de sus dominios. Al fin, disuelto el vínculo matrimonial por muerte de la Reina: ¿a qué Reino debían incorporarse las Indias?

En enero de 1505 las cortes de Toro aprobaron el testamento de la Reina y Fernando el Católico fue proclamado como regente ya que su hija Juana padecía de alteraciones mentales. Se llamó a la Junta de Toro, en la

Andalucía y América, Vol. 1, 1983 (Coord. TORRES RAMÍREZ Bibiano, HERNÁNDEZ PALOMO, José J.), págs. 69, en <http://dspace.unia.es/handle/10334/302>, 22-08-2015.

²⁹ Diccionario de Historia Eclesiástica de España, tomo III, C.S.I.C. Madrid, 1973, pág. 1944.

que participaron Américo Vespucio y Vicente Yáñez Pinzón. *Era evidente que las costas que habían explorado no tenían nada que ver con los datos conocidos sobre el Extremo Oriente, tanto a través de los relatos de Marco Polo como de las recientes exploraciones portuguesas, por lo que el florentino defendía con vehemencia la teoría que Colón se negaba a aceptar: que las Indias Occidentales no eran las Indias, sino un continente nuevo que se interpone entre Europa y Asia por el oeste*³⁰. La era de los viajes comenzaba a toda marcha.

La muerte de Fernando II de Aragón, deja espacio para que el infante Carlos se convierta en el Rey Carlos I de España. Asimismo se convierte en el Emperador Carlos V y hereda Italia del sur, Austria y los Países Bajos. La Dinastía Habsburgo española comenzaba su gobierno. Con él, España se convierte en el centro político de Europa y su preeminencia militar se extiende por todo el territorio conocido. Carlos magnificó la herencia de sus abuelos incorporando por la herencia borgoñona Flandes, Artois Bravante, Luxemburgo y el Franco Condado. Por su condición de emperador se anexaron Austria, el Tirol, Estiria y demás territorios adyacentes, conformando un bloque de naciones que en algún momento pareció inquebrantable. La conquista definitiva de América en 1535 y la incorporación de las Filipinas (1565) y Portugal (1578) -durante el reinado de Felipe II- transformó a España en el Imperio universal Español, quizá el primero de su clase³¹.

Carlos I procedió a mejorar la administración iniciada por sus abuelos, renovándola con una nueva estrategia de concentración de poder imperial. La Corona, los Reinos y las Cortes de los Reyes Católicos, fueron reemplazadas por el Rey, el Consejo y las Secretarías. A los Consejos de Isabel y Fernando -Inquisición, Cruzada, Castilla y Aragón-, Carlos redimensionó en sus funciones y creó el Consejo de Estado (1521), Consejo de Guerra (1523) y Consejo de Indias (1525). El poder sobre el territorio de las Indias quedó en manos de los Virreyes y mandos militares -gobernadores, capitanes generales, entre otros-. Fue Felipe II, bisnieto de Isabel y Fernando, quien traslada la capital en Madrid en 1516 y crea una compleja organización burocrática de gobierno.

³⁰ IVORRA, Carlos, “La sucesión de Isabel “La Católica””, en Universidad de Valencia, <http://www.uv.es/ivorra/Historia/SXVI/1504.htm>, 22-08-2015.

³¹ RIVAS ARJONA, Mercedes, Organización territorial de España. Desde los reyes católicos hasta la transición, Madrid, Dykinson, 2014, pág. 43.

Como expresión del poder jurídico imperial se procedió a crear la Nueva Recopilación de 1567 y los Fueros Vascos, Navarros, de Aragón y Valencia (1547); la Constitución de Catalunya (1589) y el Derecho de Mallorca (1663).

VII. In fine

Los Reyes Católicos fueron la unión dinástica que hizo posible el nacimiento de España. El matrimonio de Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón en 1469, es un hito en la historia de Europa y del Mundo, que se enarbola como el paradigma del esfuerzo monárquico estratégico de la concentración del poder y la expansión de su poderío. El “tropiezo” con América no hizo más que reanimar las ansias de conquista que luego sus descendientes, para bien y para mal, desarrollarían para perderlo todo después.

LAS ESTRATEGIAS JURÍDICAS DE LAS DINASTÍAS HABSBURGO Y BORBÓN EN RELACIÓN CON LA ARGENTINA

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI ^(*)

Resumen: Con miras a la consideración general de la estrategia jurídica en la Historia Argentina se consideran las estrategias jurídicas de los Habsburgos y de los Borbones utilizando el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, cuya construcción incluye las dimensiones normológica, sociológica y dikelógica.

Palabras clave: Estrategia jurídica. Historia. Argentina. Habsburgos. Borbones.

Abstract: To take into consideration the general legal strategy in the history of Argentina we considered the legal strategies of the Hapsburg and Bourbon Houses using the three-dimensionalist integrativism approach of the trialistic theory of the juridical world, that includes the normological, dikelological and sociological dimensions.

Keywords: Legal Strategy. History. Argentina. Hapsburgs. Bourbons.

I. Ideas básicas

1. Todo planteo estratégico, en este caso estratégico jurídico, exige algunas bases conceptuales, por ejemplo, el reconocimiento de las *fortalezas*, las *oportunidades*, las *debilidades* y las *amenazas* (“foda”), y las opciones entre el *propio fortalecimiento*, el *relacionamiento* y el *enfrentamiento* ¹. La

^(*) Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Acerca de las perspectivas “foda” es posible c. v. gr. Matriz Foda, <http://www.matrizfoda.com/>, 1-8-2015. Se puede ampliar en nuestras publicaciones “Estrategia Jurídica”,

complejidad del planteo estratégico jurídico se enriquece cuando se cuenta con el modelo de referencia del *integrativismo tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico* ².

En esta exposición nos referiremos a las estrategias jurídicas de las monarquías Habsburgo y Borbón en relación con la juridicidad argentina, atendiendo también a sus efectos actuales ³.

II. La estrategia jurídica de los Habsburgos

2. La estrategia de los Habsburgos en sus Colonias de América

Rosario, UNR Editora, 2011, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/Estrategia/ESTRATEGIA%20JURIDICA1.pdf>, 27-7-2015; “Acerca de la estrategia jurídica”, en “La Ley”, 2014-C, págs. 784 y ss. También cabe considerar que el número 46 de “Investigación y Docencia” es monográfico sobre Estrategia Jurídica, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia46.htm>, 27-7-2015.

² Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987 y CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, en parte Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>, 20-7-2015; asimismo Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 27-7-2015 y Libros de Integrativismo Trialista, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 27-5-2015.

³ C. por ej. LEVENE, Ricardo, “Historia del Derecho Argentino”, Bs. As., Kraft, esp. t. I, 1945; LEVENE, Ricardo (dir.), “Historia de la Nación Argentina”, Bs. As., El Ateneo, 1939 y ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor - MARTIRÉ, Eduardo, “Manual de Historia de las Instituciones Argentinas”, 4ª ed., 1ª reimp., Bs. As., Macchi, 1981, esp. págs. 21 y ss. Asimismo se puede ampliar en nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1359/1549>, 23-7-2015.

En general acerca de las condiciones sociales e institucionales de los gobiernos de los Habsburgos y los Borbones cabe c. por ej. HUERTA GONZÁLEZ, Susana - ESQUIVEL PINEDA, Miguel Carlos (coord.), “Historia de México I. Conquista y colonia 1521-1810”, Universidad Nacional Autónoma de México. Colegio de Ciencias y Humanidades. Área Histórico-Social, http://www.cch-oriental.unam.mx/areas/historia/M%C3%A9xico%20I/mexI_u3.pdf, 29-7-2015.

contaba con las *fortalezas* de ser España y su imperio una de las Potencias más poderosas del mundo ⁴ y de la combinación de las duras decisiones de *consolidación religiosa* a través del catolicismo y de *enriquecimiento*, sobre todo por la tenencia de metales preciosos. En época de Felipe II se decía que en el imperio español no se ponía el sol ⁵. Quizás la *oportunidad* mayor se diera por la relativa debilidad de los pueblos del llamado “Nuevo Mundo” (nuevo para los europeos). Con criterios europeos se dice que los indios de la zona andina, hasta la actual Mendoza, con influencia incaica, estaban en el “neolítico”, en cambio, muchos otros pueblos de la región se hallaban en el “paleolítico” ⁶. Una *debilidad*, quizás en cierto sentido interpretable como una fortaleza por la diversidad de riquezas, era la división entre las zonas montañosas y de llanura, de mayores referencias andina y “pacífica” por un lado o atlántica por el otro. En cuanto a nuestro territorio, una era la zona montañosa y otra la gran área de la “cuenca del Plata”. La ilusión de la plata, que dio al fin nombres al país y a su mayor cuenca hídrica, era un motor, pero al fin la “pobreza” con que se presentaba la llanura a los ojos hispánicos era una de las debilidades. También eran debilidades la *distancia* en relación con España, que en cuanto al territorio argentino era especialmente grande, y la codicia monopolista de los comerciantes metropolitanos, coincidente con la concepción *ganadera* y mercantilista *bullionista* que hipotecaba las posibilidades de España de ir ingresando en el mundo moderno. Gran parte de España venía adquiriendo una actitud “*parasitaria*” de sus territorios que

⁴ Aunque Carlos I (V de Alemania) comprendió que el Imperio era demasiado grande para su viabilidad (c. por ej. Rutas del Emperador Carlos V, <http://www.itineracarolusv.eu/charles-v/charles-of-habsburgo>, 26-7-2015).

⁵ PÉREZ, Joseph, “Carlos V”, Madrid, Temas de Hoy, 1999, pág. 223.

⁶ V. por ej. APARICIO, Gabriela - GÓMEZ, Cristina, Geografía Argentina – Polimodal, Mendoza, Gobierno de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, 2005, http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/1385/geografiaapoli.pdf, 27-7-2015. Cabe c. MARTINIERE, Guy - VARELA, Consuelo (dir.), “L’état du monde en 1492”, París - Madrid, La Découverte – Sociedad estatal para la ejecución de programas del Quinto Centenario, 1992; AGERON, Ch. R. y otros, “Découvertes européennes et nouvelle vision du monde”, París, Sorbonne, 1994, se puede v. https://books.google.com.ar/books?id=ElhOyQpK1OoC&pg=PA21&lpg=PA21&dq=L%E2%80%99%C3%A9tat+du+monde+en+1492&source=bl&ots=IDKWwwOxIZ&sig=DBNDfNRDEFY5h9X180w97_uzM4g&hl=es-419&sa=X&ved=0CB8Q6AEwAmoVChMIhN-yqKnCwxIVRoSQCh3IEAiM#v=onepage&q=L%E2%80%99%C3%A9tat%20du%20monde%20en%201492&f=false, 26-7-2015.

transmitió en mucho a sus Colonias ⁷. Diversas *amenazas* provenían de las diferentes resistencias de los pueblos originarios y las ambiciones de otras Potencias europeas, que interferían en el comercio intercontinental español y podían combinarse con la oposición de los “indios”. Durante el período colonial, el actual territorio argentino fue conquistado solo parcialmente, correspondiendo tener en cuenta la resistencia exitosa de zonas de la pampa, la Patagonia y el Chaco.

España optó en general por una estrategia de *propio fortalecimiento* y de *enfrentamiento* relativo y *relacionamiento* en condiciones de dominación con los indígenas ⁸. No sería acertado negar cierto propósito de mejoramiento de las condiciones al fin humillantes de los aborígenes, pero supeditado al enriquecimiento de la Metrópoli.

España encaró la ocupación del territorio argentino a través de *corrientes* que penetraron desde el Este, el Norte (el Perú directamente) y el Oeste (proveniente de maneras directa de Chile e indirecta del Perú). La ciudad de Buenos Aires, fundada dos veces, fue establecida por la corriente del Este que ingresó por el Río “de la Plata” ⁹, aunque la segunda vez lo fuera por una vuelta desde Asunción.

3. La respuesta estratégica de la *juridicidad* del período colonial se apoyó sobre todo en el “*trasplante*” del Derecho castellano y su *adaptación* mediante las llamadas *Leyes de Indias* ¹⁰. El Derecho Privado conocía la

⁷ Es posible ampliar en nuestro artículo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación...” cit., 34, págs. 59 y ss.

⁸ Cabe ampliar en nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación...” cit., 37, págs. 85 y ss.).

⁹ Se puede v. por ej. Argentina.gob.ar, Guía del Estado, Población, <http://www.argentina.gob.ar/pais/poblacion/48-primeros-conquistadores.php>, 27-7-2015.

¹⁰ Para que la recepción fuera exitosa se contó con una limitación del rechazo del espacio receptor producida por un gran trasplante religioso y cultural en general. Es posible ampliar en nuestros trabajos “Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 29, págs. 49 y ss.; “Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8 (año 1979), págs. 73 ss.; “Originalidad y recepción en el derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 9, 1987, págs. 33 ss.; “El Derecho Universal”,

esclavitud y la disponibilidad de mano de obra se aseguraba además a través de la encomienda, la mita y el yanaconazgo. Las cuatro instituciones fueron desapareciendo con la Independencia, pero produjeron grave daño a las poblaciones sometidas. Durante todo el período colonial se desarrolló una importante presencia de la *Iglesia Católica* incluyendo en lugar destacado, hasta 1767, a la Compañía de Jesús. Además del Derecho gubernamental, tenía relevancia el Derecho Canónico. La dominación religiosa y cultural en general se favoreció a través de la *Inquisición*. Podría decirse que la “catequización” fue una táctica para bajar las resistencias a la dominación hispánica. Sin embargo, aunque la cuestión es debatida, suele sostenerse que la colonización rioplatense fue al menos más democrática que la del Perú ¹¹.

