

LA TÉCNICA JURÍDICA

Por

RAFAEL BIELSA,

Profesor Titular de Derecho Administrativo

1. — LA TÉCNICA DE LA JURISPRUDENCIA. La función judicial, en sentido lato jurisdiccional, es en la vida del derecho tan importante como la legislativa creadora de normas positivas, según el sistema constitucional de cada país. Al decir constitucional no nos referimos al principio de separación de los poderes, a la atribución de competencia, sino a la potestad que efectivamente tienen los tribunales de declarar el derecho. Es notable la diferencia que existe en el régimen inglés, en el que el juez