4. Durante el reinado de los Habsburgos y parte del de los Borbones ¹², el actual territorio argentino correspondió a diversas *gobernaciones* del Virreinato del Perú, centro del poder hispánico en América del Sur. Las divisiones territoriales tienen entre sí importantes diferencias, pero cabe atender a las gobernaciones de Buenos Aires, Paraguay, Córdoba, Tucumán y Chile (capitanía general, “reino” de Chile, por parte de la región de Cuyo). Se discute si la Patagonia pertenecía a Buenos Aires, a Cuyo, a Chile o en realidad no correspondía a ninguna dominación europea.

5. El *comercio* intercontinental de los Habsburgos estaba muy aferrado al régimen del monopolio de limitados puertos en la Metrópoli (Sevilla y Cádiz) y América (con la imposición de la “ruta del norte”). La economía

Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 2001, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1091/995>, 27-7-2015.

Es posible v. por ej. “Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias mandadas imprimir, y publicar por la Magestad Católica del Rey don Carlos II Nuestro Señor” (1680), <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/rldi.html>, 25-7-2015. También v. gr., MANZANO MANZANO, Juan, “Historia de las Recopilaciones de Indias”, 3ª ed., Madrid, Cultura Hispánica, 1991; AYALA, Manuel Josef, “Diccionario de gobierno y legislación de Indias”, ed. de Milagos del Vas Mingo, Madrid, Cultura Hispánica, 1988 y ss.; OTS CAPDEQUÍ, José María, “Manual de Historia del derecho de las Indias y del derecho propiamente indiano”, Bs. As., Losada, 1945.

¹¹ Es posible v. por ej. LEVENE, “Historia del Derecho Argentino” cit., I, págs. 39 y ss.

¹² Iniciado formalmente con la proclamación de Felipe V en Versalles en 1700 y en los hechos en 1701.

tenía ciertos caracteres relativamente afines al “feudalismo”.

El aislamiento de la región pampeana en sentido amplio se acentuaba por la existencia de la llamada “aduana seca” de Córdoba, instalada en 1622, que protegía a los comerciantes del Perú de la competencia de los de Buenos Aires.

En el período colonial el valor de la tierra por sí misma, que sería fundamental en la constitución final del país independiente, era muy limitado. El cultivo se destinaba sobre todo al “autoconsumo” y, en tanto en el área montañosa se producía importante explotación minera, quizás la industria más significativa de la llanura haya sido la del *cuero*.

En el desarrollo del mercantilismo *bullionista*, los metales preciosos iban de América a España y desde ésta principalmente a Flandes e Inglaterra para adquirir manufacturas que viajaban desde estos países a España y América. La enorme cantidad de moneda produjo gran inflación.

6. La *autoridad* y la *planificación gubernamental* eran relativamente fuertes, pero los propósitos de la monarquía encontraron *límites* significativos. Algunas normas reales eran “*acatadas, mas no cumplidas*”. Las fuentes formales de la normatividad colonial sólo alcanzaron el tipo de *recopilación*. Aunque el valor utilidad fuera muy significativo, el discurso predominante se orientaba a la *justicia* y la *santidad*. Con criterios dkelógicos actuales, la legitimidad de los repartos en cuanto a repartidores era muy limitada ¹³ y se refería de manera principal a la justicia que se atribuía los objetos de reparto. Un *humanismo* que pretendió ser fuerte, ocupado -en gran medida infructuosamente- de cierta protección de los indios e *intervencionista*, se acercaba en la realidad a la mediatización totalitaria de los pueblos originarios.

III. La estrategia jurídica de los Borbones

7. La muerte sin descendencia de Carlos II ¹⁴, el último de los Habsburgos que reinaron en España, provocó la Guerra de Sucesión que concluyó en 1713, con la asignación de casi toda la Metrópoli a los *Borbones*,

¹³ Eran monarquías que invocaban “derecho divino”.

¹⁴ De cierto modo, víctima de las alianzas estratégicas matrimoniales.

descendientes de Luis XIV ¹⁵. Se extinguió entonces el modelo de “monarquía compuesta” de la Casa de Austria, de un modo destacado, con la “desaparición” de la Corona de Aragón ¹⁶.

El cambio de dinastía posee alta y perdurable significación. Pese a que tal vez las líneas generales de dominación fueran las mismas, los Borbones tenían algunas afinidades mayores con el “*capitalismo*” y la burguesía y más tendencia a lo que podía considerarse un “Estado moderno”. De algún modo asumían el *mercantilismo* propiamente dicho. Ya en 1673 se habían dictado en Francia las célebres Ordenanzas de Colbert; el Estado francés había adquirido caracteres más “actuales” y unitarios y todo el país “giraba” en torno al “Rey Sol”.

En su primer período, la nueva dinastía introdujo grandes cambios, por ejemplo, a través de la obra de Carlos III y de Campomanes ¹⁷, Aranda y Floridablanca. En 1778 el rey Carlos III amplió las posibilidades comerciales con el dictado del *Reglamento de Libre Comercio* que habilitó a diversos puertos de las Colonias, incluido Buenos Aires, para comerciar con España. En general, la obra más destacable de los Borbones estuvo encaminada a

¹⁵ Se sucedían así en el trono español, ahora por una dilucidación bélica, las dos dinastías más influyentes en la historia de Europa. El objetivo de los Reyes Católicos de casar a sus hijos con vástagos del archiduque Maximiliano de Habsburgo para alejar la amenaza francesa sobre los dominios aragoneses en Italia se veía frustrado. Las propias alianzas matrimoniales entre Habsburgos y Borbones llevaba al fin a esto (se puede v. por ej. CERVERA, César, “El origen de los Habsburgo, la familia de “halcones”, que elevó al Imperio español”, ABC.es, 22/06/2015, <http://www.abc.es/espana/20150621/abci-origen-habsburgo-familia-duena-201506192033.html>, 24-7-2015). De cierto modo, las alianzas estratégicas matrimoniales europeas habían concluido neutralizándose.

¹⁶ La Guerra de Sucesión fue un conflicto internacional, pero asimismo de cierto modo un conflicto civil (interno). En tanto Castilla y Navarra se mantenían fieles al candidato borbónico, la mayor parte de la Corona de Aragón apoyó al candidato austríaco. En el interior, los combates fueron favorables a las tropas felipistas que, luego de la victoria de Almansa (1707), obtuvieron el control sobre Aragón y Valencia. Fernando el Católico había desconfiado ya, al fin, de la relación con Castilla. A veces, como en tiempos del conde de Aranda, la influencia de Aragón fue más notoria que la de la “tierra de Castillos”. En general la tensión de hoy entre Madrid y Barcelona (no totalmente Aragón) sigue manifestando un conflicto varias veces centenario (es posible v. por ej. Generalitat de Catalunya, [gencat.cat](http://web.gencat.cat/ca/inici/), <http://web.gencat.cat/ca/inici/>, 20-7-2015; Corona de Aragón, Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Corona_de_Arag%C3%B3n, 20-7-2015).

¹⁷ A menudo cuestionado como “afrancesado”.

promover la *libertad mercantil*. Quedó para el final del período colonial la liberación comercial más allá del cierre económico hispánico.

En 1782 se reorganizó el territorio, con la *Real Ordenanza de Intendentes*. Hubo un gran cambio administrativo, tendiente a lograr más *disciplina*¹⁸, y el Derecho Comercial adquirió más significación.

8. Sobre todo desde 1750, con el Tratado de Madrid (de “Permuta” o de “Intercambio”), los monarcas Borbones se mostraron especialmente preocupados por los permanentes e importantes avances que, desde el primer momento del “descubrimiento”, pretendieron los portugueses sobre los dominios americanos de España. Uno de los objetivos centrales de la Corona española, sobre todo con Fernando VI y Carlos III, fue *fortalecerse* con la retención *de la Cuenca del Plata*, pagando el precio que fuera necesario para recuperar de manos portuguesas la Colonia del Sacramento. Otro propósito era evitar que Potencias extranjeras, en lugar destacado Inglaterra, pudieran aliarse con los indios de la Patagonia. Además, se deseaba evitar que los productos de la región pampeana fueran llevados, a menudo por los indios, a la zona chilena.

Adoptando como cabeza de la estrategia rioplatense a *Buenos Aires*, en 1776 Carlos III reorganizó la región constituyendo el *Virreinato del Río de la Plata*, que incluyó territorios actuales de la Argentina, Uruguay, Brasil, Paraguay, Bolivia y Chile. Eran tierras de las gobernaciones de Buenos Aires, Córdoba, Tucumán y Paraguay, del Alto Perú (luego separado como Bolivia, también país independiente) y de Cuyo. Tenía gran significación el Alto Perú, por su gran riqueza minera. Se suele destacar que la nueva unidad territorial tendría carácter bioceánico.

En general se buscaron nuevos cauces estratégicos de *propio fortalecimiento* con considerable reorganización y en alguna medida de mayor *relacionamiento* con las Colonias, aunque tal vez fuera ya tarde.

9. Los Borbones pusieron énfasis en la afirmación de la *planificación gubernamental*, aunque fuera en parte para dar más espacio a la *autonomía* del comercio. También ellos tropezaron al fin con *límites*, que acabaron en la

¹⁸ El mantenimiento de la autoridad se expresó por ej. en la zona incaica con la grave represión a Túpac Amaru II (c. v. gr. Túpac Amaru II, Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%BApac_Amaru_II, 24-7-2015).

independencia del país. El crecimiento del Virreinato, el debilitamiento de la Metrópoli acentuado con las Guerras napoleónicas y la influencia británica, que procuró incluso la ocupación militar, confluyeron en *límites* que pusieron fin al Imperio español en la región argentina. Se constituyó la obligatoria e inmediata *observancia* de la ley. El propósito enérgicamente perseguido era la obediencia, el cumplimiento y la información de haberlo hecho con *rapidez* y *exactitud*. El valor *utilidad* se incorporó a los de los Habsburgos, con alta significación.

IV. Consideraciones generales

10. La *estrategia* de los Habsburgos se vinculó más con el predominio de la montaña. Los Borbones y el Virreinato fueron cauces de predominio de la llanura “portuaria” sobre la montaña. Las tensiones entre los dos sectores tienen profunda relación con *realidades básicas* y *estrategias fundacionales* de la región que perduran hasta la actualidad.

Las *diferencias* estratégicas tienen relaciones profundas con distintas circunstancias. Con la estructura y composición del suelo, la situación territorial de la región llamada del Río de la Plata, las posiciones de la Metrópoli y las diversas Colonias en el espacio mundial, la evolución de la economía, las posiciones religiosas, las idiosincrasias de los monarcas y los habitantes, etc.

11. Con el tiempo se intensificó en España y en gran parte de sus Colonias, incluso en la Argentina, la diferenciación entre la cultura *hispanica tradicional* y la *anglofrancesa* ¹⁹. El sector hispánico tradicional es más afín al catolicismo medieval, a la Contrarreforma y al romanticismo, al organicismo y al paternalismo y entre sus exponentes españoles se destaca Felipe II, quizás el más representativo de los Habsburgos ²⁰. El espacio

¹⁹ Es posible ampliar en nuestro artículo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, págs. 113 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/File/605/485>, 27-7-2015.

²⁰ En cuanto a Felipe II, v. por ej. MARCKS, Erich, “La Contrarreforma en Europa Occidental”, en GOETZ, Walter (dir.), “Historia Universal”, trad. Manuel García Morente,

anglofrancés (anglofrancesado), es más afín, aunque sea ocultamente, con la Reforma y se relaciona más con la Ilustración, con el contractualismo y el abstencionismo; entre sus representantes españoles ocupa un lugar muy notable Carlos III, el más calificado de los Borbones ²¹.

Así como el Canal de la Mancha es relevante sobre todo en cuanto a cómo se piensa el Derecho, los *Pirineos* adquirieron gran significación con referencia al *contenido* del Derecho, también en los aspectos estratégicos.

12. Entre los elementos que han influido en las tensiones argentinas entre la diversidad y la tendencia al *federalismo* y la uniformidad y la orientación al *unitarismo* se encuentran las estrategias diferentes de los Habsburgos y los Borbones.

6ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, V, 1962, págs. 262 y ss.; KAMEN, Henry, "Felipe de España", 12ª ed., Madrid, Siglo Veintiuno de España, 1998. En el sentido hispánico tradicional cabe considerar además, v. gr., a Rosas y Perón. En este sector se agregaron, por ej., presencias indígenas y migratorias europeas meridionales.

²¹ Asimismo, por ej., Belgrano, Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento, Aramburu y Alfonsín. A veces cada uno de los dos sectores posee, de cierto modo, su "derecha" y su "izquierda". En la actualidad en países como la Argentina el sector hispánico tradicional tiene fuerte presencia "populista" y el sector anglofrancés suele referirse a más aspiraciones republicanas.

La explicación clasista es otro despliegue válido de comprensión, pero en muchos casos no llega a superar las diferencias culturales señaladas.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTRATEGIA CONSTITUCIONAL AL HILO DEL PENSAMIENTO DE ALBERDI Y LA ACCIÓN DE URQUIZA (*)

JUAN PABLO CIFRÉ (**)

Resumen: En el marco de categorías que nos brinda el integrativismo tridimensionalista trialista, se efectúan consideraciones liminares sobre el contexto histórico en el cual se inserta el pensamiento de Alberdi y los despliegues estratégicos del mismo respecto de la organización constitucional argentina, así como la importancia de la figura de Urquiza en la concreción de aquellas ideas.

Palabras clave: Teoría trialista. Juan Bautista Alberdi. Justo José de Urquiza. Estrategia Jurídica. Constitución.

Abstract: Using the theoretical framework of the trialistic theory we briefly consider the historic context and the strategic development of Juan Bautista Alberdi's thought about the argentina's constitutional organization and the importance of Justo José de Urquiza in its concrete application.

Keywords: Trialistic theory. Juan Bautista Alberdi. Justo José de Urquiza. Legal Strategy. Constitution.

(*) Resumen de la exposición realizada en el marco de la Reunión Abierta sobre Estrategia Jurídica en la Historia Argentina organizada por la Cátedra C de Filosofía de Derecho y Área de Estrategia Jurídica del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Profesor adjunto de Introducción al Derecho y Derecho Procesal Civil de la carrera de abogacía (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario). Miembro del Centro de investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (e-mail: juanpablocifre@hotmail.com).

I. Alberdi y Urquiza en el proceso de organización constitucional

1. En el marco de las estrategias jurídicas de la historia Argentina, no puede dejar de repararse en Juan Bautista Alberdi (1810 - 1884), tal vez -como se ha expuesto- el primer jurista argentino cuyas ideas, sin dudas, han sido fundacionales a la organización constitucional argentina y evidencian la estrategia subyacente en la misma. A su vez, la referencia Alberdi nos obliga a reparar a su vez en la figura de Justo José de Urquiza (1801 - 1870) quien en definitiva, fue el responsable de ejecutar o, al menos, poner en marcha, la concreción de aquellas ideas¹.

Con gran claridad Miguel Angel Ciuro Caldani ha considerado en diversas obras y trabajos el proceso de sanción del Código Civil argentino y su inserción en la estrategia del grupo entonces dominante². Esta estrategia apareció como la consolidación del grupo unitario-liberal que resultó triunfante luego de más de medio siglo de luchas internas y que, no sólo en su génesis, compartió principios comunes al pensamiento de Alberdi y a las ideas de Urquiza. Más allá del rol que en definitiva ocuparía la metrópolis y su relación con la campaña o matices en el grado de intervención estatal en el proceso de “civilizar” (tal vez las mayores tensiones entre los mencionados), las bases, en cuanto a los lineamientos principales de la estrategia jurídica, son comunes.

2. Volviendo sobre la Constitución, tenemos que ésta fue dictada luego de diversos intentos frustrados de contar con una Carta Magna y en un marco *fáctico* de inestabilidad que duró más de medio siglo desde la llamada

¹ Sobre Historia Constitucional Argentina, puede verse: LOPEZ ROSAS, José Rafael, “Historia Constitucional Argentina”, Astrea, Bs. As., 1996.

² CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes Conceptuales a la Estrategia Jurídica: en especial, la oportunidad”, en Investigación y Docencia N° 47, FIJ, pág. 13 y ss. También puede verse del mismo autor: “Estrategia Jurídica”, UNR Editora, Rosario, 2011; “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 23; “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación...” cit., N° 32; “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación...” cit., N° 33, entre otros trabajos.

Revolución de Mayo (decimos llamada pues, como el propio Alberdi tenía en claro, estos sucesos no eran sino un cambio de órbita: de la por entonces feudal, monárquica y atrasada Europa Española, al progreso de la moderna, progresista y pujante Europa Inglesa y Francesa).

Por su parte, Urquiza parece haber sido un pragmático y un repaso de su vida hace poner en dudas hasta qué punto sus intereses económicos lo movilizaron³. Si bien desde muy joven participó en política, antes que contar con peso y reconocimiento en este marco, lo había ganado en los negocios, construyendo una fortuna y un gran poder desde el comercio, la industria de los saladeros y la inversión inmobiliaria y agropecuaria. Ahora bien, ni él ni Alberdi forman parte del que con acierto se ha denominado grupo hispánico tradicional. Puede ser más difícil la calificación de Urquiza pero, sin dudas, Alberdi pertenece al sector con tendencias Anglo Francesas, en este aspecto, el mismo sustrato de pensamiento que el que inspiraba a Mitre o a Sarmiento. No es entonces, como decíamos, casual que las bases organizacionales de la estrategia jurídica constitucional pensada por Alberdi y puesta en marcha por Urquiza hayan servido como marco sin más ajustes que la participación y el rol de Buenos Aires, a la profundización y concreción que luego se emprendiese con la sanción del Código Civil. En el punto, podríamos afirmar que el Martín Fierro lloro tarde... luego de la Constitución, la sanción del Código era sólo una cuestión de tiempo⁴.

3. Poniendo la atención en el dictado de la Constitución y la estrategia desplegada, es imprescindible atender a la conducción de los por entonces supremos repartidores. En este elenco Urquiza es uno de los prin-

³ PIGNA, Felipe, "Biografía de Urquiza", en <http://www.elhistoriador.com.ar/biografias/u/urquiza.php>; "Justo José Urquiza, Biografía de un traidor", en <http://www.lagazeta.com.ar/urquiza.htm>; LUNA, Félix, "Justo José de Urquiza", Bs. As., La Nación, 2004.

⁴ Pueden verse al respecto especialmente los trabajos de Miguel Angel Ciuro Caldani: "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; "Bases culturales del Derecho argentino", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 27, págs. 113/126; "Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sársfield (Bases para su "análisis cultural")", en "Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 327 y ss.; "Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica", en "Investigación..." cit., N° 38, págs. 9 y ss., entre otros.

cipales repartidores, quien pudo destronar al repartidor que había aglutinado más poder en la primera mitad del siglo XIX (Juan Manuel de Rosas, del cual había sido otrora aliado). Claro que no es el único, también aparecen -en una larga lista y en distintos grados de importancia- v.gr., Vicente López y Planes, su hijo Vicente Fidel López, Francisco Pico, Juan María Gutiérrez, Juan Gregorio Pujol, Santiago Derqui, Domingo Crespo, Benjamín Virasoro, Pascual Segura; Nazario Benavídez; Manuel Vicente Bustos, entre otros, con quienes Urquiza construiría diversos tipos de acuerdos que coadyuvaron a su conducción.

4. Por el lado de los beneficiarios podríamos reiterar que el sector “hispanico tradicional” reaccionaría tarde: el plan constitucional, aun cuando partiendo del sector “federal” no los comprendía o, al menos, no los preservaba, sino que preparaba el terreno para lo que vendría casi veinte años después. Los librecambistas porteños, pese a su inicial oposición, sin dudas a la postre serían beneficiarios del sistema que se instauraba mediante la Constitución. Cabe también considerar que, a la vista de los acontecimientos, permitir un desarrollo de Buenos Aires por fuera de la Confederación, salvo que haya sido obedeciendo a límites no muy claros, fue un error estratégico de aquella y del propio Urquiza.

II. Algunas líneas de la Estrategia Jurídica Constitucional

5. Con referencia a la Estrategia jurídica constitucional sin dudas, debemos remitir a las razones alegadas por Alberdi, el propio inspirador de la Constitución que, en su gran mayoría, pueden a su vez haber coincidido con los móviles de Urquiza y de quienes ostentaban el poder. Sin dudas, Alberdi tiene una estrategia en mente, plantea claramente un objetivo y planifica los medios para llegar al mismo⁵. Sus “Bases”⁶ son, sin dudas, un

⁵ Sobre estrategia en general: CLAUSEWITZ, Karl Von, “De la Guerra”, trad. Francisco Moglia, Bs. As., Need, 1997 Vid. pág. 18 y ss.; KAPLAN, Robert y NORTON, David, “Mapas Estratégicos”, Harvard Business School Press, Edición Castellana: Barcelona, 2004, pág. 57 y ss. También, de los mismos autores: “Cómo utilizar el Cuadro de Mando Integral para implantar y gestionar su estrategia”, Harvard Business School Press, Barcelona, 2011, pág. 82; PORTER, Michel, “What is Strategy?”, Harvard Business

plan estratégico constitucional y tal vez la primera gran exposición de estrategia jurídica de nuestro país. A su vez, las influencias filosóficas de su formación⁷ le brindaban un marco donde tenía clara conciencia de que debía contar con un conocimiento del terreno, los recursos, las personas y no limitarse a la mera especulación racional.

Alberdi repara en lo concreto y evalúa (podremos disentir luego si con mayor o menor acierto, pero indudablemente con pretensiones estratégicas) “el terreno”. Pese que tomará como modelo los lineamientos de la constitución de los Estados Unidos, piensa en no utilizar un réplica mecánica sino en responder a la realidad local. La estrategia debía enderezarse hacia la economía, el bienestar, el progreso, el comercio, la población, la industria. Presta, por su parte, especial atención a los recursos con los que se cuenta y a los destinatarios del plan y concluye con su célebre frase “gobernar es poblar”. Se enfrenta así a la *distribución* de la naturaleza, que pone a unos pocos habitantes ante la inmensidad del desierto (la pampa). Así viene dada la necesidad de poblar y de lograr inmigración europea “moderna”, lo que claramente es un objetivo para el cual traza una estrategia a partir del modelo legal que pretende sirva de instrumento: naturalización, ciudadanía, domicilio, libertad religiosa y protección para los que vendrán, así como garantías para los que estén y mejoras materiales.

Sobre la forma de gobierno, propugna un sistema presidencialista fuerte pero se pronuncia en contra de una Monarquía. La influencia Sansimoniana se advierte al desarrollar los lineamientos en materia de educación, pronunciándose por educar en comercio, ciencias duras (ingenieros, geólogos)

Review, nov/dic 1996, pág. 61 y ss.

⁶ ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Bs. As., Losada, 2000, se puede v. <http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>, 27-7-2015. También cabe c. “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, <http://www.hacer.org/pdf/sistema.pdf>, 28-7-2015.

⁷ LACLAU, Martín, “Las influencias filosóficas en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi”, en “Rev. hist. derecho”, N° 41, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ene/jun 2011; HARO, Ricardo, “El Pensamiento de Juan Bautista Alberdi en las Bases”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>, 29-7-2015. Se puede c. asimismo por ej. GHIRARDI, Olsen, “Juan Bautista Alberdi y las Bases”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpresentacibases/at_download/file, 29-7-2015.

y en la vida industrial, no en ciencias morales (no en sofistas y apartar el clero de la enseñanza); favorecer el idioma inglés y no el latín. De la inmigración como medio de progreso y de cultura para la América del Sud se pronuncia por fomentar la espontánea (no forzarla artificialmente) mediante la celebración de tratados con potencias extranjeras, de fomentar la tolerancia religiosa, de proteger las franquicias, la propiedad, la libertad de navegación y el desarrollo del ferrocarril (herramienta que considera fundamental para lograr a su vez la unidad política en países como el nuestro donde la distancia hace imposible la acción del poder central). Esta infraestructura también propugna que sea puesta en manos de empresas particulares a las cuales se proteja y se les brinde privilegios (si bien considera también la necesidad de tomar empréstitos al efecto). También se preocupa por la navegación y el comercio libre y sin trabas. Tiene en claro la necesidad de brindar una legislación moderna que facilite la circulación de la propiedad mobiliaria y el comercio así como una regulación del “enjuiciamiento sobre bases anchas de publicidad, brevedad y economía”.

6. Estos lineamientos estratégicos que van a verse entonces plasmados luego en el texto constitucional son vertidos en sus “Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina”, obra que es publicada en mayo de 1852 a poco meses de la batalla de Caseros y remitida con prontitud a Urquiza para su consideración (carta de Alberdi a Urquiza del 30 de mayo de 1852), quien -a diferencia de Rosas con el “Fragmento preliminar”⁸-, le brinda atención, una pronta respuesta y considera la obra como “un medio de cooperación importantísimo” que “no pudo ser escrito ni publicado en mejor oportunidad” (carta de Urquiza a Alberdi del 22 de julio de 1852).

Tal cual afirmamos, el mayor desarrollo desde el pensamiento que tuvo la estrategia jurídica de Alberdi no hubiese tenido mayor trascendencia sin que Urquiza la hiciese suya. Como decíamos, los primeros éxitos de Urquiza tuvieron más que ver con el comercio y la empresa que con la política, pero luego incursiona en este terreno y en el militar y, pese a tener poca o nula formación bélica, luce una gran técnica para el combate. En

⁸ ALBERDI, Juan Bautista, “Fragmento preliminar al Estudio del Derecho”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998.

línea con las ideas que luego impulsaría para la Constitución, al acceder al gobierno de Entre Ríos primero y luego al de la Confederación, pone el acento en las obras públicas, las escuelas, los teatros, la promoción de la ganadería, el incentivo a los préstamos a industrias, la instauración de correos, etc. (entre otras: como presidente: el censo en 1857; la nacionalización de la Universidad Córdoba y del colegio Monserrat; la proyección de la traza de vías rosario-córdoba; la Biblioteca del Congreso). También va más allá de lo aquí pretendido el análisis biográfico de Urquiza, su defección posterior al proyecto o de las condiciones históricas de la época pero, como dijimos, en definitiva fue éste quien -como supremo repartidor- dio impulso a las ideas de Alberdi que venimos comentando.

III. Conclusiones

7. Para concluir podemos afirmar que la estrategia constitucional de los máximos repartidores de la época, sin dudas, consistía en instalar un plan de gobierno previsible, con determinadas características que sirviese para modelar la sociedad. Tal vez uno de los errores que se podría apuntar a la estrategia consistió en algún grado de menosprecio o subestimación de las costumbres arraigadas durante siglos, lo que constituiría un límite socio político-económico-cultural que en cierta medida frustraría -pensamos: hasta nuestro días- el acatamiento ejemplar del plan. En el esquema estratégico de Alberdi que hace suyo Urquiza (y que se comparte por el sector dominante aún con matices en la época), se entendía fundamental para la instalación del modelo la sanción de una Constitución. Acá podríamos aventurarnos en afirmar que el racionalismo mete la cola aún en el pensamiento romántico de Alberdi: aparece de incuestionable valor estratégico su programa en cuanto pone, con influencia Sansimoniana, el centro de gravedad en las condiciones económicas, sociales y culturales, pero tal vez aparece ingenuo el mismo en cuanto a la consideración del poder de las “normas” para generar el cambio (sin dudas, las menos refinadas o más pragmáticas ideas de Sarmiento o de la posterior generación del 80 tendrán más eficacia al respecto ⁹).

⁹ Es posible v. “Obras Completas” de Alberdi, Bs. As., La Tribuna Nacional, 1886 y “Obras Escogidas” en la edición de la editorial Luz del Día (Bs. As.).

LA ESTRATEGIA JURÍDICA DE LA PRESIDENCIA DE D. F. SARMIENTO

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

Resumen: Se considera la estrategia jurídica dentro de la estrategia general de la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, atendiendo a sus fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas y a las decisiones de propio fortalecimiento, relacionamiento y enfrentamiento. Se atiende asimismo a las dimensiones sociológica, normológica y dikológica y a las especificidades cuya consideración propone la teoría trialista del mundo jurídico. Además se hace referencia a los resultados obtenidos.

Palabras clave: Estrategia. Derecho. Sarmiento. Fortalezas. Oportunidades. Debilidades. Amenazas. Fortalecimiento. Relacionamiento. Enfrentamiento. Código Civil. Trialismo.

Abstract: We consider the legal strategy, within the overall strategy of the presidency of Domingo Faustino Sarmiento, according to their strengths, weaknesses, opportunities and threats and the decisions of self-strengthening, relationships and confrontations. We address its sociological, normological and dikological dimensions, and the specificities proposed by the trialistic theory of the juridical world. Furthermore we reference the results obtained by this actions.

Keywords: Strategy. Law. Sarmiento. Strengths. Weaknesses. Opportunities. Threats. Strengthening. Relationships. Confrontations. Civil Code. Trialism.

I. Planteo básico

1. La presidencia de Domingo Faustino Sarmiento (Faustino Valentín Quiroga Sarmiento), nacido en San Juan en 1811 y muerto en Asunción del

(*) Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires (e-mail: mciuroc@arnet.com.ar).

Paraguay en 1888¹, abarca el período 1868-1874 y es, a nuestro parecer, la más importante de las denominadas *presidencias fundacionales* o “*históricas*” argentinas, que incluyen también los períodos de Bartolomé Mitre y Nicolás Avellaneda. Sarmiento es, a nuestro entender, el más lúcido y efectivo estratega del siglo XIX argentino.

La estrategia presidencial de Sarmiento contaba con la *fortaleza* de un país potencialmente grande en vías de unificación efectiva comenzada por Juan Manuel de Rosas y de constitucionalización iniciada por el presidente Justo José de Urquiza, con un sector afín anglofrancés² relativamente poderoso y una lúcida aunque extrema decisión personal, casi inquebrantable. Una relevante *oportunidad*, que al propio tiempo era una *debilidad*, consistía en gran medida en la poca población del territorio. También cabe considerar la expansión capitalista mundial. Las *amenazas* fueron, de modos destacados,

¹ Es posible v. LUGONES, Leopoldo, “Historia de Sarmiento”, Estudio encargado por el Presidente del Consejo Nacional de Educación, Dr. José María Ramos Mexía, Bs. As., 1911, http://www.educ.ar/recursos/ver?rec_id=70522, 24-7-2015; PONCE, Aníbal, “Sarmiento. Constructor de la nueva Argentina” y “La vejez de Sarmiento”, en “Obras Completas de Aníbal Ponce”, Bs. As., Matera, 1958; PALCOS, Alberto, “Sarmiento. La Vida. La Obra. Las Ideas. El Genio”, 4ª ed., Bs. As., Emecé, 1962; ROJAS, Ricardo, “El Profeta de la Pampa. Vida de Sarmiento”, Bs. As., Losada, 1945; GALVEZ, Manuel, “Vida de Sarmiento. El hombre de autoridad”, 2ª ed., Bs. As., Tor, 1952; “Obras Completas de Sarmiento”, Bs. As., Luz del Día, vs. años. También cabe c. por ej. Sarmiento Presidente (1868-1874), <http://edant.clarin.com/diario/especiales/sarmiento/htm/militar/presi.htm>, 21-7-2015, asimismo Militar y político, http://edant.clarin.com/diario/especiales/sarmiento/htm/mil_con.htm, 21-7-2015; Síntesis de su vida, Ministerio de Educación de la Nación, <http://www.me.gov.ar/efeme/sarmiento/biografia.html>, 23-7-2015. Los mensajes presidenciales de Sarmiento son consultables según el detalle obrante en Dossier legislativo, Mensajes presidenciales, Biblioteca del Congreso, http://www.21.edu.ar/pdf/dossier_legislativo_a2n51.pdf, 21-7-2015. En nivel de difusión: CARDOZO, E., Prof. - DEARMA, C., Prof., “La Presidencia de Domingo Faustino Sarmiento (1868-1874)”, Histórico, http://historico.es.tl/LA-PRESIDENCIA-DE-SARMIENTO--k1-1868_1874-k2-.htm, 23-7-2015. Qué obras hizo Sarmiento?, Alfinal.com, <http://www.alfinal.com/COMUNIDAD/67.php>, 23-7-2015. Además se puede ampliar en nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1359/1549>, 23-7-2015.

² Es posible ampliar en nuestro artículo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 27, págs. 113 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 27-7-2015.

las resistencias de los adversarios que componían el sector hispánico tradicional, de gran trayectoria histórica, y de los indios; la Guerra heredada de la Triple Alianza y la epidemia de 1871. Incluso se podría hacer referencia, en este sentido, a la oposición que en el Congreso hicieron los seguidores del antecesor, el presidente Bartolomé Mitre ³.

Para saber con más precisión las condiciones en que se encontraba el país, a poco de comenzar la Presidencia Sarmiento hizo el *primer censo nacional*. Sin desconocer que fue necesariamente incompleto, arrojó que el país, en gran medida despoblado y no totalmente ocupado, tendría menos de 1.900.000 habitantes. Había un porcentaje discutido de analfabetos, que en ciertos casos se indica del 71 y en otros del 87%. Este grave problema fue uno de los fundamentos de la política sarmientina.

La *decisión* estratégica fue, de maneras principales: a) de *propio fortalecimiento* mediante un gran plan de desarrollo; b) de *relacionamiento*, con los “países centrales” y con otros grupos políticos internos y a través de la promoción de la educación y las comunicaciones, y c) de *enfrentamiento*, sobre todo con lo que el Presidente consideraba “barbarie”, principalmente los gauchos y los demás integrantes del espacio hispánico tradicional ⁴. Entre los factores en que procuró apoyarse, estuvo el ex presidente Justo José de Urquiza. La táctica respecto de los indios fue variable, pero en general continuaron las líneas de enfrentamiento anteriores.

³ Acerca de las perspectivas “foda” es posible c. v. gr. Matriz Foda, <http://www.matrizfoda.com/>, 28-7-2015. Se puede ampliar en nuestras publicaciones “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/Estrategia/ESTRATEGIA%20JURIDICA1.pdf>, 27-7-2015; “Acerca de la estrategia jurídica”, en “La Ley”, 2014-C, págs. 784 y ss. También cabe considerar que el número 46 de “Investigación y Docencia” es monográfico sobre Estrategia Jurídica, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia46.htm>, 27-7-2015.

⁴ En 1883 la radicalización de sus ideas llevaría a Sarmiento a publicar, con una simplificación darwiniana de cierto modo “maniquea”, su discutido libro “Conflictos y armonías de las Razas en América”, Bs. As., Ostwald, I, 1883, <http://www.proyectosarmiento.com.ar/trabajos.pdf/conflicto.pdf>, 21-7-2015 (es posible v. CORONA MARTÍNEZ, Cecilia, “Sarmiento evolucionista”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sarmiento-evolucionista--0/>, 24-7-2015. En términos actuales, que creemos no utilizables para esa época, esos pareceres podrían ser considerados incluso afines al genocidio. Entendemos que en profundidad no son acordes con sus ideas educativas.

Se dice que las tres presidencias fundacionales tuvieron como objetivo “nación, constitución y libertad”, sin embargo, no sin dificultades Sarmiento trató de implementar una política con rasgos *más “nacionales”*, diferente a la más librecambista adoptada por su antecesor “porteñista” Bartolomé Mitre.

II. Desarrollo

2. En general las bases de la estrategia presidencial de Sarmiento son: a) el desarrollo *científico y tecnológico*; b) la *educación popular* con criterio laico, común, gratuito y obligatorio; c) las *comunicaciones*; d) la *disciplina social* a través de la aplicación rígida de la “ley de vagos y malentretenidos” y de una represión (quizás desmedida) de los caudillos federales; e) la sanción (a libro cerrado) del *Código Civil* fundado en la propiedad privada y la libertad de contratación, que Mitre había encomendado a Dalmacio Vélez Sársfield ⁵; f) la *colonización*, g) el fomento de la *inmigración* y h) una fuerte referencia a los “*paises centrales*”.

Quizás los dos pilares más representativos de la obra presidencial del gran sanjuanino sean el fomento de la *educación* y el desarrollo de las *comunicaciones* ferroviarias y telegráficas. La educación fue concebida como un imprescindible instrumento de asignación de *oportunidades e inclusión* ⁶.

⁵ Se puede ampliar en nuestro trabajo "Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sársfield (Bases para su "análisis cultural")", en "Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 327 y ss.

⁶ Sobre Sarmiento y sus ideas de educación e inclusión es posible v. por ej. SARMIENTO, Domingo F., "Educación Popular", presentación Juan Carlos Tedesco e Ivana Zacarías, La Plata, Unipe, 2011, http://www.clacso.org.ar/libreria_cm/archivos/pdf_346.pdf, 27-7-2015; http://www.educ.ar/dinamico/UnidadHtml__get__0d4dc3a4-7a08-11e1-82c7-ed15e3c494af/index.html, 27-7-2015.

En relación con los debates sobre el período cabe c. HALPERÍN DONGHI, Tulio (comp. y prólogo), "Proyecto y construcción de una nación (Argentina 1846-1880)", Caracas, Biblioteca Ayacucho, es posible c. partes en https://books.google.com.ar/books?id=uu2J6FWFr0MC&pg=PR91&lpg=PR91&dq=sarmiento+cien+chivilcoy&source=Bl&ots=NI6Vs7jtr&sig=Ww63obX-vlN_3wU9BeZq3omN64k&hl=es&sa=X&ved=0CEsQ6AEwB2oVChMIuKrtlN6cxwIVjCGQCh19NAhg#v=onepage&q=sarmiento%20cien%20chi

Su interés educativo estuvo sobre todo a nivel primario, con el correspondiente apoyo en la formación de maestros, pero también continuó la fundación de colegios secundarios “nacionales” iniciada por su antecesor Bartolomé Mitre. Durante la presidencia de Sarmiento se fundaron la célebre Escuela Normal de Paraná y, entre los colegios secundarios, el Colegio Nacional N° 1 de Rosario. Se puso destacado énfasis en la educación de la *mujer* y de niños con *capacidades especiales* y también se encaró la educación *militar*. Asimismo el gobierno se ocupó de la enseñanza de la arboricultura y la agronomía; se promovieron las bibliotecas populares; se fundaron la Academia de Ciencias y el Observatorio Nacional de Córdoba; se comenzó el dictado de la carrera de ingeniería en la Universidad de Córdoba; se organizó una Exposición de Artes y Productos Nacionales realizada en la misma ciudad ⁷ y se sentaron las bases de la que sería la Escuela de Ingenieros de San Juan. En concordancia con sus ideas educativas, Sarmiento trajo numerosas maestras norteamericanas. Hoy resulta todavía sorprendente que en ese momento el Presidente pensara en la vinculación *ferroviaria interoceánica* con el Pacífico ⁸. También se continuó la promoción de las redes de servicios sanitarios ⁹.

La estrategia de *recepción* del modelo codificador francés y en general de la cultura anglofrancesa y norteamericana se apoyó en el debilitamiento

vilcoy&f=false, 23-7-2015, <http://hechohistorico.com.ar/Biblioteca/Biblioteca%20del%20Pensamiento%20Argentino%20-%20Documentos/Tomo%20II%20-%20Halperin%20Donghi%20-%20Proyecto%20y%20construccion%20de%20una%20nacion%20%281846-1880%29.pdf>, 23-7-2015, https://books.google.com.ar/books?id=uu2J6FWFr0MC&pg=PR7&lpg=PR7&dq=tulio+halper%C3%ADn+donghi+proyecto+y+construcci%C3%B3n+biblioteca+ayacucho&source=bl&ots=NNI6Vs8gxo&sig=3iETQF_m18c8w3plKdO6LNkTBVQ&hl=es&sa=X&ved=0CCsQ6AEwAmoVChMIr9qC9OCcxwIVQ36QCh2B9g-O#v=onepage&q=tulio%20halper%C3%ADn%20donghi%20proyecto%20y%20construcci%C3%B3n%20biblioteca%20ayacucho&f=false, 23-7-2015.

⁷ DELGADO, Edmundo Jorge, “Gran exposición de 1871”, en “Diario de Cuyo”, 12/09/2013, http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=589993, 21-7-2015.

⁸ Durante la presidencia de Sarmiento la red ferroviaria pasó de 573 kilómetros en 1868 a 1331 en 1874, se construyeron puertos y se tendieron 5000 kms. de líneas telegráficas, incluso la comunicación con Europa.

⁹ Es posible v. Agua y Saneamientos argentinos, Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Agua_y_Saneamientos_Argentinos, 28-7-2015.

de las resistencias del organismo jurídico argentino receptor mediante las sanciones y la educación ¹⁰.

3. Las *ideas básicas* de la obra de Sarmiento, que al fin contribuían a la realización del proyecto constitucional de su adversario Juan Bautista Alberdi, están en su libro *“Facundo ó Civilización y barbarie en las pampas argentinas”*, de 1845 ¹¹. Los objetivos respondían al enfrentamiento de los sectores *anglofrancés* con afinidad norteamericana ¹², al que pertenecía Sarmiento, e *hispánico tradicional*, al que correspondía el gaucho. La participación “a distancia” del sanjuanino en la *“Generación del 37”*, la influencia *sansimoniana*, la posterior proyección *positivista*, la pertenencia *masónica* y el deseo de *modernizar* al país eran notables. En 1872, el año siguiente del comienzo de la aplicación del Código Civil velezano (sancionado en 1869)

¹⁰ Se puede ampliar en nuestros trabajos “Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., 29, págs. 49 y ss.; “Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8 (año 1979), págs. 73 ss.; “Originalidad y recepción en el derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 9, 1987, págs. 33 ss.; “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 2001, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1091/995>, 27-7-2015.

¹¹ SARMIENTO, Domingo Faustino, “Facundo ó civilización i barbarie en las pampas argentinas”. 4ª ed., París, Hachette, 1874, Proyecto Sarmiento, <http://proyectosarmiento.com.ar/trabajos.pdf/facundo.pdf>, 26-7-2015, también Proyecto Biblioteca Digital Argentina, http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo/facundo_01advertencia.htm, 25-7-2015. Se puede ampliar en nuestros trabajos “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación de las Investigaciones Jurídicas, 1984; “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs. 101 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1356/1546>, 25-7-2015; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, esp. págs. 163 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1360/1554>, 24-7-2015.

¹² Cabe c. por ej. “Discurso de Domingo Faustino Sarmiento en Chivilcoy, provincia de Buenos Aires, al ser elegido presidente de la República en 1868”, Biblioteca Escolar de Documentos Digitales, http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/III_16.pdf, 10-7-2015; Horace Mann (1796-1859), Fundación Sarmiento-Mann, <http://www.sarmiento-mann.org/biografia-mann-es.html>, 23-7-2015.

apareció en la primera parte de “Martín Fierro” el “llanto” del gaucho cuya cultura se procuraba extinguir ¹³.

Vélez Sársfield había sido profesor universitario de Economía ¹⁴. El corazón del proyecto jurídico sarmiento-velezano plasmado en el técnicamente excelente Código Civil procuraba desarrollar un país capitalista que, en las ideas del sanjuanino, incluía un importante desenvolvimiento agrario ¹⁵. Se estableció un número fijo y reducido de derechos reales y una amplia libertad contractual a fin de lograr una economía dinámica. Ya regía en el país el Código de Comercio de 1862, tomado de la provincia de Buenos Aires y redactado por Eduardo Acevedo y el propio Vélez Sársfield. Quizás para no entrar en conflicto con la poderosa Iglesia Católica (que había causado graves problemas al gobernador santafecino Nicasio Oroño) o tal vez por ideas propias del Codificador el matrimonio entre católicos fue dejado a las reglas del Derecho Canónico ¹⁶.

Mitre, Sarmiento y Vélez tuvieron dificultad en apreciar la *estructura federal* que requería, como surgía del texto de la Constitución, la compleja estructura del país. El dictado de un Código Civil para todo el país era a nuestro parecer una muestra de que no se reconocía de manera suficiente la complejidad de la Argentina.

4. Mediante la estrategia sarmientina se acentuaría al fin el predominio del *puerto de Buenos Aires*, aunque cabe recordar que más que el puerto parece haberle interesado en su momento la desembocadura de la *Cuenca del Plata*, como lo evidenció, por ejemplo, en su significativo planteo geopolítico de “Argirópolis” (de 1850) ¹⁷. La política internacional de

¹³ Se pueden v. HERNÁNDEZ, José (1834-1886), “El gaucho Martín Fierro” (y “La vuelta de Martín Fierro”), versión modernizada, en Proyecto Biblioteca Digital Argentina, http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/gauchesca/ferro/ferro_000indice.html, 23-7-2015; también nuestra “Comprensión jusfilosófica...” cit.

¹⁴ Designado en 1824 en la Universidad de Buenos Aires.

¹⁵ Diverso del desenvolvimiento ganadero que predominó con el proyecto roquista.

¹⁶ art. 167 Código Civil completo con las notas del codificador Vélez Sársfield, <http://www.consejosdederecho.com.ar/codigocivilanotado.htm>, 26-7-2015).

¹⁷ Considerado a veces una muestra de “utopía urbana”. Es posible v. por ej. THENON, Eduardo PhD, “Argirópolis: un distrito federal en el estuario del Plata”, <http://eduardothenon.blogspot.com.ar/2008/06/argirpolis.html>, 24-7-2015.

Sarmiento procurando no aprovecharse de la debilidad del Paraguay vencido (*“La victoria no da derechos”*) no tuvo éxito por la prepotencia brasileña.

III. Desarrollo trialista

5. En cuanto al despliegue de la *teoría trialista del mundo jurídico*¹⁸, en la *dimensión sociológica* la estrategia de la presidencia de Sarmiento fue un gigantesco esfuerzo de *conducción* para aprovechar y reencauzar las distribuciones de la naturaleza y las influencias humanas difusas, procurando además que a través de la autoridad y la planificación gubernamental se abrieran cauces al trabajo y a la autonomía del comercio. Simplificando la exposición cabe decir que sobre todo procuró dominar los límites de la naturaleza mediante las comunicaciones y cambiar las bases de influencias humanas difusas a través de la educación.

En relación con la *dimensión normológica*, la tarea presidencial sarmientina puede referirse de modo muy destacado a la gran obra del *Código Civil*¹⁹.

En el ámbito de la *dimensión dikelógica*, Sarmiento comprendió e implementó sobre todo la necesidad de integrar la justicia con la realización de la *utilidad*. Se puso énfasis en el fraccionamiento de las relaciones con el

¹⁸ Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987 y CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>, 20-7-2015; asimismo Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 27-7-2015 y Libros de Integrativismo Trialista, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 27-5-2015.

¹⁹ En cuanto a la relación entre el Código y la Constitución hubo diferencias de criterio entre Alberdi y Vélez (v. por ej. SOLA, Juan Vicente, “La constitución como programa de gobierno”, <http://www.bn.gov.ar/abanico/B13-03/pdf/Juan%20Vicente%20Sola%20-%20La%20Constitucion%20como....pdf>, 21-7-2015). Cabe ampliar en nuestro trabajo “Despliegues tácticos de Teoría General del Derecho de la Constitución de 1853 y su reforma de 1860 y de los Códigos Civiles de 1869 y 2014”, en “Investigación...” cit., 49, págs. 107 y ss.

sector hispánico tradicional, tratando de asegurar así al sector anglofrancés y en el recorte del pasado procurando asegurar al porvenir. Se dedicaron muchos esfuerzos a brindar a los individuos protección a través de posibilidades de progreso, incluso a costa de adoptar una actitud tal vez demasiado enérgica con los opositores.

En cuanto a las *especificidades* materiales, la estrategia sarmientina puso énfasis en las partes del Derecho Constitucional más relacionadas con el *Derecho Privado* y la condición de los extranjeros, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. Se aplicaba un régimen penal relativamente primitivo a la dominación de los marginales. En lo espacial, continuó la tendencia a la expansión con miras a la ocupación real de todo el territorio considerado argentino y al relacionamiento con los espacios “centrales”. En lo temporal se destaca el comienzo de la aplicación del Código Civil, luego de más de un año de vacancia. En lo personal, son muy diversos los perfiles jurídicos de los sectores dominantes y dominados. La dominación se produjo con mecanismos muy poderosos de asimilación pacífica o violenta. Los gauchos estuvieron en gran medida fuera del “nosotros”, se los consideró “ellos”.

IV. Conclusión

6. El objetivo renovador e integrador de la estrategia de Sarmiento tuvo niveles de *éxito diversificados*. Aunque dejó una importante *deuda pública* motivada en medida considerable por la Guerra, el compromiso fue superado en la presidencia de su sucesor y en mucho continuador, el también excelente presidente Nicolás Avellaneda (en su momento ministro de Sarmiento). El propósito de difundir la *educación pública* continuó realizándose durante un tiempo muy considerable²⁰ y en concordancia con las ideas del sanjuanino en 1884 se dictó para las escuelas nacionales la ley 1420, de enseñanza laica, común, gratuita y obligatoria. El país se destacó por sus índices de alfabetización, pero en tiempos relativamente recientes el

²⁰ Se refiere que durante la presidencia de Sarmiento, y con apoyo nacional, las provincias fundaron unas 800 escuelas de primeras letras, alcanzando a un total de 1816 escuelas, de las cuales el 27% eran privadas; la población escolar se elevó de 30 000 a 110 000 alumnos (Wikipedia, cit.).

nivel de la educación argentina ha tenido ciertos retrocesos ²¹. Las *comunicaciones* tuvieron gran desarrollo. No sin motivo, al nacionalizarse los ferrocarriles durante la presidencia de Juan Domingo Perón se puso a uno de sus ramales, que iba al Oeste, el nombre del presidente Sarmiento ²². El desenvolvimiento de las comunicaciones, que al fin se concentró en Buenos Aires con un equilibrio discutible del desarrollo del país, fue radicalmente modificado con el levantamiento de una decisiva cantidad de vías férreas durante la presidencia de Carlos Saúl Menem. Durante los primeros tiempos posteriores a la presidencia de Sarmiento el país con fuerte desarrollo agrario tuvo cierta demora en constituirse. Por el contrario, avanzó más la Argentina ganadera. Quizás pueda afirmarse, sin embargo, que la Argentina agrícola tuvo más realización que la formación de la burguesía nacional. Hoy la vigencia del Código Civil velezano ha concluido.

²¹ En muy justiciero reconocimiento, en 1943, a 55 años de su fallecimiento, la Conferencia Interamericana de Educación (integrada por educadores de toda América) se reunió en Panamá y estableció el 11 de septiembre como Día del Maestro: Ninguna fecha es más oportuna para celebrar el día del maestro que el 11 de septiembre, día en que pasó a la inmortalidad Domingo Faustino Sarmiento. Por tanto se declara día del maestro en todo el continente americano el 11 de septiembre. (Ministerio de Educación cit., <http://www.me.gov.ar/efeme/sarmiento/index.html>, 19-7-2015).

²² Ferrocarril Domingo Faustino Sarmiento, https://es.wikipedia.org/wiki/Ferrocarril_Domingo_Faustino_Sarmiento, 20-7-2015.

PRESIDENCIAS DE HIPÓLITO YRIGOYEN, ANÁLISIS DEL DESPLIEGUE DE SU ESTRATEGIA JURÍDICA DESDE UNA PERSPECTIVA TRIALISTA

DAMIÁN MARCELO DELLAQUEVA ^(*)

Resumen: Se considera el despliegue estratégico de Hipólito Yrigoyen en sus dos períodos presidenciales analizándolas desde las categorías trialistas y con los estándares e índices de medición política actuales. Además se toman en cuenta el contexto actual y la proyección histórica con las vicisitudes sufridas por las Presidencias sucesivas en los siguientes cien años.

Palabras clave: Yrigoyen. Estrategia. Trialismo.

Abstract: We consider the strategic deployments of Hipólito Yrigoyen's presidential terms. We analyze them using the trialistic categories, and the standards and measuring indices of current policy. We also take into account the current context and the historical projection with the vicissitudes suffered by the successive presidencies of the past century.

Keywords: Yrigoyen. Strategy. Trialism.

1. Es relevante observar el camino que abre Hipólito Yrigoyen a la participación democrática de los inmigrantes europeos en el sistema político. En ellos se apoyó para su ascenso al poder y sostenerse. Hasta ese momento, había una carencia sociológica que era alentada por las élites conservadoras, que frenaban la movilización. La nueva sociedad civil de descendientes de inmigrantes que participa en política es, a su vez, un sector volátil, debido entre otras razones a su falta de integración a la matriz productiva y sujeto a los vaivenes económicos internos y la finalidad objetiva internacional.

^(*) Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR. (e-mail: ddellaqueva@gmail.com).

Este factor, es decir, una sociedad civil no integrada al sistema productivo, es una carencia que se arrastra desde la economía en tiempos de la Colonia, entre otras causas debido a un modelo de autoconsumo y luego agroexportador sin sustitución de exportaciones y sin densidad tecnológica nacional, como incluso se percibe en la actualidad.

Esta sintomatología se repite en la actualidad. Para confrontar con los resortes conservadores del poder los gobiernos de signo nacional y popular deben sostenerse en una base social amplia, la cual en Argentina es muy volátil, cambiante y no integrada al sistema productivo.

Hipólito Yrigoyen encontró límites políticos, con un Parlamento regido por la oposición conservadora e intentó superar en alguna medida dicho obstáculo, apelando a estrategias de intervención, sean en el despliegue espacial con intervenciones a las provincias, sea en lo personal con la aplicación de la ley de residencia, sea en el despliegue material con la intervención a la Universidad para el logro de la autarquía, en la reforma universitaria de 1918.

2. Los obstáculos que enfrentó Yrigoyen fueron similares a los que encontraron Juan Perón y Ricardo Alfonsín: enfrentarse a resortes de poder conservadores con la búsqueda de un apoyo de base popular, los que se diluyeron en alguna medida por causas económicas, quitándoles su base de sustentación y produciéndoles sus declive.

Tal vez, una de las estrategias yrigoyenistas haya sido la inclusión del inmigrante europeo al sistema político, así, del mismo modo que el General Juan D. Perón incorporó al migrante del interior hispanocriollo, para dar apoyatura y acceso al poder con reformas normativas del régimen del statu quo, así desde esa táctica y por vía pacífica intentaron doblegar la resistencia del poder de las élites conservadoras.

La estrategia tiene que ver especialmente con los planes y los medios para alcanzar propósitos y objetivos. Es relevante tener propósitos a corto, mediano y largo plazo. Los primeros suelen ser más fáciles de realizar que los últimos. La noción trialista de plan de gobierno posee aquí especial significación. La solución estratégica requiere que en alguna medida se construya un tejido social que la soporte y la lleve al éxito ¹.

¹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La estrategia jurídica. Una deuda del Derecho

Yrigoyen apuntó a lo que Aldo Ferrer llama la formación de una “densidad nacional”, para contrarrestar la fuerza de la finalidad objetiva internacional, manifestada por los acontecimientos de crisis económica del 29, la primera guerra mundial y el llamado segundo orden internacional.

Promovió un proceso embrionario de sustitución de importaciones y una ampliación de la legislación social que también fue obstaculizada en el Congreso por las fuerzas opositoras. Tal vez Yrigoyen no logró sus objetivos en lo inmediato, pero sí estableció un hito cultural, cuyos beneficios pueden ser percibidos en la actualidad, y fueron retomados por los siguientes líderes de distinto signo político, lo cual generó influencias humanas difusas que compensaron las densas estructuras conservadoras en diversas ramas jurídicas.

Para algunos autores, la designación del General Luis J. Dellepiane, como interventor del Ejército, para controlar los hechos de semana trágica, denota las razones de Yrigoyen de solo intervenir para salvar el orden social, solo ante el riesgo del colapso de su gobierno.

Tal vez, Yrigoyen se encontró en el mismo dilema de Creonte en el mito de Antígona. Quizás este hecho, y el de la Patagonia, sean los que más requerían de un despliegue estratégico para lidiar entre los resortes del poder de una fuerza de seguridad con inercia conservadora y con patrones y obreros, a los que se le sumaron grupos anárquicos antisistema. Una de las categorías trialistas a considerar en este acontecimiento es la audiencia para con los sindicatos en la resolución del conflicto; hoy nos parecería normal, pero para la época, esa forma, era una evolución.

También el Presidente Raúl Alfonsín tuvo que lidiar entre levantamientos militares con resortes del poder aún ocupados por sectores no afines a su proyecto y su único sostenimiento fue la base ciudadana, afectada también por los vaivenes económicos en parte.

3. Pareciera que las Presidencias de Irigoyen se movieron sobre esquemas que se reiteraron en los cien años subsiguientes y con agentes y elementos similares, con el juego de medios de comunicaciones afines a ciertos sectores, poderes económicos externos, sindicatos, militares, falta de integración social, síntomas similares a los actuales que no logran ser contenidos con políticas públicas.

actual”, en “Investigación y Docencia”, N° 46, pág. 59.

Apuntar a la cultura es promover la libertad, pero modificar la economía y el sistema político, requiere poder para modificarlos, lo cual requiere un gran despliegue en el tiempo para realizarlo, si se pretende hacerlo desde la evolución de la participación democrática y pacífica, la que pareciera, es la estrategia de los gobiernos llamados nacionales y populares.

Las políticas de “shock” económico fracasan cuando no tienen un sustento en la cultura, en una matriz productiva integrada a la sociedad civil y el sistema político. La democracia participativa procura agregar sendero de legitimidad formal a la participación democrática tradicional ².

Entre las mayores dificultades que encuentra este tipo de gobiernos “fundacionales” es precisamente la carencia de una participación democrática tradicional, debido entre otras causas, a la falta de integración de la sociedad civil al modelo económico y la falta de contención del crecimiento demográfico de los sectores excluidos de la producción que son precisamente los excluidos del sistema productivo. Eso fue abriendo la brecha y el abismo social que incluso sucede y subsiste en la actualidad, erigiéndose como uno de los mayores límites sociales para el éxito de cualquier política pública, que no logra encontrar adherencia en el territorio. Así la sociedad se polariza y deberían haber más clases sociales sin tanta diferencia entre las pocas polarizadas. Estos gobiernos deben dar inicio a la participación democrática de las clases más excluidas y es una de las tácticas que se propuso Yrigoyen.

La sujeción e inercia del modelo de autoconsumo colonial, el modelo agroexportador, imposibilita el desarrollo de una industrialización con los efectos de integración de la tecnología, lo que produce la exclusión del sistema de una amplia base social, reiterándose los reclamos extra-sistema que pretenden legitimar la forma por la justicia del objeto del reclamo. La justicia invocada en el objeto de la participación en el corte de calles suele ser dirigida en contra de la justicia de la participación en la forma ³.

Yrigoyen enfrentó al “régimen”, alianza del capital extranjero con terratenientes, con reformas o controles desde distintas ramas jurídicas, incluso con decretos ministeriales, por ejemplo, para la gestión del petróleo, los ferrocarriles, la legislación social y del trabajo, pero todas estas pre-

² CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Comprensión integrativista tridimensionalista de la participación en la democracia”, en “Investigación...” cit., N° 45, pág. 132.

³ Id., pág. 132.

tendidas reformas fueron obstaculizadas y limitadas por un poder legislativo opositor y conservador.

El objetivo que se proponía Yrigoyen era alcanzar los más justos y legítimas aspiraciones del pueblo argentino y reintegrar la nacionalidad sobre sus bases fundamentales. No se pretende juzgar su objetivo, porque ello es ideológico, es una preferencia del Repartidor, pero sí, si optó por los caminos más apropiados para alcanzarlo, que eso sí es la estrategia. Para ello y para ser justos debemos tener presente qué recursos y medios disponía en el contexto para realizarlos y qué recursos innovó para hacerlo.

En su camino de ascenso al poder, Yrigoyen se resistió a las tentaciones de alianzas con el oficialismo, con el fin de no claudicar en sus principios y de algún modo, como en la acción comunicativa y el pactismo consensuado, alimentado por la moral de los adherentes, logró establecer un Derecho que instrumentalizó su política emancipadora.

Tal vez, sentó o contribuyó a sentar las bases culturales, sin proponérselo, que abrieron el camino a los Presidentes que le sucedieron y de alguna manera transitaron su mismo camino estratégico.

La pregunta es, si hay otros caminos alternativos y si los, hay cuales son, y si ya fueron ensayados o quedan aún por realizar. Estas preguntas exceden el objeto del análisis de la estrategia jurídica de Yrigoyen, pero en parte podrían ser respondidas por el análisis de las estrategias de los Presidentes que le sucedieron ⁴.

⁴ Es posible c. asimismo por ej.: LUNA, Félix, "Irigoyen", 2ª ed., Bs. As., Belgrano, 1982; GÁLVEZ, Manuel, "Vida de Hipólito Irigoyen – el hombre del misterio", 3ª ed., Bs. As., Tor, 1945; FERRER, Aldo, con colaboración de Marcelo ROUGIER, "La economía Argentina. Desde sus orígenes hasta principios del siglo XXI", 4ª ed., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2008; GODIO, Julio, "La semana trágica de enero de 1919" 2ª ed., Bs. As., Gránica, 1973; QUINTANA, Eduardo Martín, "Política, Moral y Derecho en Jürgen Habermas", Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2008.

CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTRATEGIA JURÍDICA Y POLÍTICA EN LOS GOBIERNOS DE JUAN D. PERÓN

MARIANO G. MORELLI ^(*)

Resumen: Los gobiernos de Juan Domingo Perón representan tema ineludible en la historia política y jurídica argentina, y también sumamente fecundo para su análisis con algunas de las categorías de la estrategia y la teoría política y jurídica trialista. Las mismas permiten intentar identificar en ellos las fortalezas, debilidades, amenazas y oportunidades; la relación entre tácticas y estrategias; los sectores beneficiados y gravados; la estructura del régimen; las realizaciones en materia de fuentes jurídicas formales; las razones alegadas y los móviles de las acciones; los valores acentuados y los marginados y las legitimaciones privilegiadas. La utilización de dichas categorías contribuye a la comprensión y análisis, de manera sintética, de la doctrina y la acción política encarnadas en los gobiernos de Perón.

Palabras clave: Estrategia. Juan Domingo Perón. Trialismo.

Abstract: The governments of Juan Domingo Peron represent unavoidable issue in the political and legal history of Argentina, and also very fruitful for analysis with some of the categories of strategy and trialist political and legal theory. They allow to try to identify the strengths, weaknesses, threats and opportunities; the relationship between tactics and strategies; the beneficiaries and taxed sectors; the structure of the scheme; achievements in the field of formal legal sources; the reasons given and the real motives; accented and marginalized values and the privileged legitimation. The use of such categories contributes to the understanding and analysis, synthetically, of the doctrine and political action embodied in the governments of Peron.

Keywords: Strategy. Juan Domingo Perón. Trialism.

^(*) Profesor de la Universidad Nacional de Rosario (e-mail: marianomorelli@gmail.com).

Los gobiernos de Juan Domingo Perón representan tema ineludible en la historia política y jurídica argentina.

Resulta complejo sintetizar ideas sobre estrategias¹ del peronismo² por haberse tratado de un fenómeno que perduró durante tres décadas y que implicó tres o cinco presidencias, según sea que consideramos sólo las de Juan Domingo Perón o también las de su predecesor y su esposa.

El peronismo se ha definido a sí mismo como un movimiento³, que si bien se inspira en algunas ideas, estas han sido materia de construcción a lo largo del tiempo. De allí que muchas veces es difícil distinguir las cuestiones de estrategia y de táctica, cómo también en qué medida el poder ha ocupado el lugar de valor relativo o se transformó en un valor en sí mismo a conquistar. Entre sus objetivos declarados (razones alegadas) y en gran medida

¹ Sobre estrategia pueden consultarse los clásicos de von CLAUSEWITZ, Carl Philipp Gottlieb, "De la Guerra" o de SUN TZU "El arte de la guerra", con incontable cantidad de ediciones, y referida al ámbito jurídico CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estrategia Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2011. Entre 1951 y 1953 el mismo Juan Domingo Perón escribió artículos sobre estrategia en el diario "Democracia" de Buenos Aires, bajo el pseudónimo Descartes, reunidos en 1953 en un libro.

² El peronismo tanto en su expresión ideológica como en sus realizaciones políticas resulta sumamente polémico. Los aciertos que más generalizadamente se le reconocen tienen que ver con el apoyo popular masivo, las políticas favorables a los sectores obreros y marginados, la industrialización, el distanciamiento simultáneo del marxismo y el capitalismo liberal y la defensa de la soberanía política y económica; sus críticos le imputan principalmente el autoritarismo hegemónico, la corrupción y la dilapidación demagógica e insustentable de los recursos públicos. Ahora bien, en la bibliografía sobre el tema encontramos un menú amplísimo en cuanto a la medida en que los aciertos o desaciertos son reconocidos o no y sobre o infravalorados. Entre las fuentes podemos mencionar obras del mismo Juan Domingo Perón como "La comunidad organizada", "Doctrina peronista", "Conducción Política", "Los vendepatria", o "Modelo Argentino para el Proyecto Nacional". Entre la bibliografía de análisis podemos destacar, como representativos de los más críticos, LUNA, Félix: "Perón y su tiempo", Buenos Aires, 1984, Editorial Sudamericana o GAMBINI, Hugo: "Historia del peronismo", Buenos Aires, 1999, Editorial Planeta Argentina S.A. Y entre los defensores del movimiento, CHÁVEZ, Fermín, "Perón y el justicialismo", Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1984 y el tomo XIV de la "Historia argentina" de José María Rosa, "Tomo 14: El justicialismo", Buenos Aires, Oriente, 1993.

³ "El peronista trabaja para el MOVIMIENTO. El que en su nombre sirve a un círculo, o a un caudillo; lo es sólo de nombre" indica la tercera de las Veinte verdades peronistas, proclamadas por Juan Domingo Perón el 17 de octubre de 1950.

motivaciones de sus políticas (móviles) de su estrategias encontramos la trilogía que lo caracteriza como una tercera posición⁴, diferente tanto del comunismo como del capitalismo liberal (“ni yanquis ni marxistas” cantaba el movimiento obrero peronista), la Libertad Económica (en sentido de independencia de intereses económicos externos o corporativos internos), la Soberanía Política, y la Justicia Social (con especial acento en la participación del salario en el Producto Bruto Interno)⁵.

A lo largo de su desarrollo sufrieron modificaciones las FODA⁶ que incidieron en el movimiento. La fortaleza de la unidad obrera inicial se vio afectado por las disputas entre los sectores sindicales y las organizaciones juveniles y armadas, que tuvo como más claras manifestaciones el asesinato del sindicalista peronista José Ignacio Rucci el 25 de setiembre de 1973 por parte de Montoneros, las disputas armadas por el dominio del palco principal en el regreso de Perón (“Masacre de Ezeiza”) y la división de ambos sectores en la plaza de Mayo en el acto del día del Trabajador del 1 de Mayo 1975⁷.

⁴ “Parecería inferirse así que la solución sería terminar con el comunismo en nuestros países. Si no somos capaces de ello no habría otra solución que enfrentar la guerra. Es indudable que para la primera solución -terminar con el comunismo en nuestros países- hay que considerar que, siendo el comunismo una doctrina, sólo puede ser vencida por otra doctrina mejor. El capitalismo se ha mostrado insensible a las justas reclamaciones de los pueblos e incapaz de comprender la evolución; por eso ha sido superado por el comunismo. El es el culpable de la penetración comunista. Nuestro justicialismo ha demostrado ser una solución, superando al capitalismo y al comunismo y, sin embargo, ha sido y es combatido por ambos en un contubernio inexplicable” (PERÓN Juan Domingo, bajo el pseudónimo Descartes, “Estrategia”, publicado en diario Democracia, Buenos Aires, 8 de febrero de 1951).

⁵ Polémica pero muy franca fue la introducción de dichos principios partidarios en el Preámbulo de la Constitución de 1949: “la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”.

⁶ Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas, metodología de análisis difundida cuyo origen está discutido pero parece remitirse a las investigaciones de Albert S. Humphrey del Instituto de Investigaciones de Stanford.

⁷ Los cronistas de la época dan cuenta de los cánticos con que se enfrentaban los sectores. “Si Evita viviera sería montonera”, “Qué pasa, qué pasa general, está lleno de gorilas el gobierno popular”, “Perón, Evita, la patria socialista”, “Rucci, traidor, saludos a Vandor”, “Se va a acabar, se va a acabar, la burocracia sindical”, cantaban los integrantes de Montoneros. “Ni yankis ni marxistas, peronistas”, “No somos yankis, no somos socialistas, somos obreros, obreros peronistas”, “Rucci, leal, te vamos a vengar”, “Vea veavea,

El masivo apoyo obrero constituyó una fortaleza que se mantuvo siempre incólume. La debilidad de la vinculación con el nazismo⁸, objeto de las acusaciones del Embajador Braden, se fue disolviendo con el tiempo a medida que se advirtió la existencia de una doctrina propia solo forzosamente emparentable con la nazi. El fallecimiento de Evita, que realizaba una importante obra de contacto con las clases más necesitadas, supuso un incremento de las debilidades del movimiento. Las oportunidades que brindaba la situación de la posguerra, con un mundo necesitado de alimento y un estado equilibrado y con reservas, se fueron perdiendo a medida que se produjo la distribución de dichos recursos y se deterioraron los términos de intercambio internacional, llevando incluso al fracaso del segundo plan quinquenal. Las principales amenazas provenían de las actividades de la oposición, aunque sin suficiente poder hasta que obtuvieron el apoyo de las Fuerzas Armadas para el derrocamiento, cuando además con la oposición a la Iglesia la transformó en una amenaza. Otra amenaza relevante la constituyó las acusaciones sobre corrupción generalizada en el gobierno. Resulta interesante advertir la presencia dentro del movimiento de sectores de izquierda radicalizada que optaron por la lucha armada incluso durante la existencia de gobiernos democráticos y del mismo Perón, para determinar por un lado si resultaron positivas o negativas, y si deben ser consideradas internas o externas: sólo después de tales definiciones podríamos plantearla como fortalezas, oportunidades, debilidades o amenazas; porque recordemos que el mismo Perón al final no los consideró como parte de los suyos⁹.

Podemos identificar además estrategias de fortalecimiento, de relacionamiento y de enfrentamiento, aunque durante la mayor parte de los gobiernos prevalecieron la primera y la última. La principal estrategia de fortalecimiento tuvo lugar en el trabajo para alinear al sindicalismo, lo que se advierte con la sustitución de la ideología anarquista y socialista que había

qué cosa más bonita, Rucci dio la vida por la patria peronista”, “Perón, Evita, la patria peronista”, respondían los sectores sindicales.

⁸ “Batir al nazi-peronismo para abrir una era de Libertad y Progreso” titula su libro el socialista Victorio Codovilla (Buenos Aires, editorial Anteo, 1946), análogo a “Técnica de una traición. Juan D. Perón y Eva Duarte agentes del nazismo en la Argentina” del diputado radical Silvano Santander (Buenos Aires, Edición Argentina, 1955).

⁹ “Estos infiltrados que trabajan desde adentro, y que traidoramente son más peligrosos que los que trabajan desde afuera”, dijo Perón a Montoneros en su discurso del 1 de mayo de 1974.

inspirado inicialmente al mismo, y de sus portavoces gremiales, por otra inspirada en los valores social cristianos, manifestada claramente con la supresión de la lucha de clases del estatuto de la Confederación General de Trabajadores (C.G.T.)¹⁰. El enfrentamiento fue reconociendo diversos “enemigos”, el imperialismo yanqui en la primera presidencia de Juan Domingo Perón, al que se sumó a los partidos opositores y los sectores tildados de ser funcionales al interés extranjero, e incluso a la Iglesia durante los últimos años de la segunda presidencia; para cambiar de sentido en la tercera presidencia en la que cobró gradualmente fuerza el ataque contra sectores revolucionarios internos del propio peronismo hasta expulsarlos del mismo movimiento¹¹.

El movimiento reúne fuertes elementos de conducción y de espontaneidad. Los elementos de conducción se advierten como plan de gobierno en marcha en el fuerte liderazgo de Juan Domingo Perón, lo que se refleja por ejemplo en los planes quinquenales y en el sistema de Asociaciones Sindicales donde una única organización recibe personería gremial. Los elementos de espontaneidad aparecieron en la manifestación obrera del 17 de octubre y se advierten también en la forma en que se mantuvo el movimiento,

¹⁰ La cosmovisión antidualéctica, de armonía y no de lucha de clases, afín al Fascismo y a la Doctrina Social Cristiana y opuesta al marxismo, aparece en la 11ª de las Verdades Peronistas cuando manifiesta “El peronismo anhela la unidad nacional y no la lucha. Desea héroes pero no mártires”.

¹¹ Después del asalto por parte de militantes del Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) del Regimiento de Azul el 19 de enero de 1974, Perón denuncia la culpabilidad de autoridades provinciales por la impunidad para con los guerrilleros, y manifiesta su voluntad de “poner coto a la acción disolvente y criminal que atenta contra la existencia misma de la patria”; “aniquilar cuanto antes este terrorismo criminal es una tarea que compete a todos los que anhelamos una patria justa, libre y soberana, lo que nos obliga perentoriamente a movilizarnos en su defensa y empeñarnos decididamente en la lucha”, hasta “que el reducido número de psicópatas que van quedando sea exterminado uno a uno para el bien de la República”. Y mucho más claramente contra los montoneros se expresa el 1 de mayo de 1974, en su discurso en la plaza de Mayo, al decir “No me equivoqué (...) en la calidad de la organización sindical, que se mantuvo a través de veinte años, pese a estos estúpidos que gritan... Organización que ve caer sus dirigentes sin que haya sonado todavía el escarmiento”, “Hoy resulta que algunos imberbes pretenden tener más méritos que los que lucharon durante veinte años.”, “Estos infiltrados que trabajan desde adentro, y que traidoramente son más peligrosos que los que trabajan desde afuera.”.

con alguna coordinación de Perón desde el extranjero, en las organizaciones sindicales y en las agrupaciones juveniles, muchas veces en conflicto entre sí. Desde el gobierno predominó el personalismo intervencionista con riesgos de totalitarismo¹² y hegemonía¹³ autoritaria. La enseñanza religiosa obligatoria en las escuelas oficiales, o las detenciones sufridas por el dirigente radical Ricardo Balbín, pueden ser muestras de ello. Podemos decir que se privilegió la protección contra lo demás, contra los otros (en particular de la explotación capitalista), contra sí mismo incluso (la figura estatal asumió políticas cuestionadas por el liberalismo como paternalistas); y se marginó la protección frente al Régimen (de hecho, por ejemplo, la división de poderes resultó más formal que real, lo que se advertía entre otras cosas cuando Juan Domingo Perón exigía la renuncia de legisladores e incluso gobernadores provinciales vinculados a las organizaciones armadas de base peronista)¹⁴.

Resultaron indudablemente sectores beneficiados los sectores obreros, la población económicamente vulnerable, los ancianos (a los que la Constitución de 1949 les dedica un capítulo completo, y a los que se extendieron beneficios previsionales), las mujeres (a quienes se reconoció, entre otras cosas, el derecho al voto), y la industria sobre todo liviana. También la Iglesia durante la primera y la tercera presidencia. Recipiendarios gravados resultaron el sistema financiero, agropecuario e importador. Muestra lo primero el rechazo del presidente Perón al ingreso del país al Fondo Monetario Internacional. De lo segundo, el monopolio estatal de las

¹² Aunque existen afinidades, nos parece injusto asimilar el peronismo al fascismo italiano y mucho más al nazismo. Es cierto que algunas afirmaciones del “corpus doctrinal” peronista parecen subordinar el hombre al todo, pero coexisten con otras que rescatan la centralidad de la persona. Citemos tres de ellas, que debieran ser consideradas en conjunto para no desvirtuar el postulado general: “En la acción política la escala de valores de todo peronista es la siguiente: Primero la Patria, después el Movimiento y luego los hombres”; “La política no es para nosotros un fin, sino solo el medio para el bien de la Patria, que es la felicidad de sus hijos y la grandeza nacional” y “El Justicialismo es una nueva filosofía de la vida, simple práctica, popular, profundamente cristiana y profundamente humanista.”

¹³ Sexta de las Veinte verdades peronistas ya referida puede ser un anticipo de ello: “Para un peronista no puede haber nada mejor que otro peronista”.

¹⁴ La protección del individuo frente al Régimen y al Gobierno aparece claramente marginada cuando en la 19ª de las Verdades Peronistas se declara “Constituimos un gobierno centralizado, un estado organizado y un pueblo libre”.

exportaciones agrícolas a través del Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio (I.A.P.I).

La legitimación privilegiada fue la democrática, aunque con escaso lugar para las minorías. En cuanto a los beneficiarios los merecimientos (como la pobreza) cobraron una relevancia esencial. La frase repetida en sus discursos por Eva Perón, “donde existe una necesidad, nace un derecho”, es clara demostración de ello. Objeto de reparto privilegiado resultó el trabajo, pero también la verdad con la promoción de la escolarización de los alumnos de familias vulnerables, la supresión de aranceles en las Universidades nacionales y la creación de la Universidad Obrera Nacional; y durante la primera y tercera presidencia el valor santidad con el trabajo en colaboración con la Iglesia (como la introducción de la enseñanza religiosa en las escuelas del estado, ley 12.978).

En cuanto a las fuentes formales, podemos mencionar como paradigmáticas las siguientes: La Constitución Nacional de 1949, de fuerte sentido social y estatal, habilitada por una ley sancionada con un quorum calculado de manera que resulta muy polémica entre los constitucionalistas. La nueva ley de Asociaciones Sindicales. Las rondas de negociación de Convenios Colectivos de Trabajo (de hecho, la mayor parte de los empleados, los del sector comercio y sanidad, se encuentran todavía hoy regidos por convenios colectivos negociados al final de los gobiernos peronistas). La Ley 12.921 conocida como “Estatuto del Peón de Campo” que brinda protección a los obreros rurales, que se encontraban en situación sumamente precaria frente a los propietarios de la tierra. Y la Ley 13.010 que habilitó a la mujer como sujeto activo del sufragio.

Como mencionamos, resultaron valores encarnados principalmente por el régimen el poder (hacia dentro y hacia fuera como independencia¹⁵ y soberanía), el orden, y la justicia (entendida como justicia social¹⁶). Existió un recurso a la idea de justicia pantónoma, sobre todo en la economía, marginando fraccionamiento que según las ideologías más cercanas al capitalismo liberal traen seguridad que contribuiría a la inversión.

¹⁵ El 9 de julio de 1946 Juan Domingo Perón había proclamado una nueva “Declaración de la Independencia”, esta vez, de la Independencia Económica.

¹⁶ Así lo indica la décima de las Veinte verdades peronistas, “Los dos brazos del peronismo son la justicia social y la ayuda social. Con ellos damos al pueblo un abrazo de justicia y amor.”

En cuanto a las ramas del derecho que más caracterizaron el desarrollo jurídico del movimiento, debemos mencionar al derecho laboral y el previsional.

LA ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE RAÚL RICARDO ALFONSÍN

JUAN JOSÉ BENTOLILA ^(*)

Resumen: En este trabajo buscamos poner de manifiesto las líneas estratégicas del gobierno de Raúl Ricardo Alfonsín, según puede analizarse con la teoría trialista del mundo jurídico.

Palabras clave: Filosofía. Derecho. Teoría trialista del mundo jurídico. Estrategia jurídica.

Abstract: In this paper we seek to highlight the strategic lines in the government of Raúl Ricardo Alfonsín, as can be analyzed with the trialistic theory of the juridical world.

Keywords: Philosophy. Law. Trialistic theory of the juridical world. Juridical strategy.

1. Desde el marco teórico del integrativismo tridimensionalista trialista¹, del cual partimos, se ha insistido reiteradamente con la inclusión, en el análisis del fenómeno jurídico, de las temáticas referidas a la táctica y la estrategia.

^(*) Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la UNR. (Correo electrónico: johnb@arnet.com.ar)

¹ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, p. v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012; del mismo autor, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; y "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; y BENTOLILA, Juan José (Coordinador), "Introducción al Derecho", Bs. As., La Ley, 2009.

En el sentido apuntado, se piensa en la necesidad de establecer modelos de análisis que permitan una adecuada disección de la realidad jurídica, sin desmedro de perspectivas que enriquecen significativamente el análisis, tales como la visión táctica, entendida como el método o sistema para ejecutar o conseguir algún efecto jurídico, como el abordaje estratégico, referente al arte de dirigir una gestión jurídica en base a un conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima para cada momento².

Concibiéndose al Derecho como contenido en el mundo político³, resulta insoslayable entonces dilucidar las diversas líneas de proyección de la estrategia política jurídica, para lo cual tomaremos el caso del gobierno de Raúl Ricardo Alfonsín (1983-1989).

2. Perteneciente al sector más progresista de la Unión Cívica Radical, con clara raigambre social demócrata, uno de los pilares fundamentales de la estrategia política de Alfonsín estuvo vinculado a la defensa de los *Derechos Humanos* para la consolidación de la *democracia*, tarea que ya había comenzado con anterioridad al Proceso de Reorganización Nacional (denominación adoptada por la dictadura cívico militar que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983), participando en la fundación de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos en 1975.

En tal sentido, resultan momentos significativos de la historia argentina la denuncia del pacto militar sindical, la creación de la Comisión

² P. c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia", en "Investigación y Docencia", N° 22, pág. 11; del mismo autor, "Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 23, págs. 17 y ss.; "La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas", en "Investigación..." cit., N° 32, págs. 25 y ss.; y "Estrategia Jurídica", Rosario, UNR Editora, 2011; MEROI, Andrea Angélica, "La estrategia en el Derecho Procesal. La comprensión de la decisión y la estrategia en la resolución de conflictos", en "Investigación..." cit., N° 35, págs. 49 y ss.

³ CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

Nacional sobre la Desaparición de Personas, y el juicio de 1985 a las tres juntas militares que gobernaron el país durante el proceso militar.

Ello se enmarca en un postulado central del liberalismo político que la teoría trialista ubica en el ámbito de la axiosofía dikelógica, al referir que la protección del individuo contra el régimen (sea por fortalecimiento del individuo como por debilitamiento del régimen) resulta un medio para la realización del régimen de Justicia.

Claro está, ha de puntualizarse que la presentación de límites políticos debe ser evaluada, toda vez que el enfrentamiento con el estamento militar tuvo sus momentos más dramáticos con los alzamientos de Semana Santa (en 1987, por considerar insuficiente la ley de punto final de 1986), lo que motivó la sanción de la ley de obediencia debida, con el consiguiente posicionamiento opositor por parte de organizaciones de derechos humanos, movimiento estudiantil y sectores internos de la Unión Cívica Radical. Sin embargo, el estamento militar continuó en un constante estado de insubordinación al poder político, debiéndose enfrentar dos insurrecciones militares más, ocurridas en el año 1988.

Sobre el particular, se pretendía distinguir tres situaciones, la de los que mandaron (con responsabilidad principal), la de los que se excedieron en el cumplimiento de las órdenes, y los que creyeron en la legitimidad de la orden impartida.

3. Otra cuestión que resulta relevante para comprender el período bajo análisis es la de las distribuciones por influencias humanas difusas de la *economía*.

En efecto, la situación económica en la que estaba la República Argentina al momento de la asunción de Alfonsín era sumamente desfavorable. La deuda externa se había incrementado de modo significativo, alcanzando a 45.087 millones de dólares al final del año 1983, con la consiguiente situación de empobrecimiento que impactaba en el ámbito social.

La respuesta que se pergeñó desde el gobierno fue francamente insuficiente desde el punto de vista estratégico, en mucho por el marco teórico reduccionista que se adoptó para la comprensión del Derecho y su interacción con las restantes manifestaciones de la política.

Así, se consideró que la garantía de las instituciones democráticas bastaba para dar adecuada respuesta a las necesidades económicas del pueblo (la expresión "*con la democracia se come, se educa y se cura*" fue clara

representación de tal posicionamiento, planteándose interrogantes cuyas respuestas ya se encontraban en la obra filosófico política de Saint Simon).

El plan austral tampoco logró el cometido de controlar el fenómeno inflacionario, aun cuando ha de reconocerse que al principio funcionó adecuadamente, lo que se sumó a la caída internacional de los precios de los productos argentinos de exportación. Tampoco logró su cometido el denominado Plan Primavera (1988), lo cual quedó patentizado por la corrida hacia el dólar ante la inevitable devaluación de la moneda nacional, y el adelantamiento de las elecciones nacionales ante la proliferación de situaciones de saqueo.

En suma, se acreditó la insuficiente respuesta en lo que atañe a la protección del individuo contra "*lo demás*", toda vez que no pudo darse adecuada solución al tema del deterioro del poder adquisitivo del salario, con la consiguiente caída social de amplios sectores de la población.

Otro modo de enfrentar la crisis fue la propuesta estratégica de *integración* económica con Brasil, Uruguay y Paraguay, que dio origen posteriormente al Mercosur. Así, el 30 de noviembre de 1985 se suscribió la declaración de Foz de Iguazú, acuerdo de integración entre Alfonsín y el presidente de Brasil, José Sarney.

De algún modo, ello significaba la generación de un plan de gobierno en marcha regional, a partir del cual se pudieran establecer bases económicas sólidas para el Cono Sur y promover mecanismos de integración supranacional, lo cual requirió también la resolución de las cuestiones limítrofes conflictivas, entre las cuales destacan las circunstancias del vínculo con la República de Chile, zanjadas a través de un laudo arbitral con intervención del Reino Unido de Gran Bretaña y la Ciudad del Vaticano, y sobre la base de una consulta popular efectivizada en el año 1984.

4. Nuevamente en relación a la protección del individuo contra "*lo demás*", durante el gobierno de Alfonsín se instrumentó el *Plan Nacional de Alfabetización*, que permitió la reducción de la tasa de analfabetismo, posicionando a la República Argentina en un lugar destacado en términos internacionales.

No se descuidó tampoco la formación *universitaria*, siendo que en este período se profundizaron los principios de la reforma universitaria, en lo tocante a autonomía y cogobierno.

En análogo sentido de protección contra "*lo demás*" se implementó el

Programa Alimentario Nacional, como respuesta de emergencia para resolver las situaciones más acuciantes de pobreza, que fue tildado de asistencialista por los sectores críticos.

5. En otro orden de ideas, grandes transformaciones existieron en materia de *Derecho de Familia* y *Derecho Laboral*.

Así, se restableció la patria potestad compartida (1985) que ya había incorporado la reforma constitucional de 1949 y había sancionado el Poder Legislativo con posterior veto de María Estela Martínez de Perón, lo que permitió la equiparación del hombre y la mujer, instrumentando una mayor igualdad ante la ley, recaudo básico del humanismo abstencionista.

Otra de las cuestiones destacables fue la sanción del divorcio vincular (1987), que dio respuesta a la situación del diez por ciento de la población argentina que se encontraba separada de hecho y no contaba con la posibilidad de recuperar su aptitud nupcial.

Para ello hubo de generarse un enfrentamiento con un factor de poder sumamente relevante en la constitución material de la República Argentina, la Iglesia Católica, que sin embargo contaba con algunos posicionamientos más tolerantes como el encabezado por el Obispo Justo Laguna.

En lo que respecta al Derecho Laboral, desde el inicio de su mandato Alfonsín intentó reformar el sistema sindical, con el fin de incluir a las minorías en los órganos de dirección. Rechazado por la Cámara de Senadores, el proyecto de ley generó un enfrentamiento que se patentizaría en las 13 huelgas generales organizadas por la Confederación General del Trabajo, organismo en el cual el Partido Justicialista encontró su mayor instrumento opositor, y las casi 4.000 huelgas sectoriales y de empresa.

La confrontación cesó cuando Alfonsín ofreció (en 1987) el Ministerio de Trabajo al secretario general del gremio de Luz y Fuerza, Carlos Alderete, lo que permitió la sanción de la nueva ley sindical (1988).

6. En otro orden de ideas, durante el gobierno de Alfonsín (1986) se promovió la *descentralización* territorial del poder político y económico, al proponerse infructuosamente el traslado de la capital a la ciudad de Viedma y la provincialización de la ciudad de Buenos Aires.

Tal proyecto cosechó el rechazo de importantes sectores, que veían en la modificación una disminución de las posibilidades de poder existentes, presentando nuevamente límites políticos al intento conductor.

7. Luego de la derrota electoral del radicalismo ante Carlos Saúl Menem, Alfonsín continuó en su actividad política, siendo pieza fundamental del *Pacto de Olivos* que habilitó la reforma constitucional de 1994 (oportunidad en la que se desempeñó como convencional constituyente), estableciendo los lineamientos básicos que habrían de seguirse.

La adopción en tal oportunidad de un sistema de fuentes monista con primacía del Derecho interno, con la *constitucionalización* de tratados internacionales sobre Derechos Humanos, permitió un posicionamiento diverso de la República Argentina ante la comunidad mundial, con mayor apertura a las fuentes de producción internacional.

8. Hablar de la insuficiencia estratégica político jurídica en significativos espacios del mandato de Raúl Ricardo Alfonsín, no obsta a reconocer las dificultades contextuales con las cuales tuvo que enfrentarse.

De algún modo, la adopción de decisiones tácticas o estratégicas siempre resulta mucho más compleja que la crítica efectuada con perspectiva histórica.

Es por ello que hemos buscado comprender que, más allá de los aciertos y errores que pueden visualizarse en este recuento esquemático, los fines que informaron a cada una de las decisiones resultaron acordes con la ubicación política desde la cual surgieron⁴.

⁴ Es posible c. por ej. ALFONSÍN, Raúl, "Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos", Fondo de Cultura Económica, 2004; "Ahora. Mi propuesta política", Bs. As., Sudamericana, 1983.

Normas Editoriales

1. Tipos de trabajos o contribuciones

Investigación y Docencia aceptará trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Las contribuciones podrán pertenecer a cuatro categorías:

- 1) *de investigación,*
- 2) *de revisión o aportes teóricos o metodológicos,*
- 3) *reseñas de libros, y*
- 4) *debates o ensayos.*

En los casos 1 y 2, los trabajos deberán ser originales, reflejar un sólido y actualizado conocimiento del estado del arte y representar una contribución real al conocimiento. En el caso 1, los trabajos deberán reflejar rigurosidad en las metodologías utilizadas; en el caso 2, las contribuciones deberán reflejar rigurosidad en la argumentación. En el caso 3, las reseñas serán por solicitud de la dirección.

2. Formato de los trabajos

En lo posible, los trabajos deberán estar organizados del siguiente modo:

- 1) *Trabajos de investigación:* Introducción, Método, Resultados, Discusión/ Conclusiones, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4).
- 2) *Trabajos de revisión teórica:* Introducción, Desarrollo del tema (con sus correspondientes apartados), Discusión y/o Conclusiones, Notas, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4).
- 3) *Reseñas bibliográficas:* Identificación del documento y Comentarios (Extensión máxima: 4 páginas A4).

En todos los casos, las citas textuales irán entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin ningún tipo de espaciado previo ni posterior).

3. Idioma

Los trabajos serán redactados en castellano, siendo obligatorio un resumen y un abstract, en español e inglés respectivamente, de entre 200 y 250 palabras cada uno. Asimismo, se deberán indicar, en ambos idiomas, entre 3 y 6 palabras clave.

4. Formato de presentación y envío

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word, versión 6.0 o superior. El archivo se enviará como adjunto en un mensaje de correo electrónico simultáneamente a las direcciones:

mcuiroc@arnet.com.ar y mfernandez21@gmail.com

Los trabajos se organizarán como sigue:

- **Página 1:** Título del trabajo, nombre y apellido de todos los autores, lugar o centro de trabajo, dirección postal, teléfono y dirección electrónica de contacto.
- **Página 2:** Título del trabajo, resumen de entre 200 y 250 palabras, y palabras clave (entre 3 y 6). La misma información deberá ser presentada en inglés.
- **Resto de páginas:** El cuerpo del trabajo se organizará de acuerdo a los apartados mencionados *supra*, en el punto 2. Tablas y gráficos se incluirán al final del trabajo, enumerados correlativamente según su correspondiente referencia en el texto.

En ningún caso deberá aparecer en las páginas dos y siguientes cualquier información que permita identificar a los autores.

Se utilizará página A4, interlineado sencillo y letra estilo Times New Roman 12.

El envío de un trabajo para su publicación implicará por parte de sus autores la autorización para su reproducción gratuita por parte de la revista por cualquier medio, soporte y en el momento en que se considere conveniente.

5. Citas

Las notas deberán constar a pie de página, con números arábigos, en letra estilo Times New Roman 10, siguiendo las siguientes pautas:

a- Artículo de revista

Ejemplo: CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Nuevamente sobre los efectos de la recepción jurídica en la cultura argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 29, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, págs. 49 y ss.

Para artículos de dos autores, se indicarán ambos, unidos por “y”. Para más de dos autores, se señalará el primero de ellos, seguido por “y otros”.

b- Libros

Ejemplo: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 4ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

Si son varios autores, se seguirá idéntico criterio que para los artículos.

c- Capítulo de libro

Ejemplo: CHAUMET, Mario, “El trialismo (la actualidad de una teoría del Derecho elaborada por un precursor visionario)”, en CIURO CALDANI, Miguel Angel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 27 y ss.

d- Reiteración de citas

Se procederá del siguiente modo:

I) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior*, se colocará “Íd.”, seguido del/de los número/s de página/s.

II) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “op. cit.” y del/de los número/s de página/s.

III) Si se trata de la *reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “cit.” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

6. Evaluación de los trabajos

Se utiliza el método de revisión de doble ciego, esto es, manteniendo el anonimato de los autores y de los evaluadores. Los resultados finales de la evaluación pueden ser:

- 1) *Trabajo Aceptado.*
- 2) *Trabajo Aceptado, sujeto a modificaciones.*
- 3) *Trabajo Rechazado.*

La decisión será inapelable.

Impreso en Septiembre de 2015
en los Talleres Gráficos de
Editorial Del Castillo
Urquiza 2031 – Tel. (0341) 4259361
2000 Rosario – Santa Fe – Argentina
e-mail: libreriasocial@hotmail.com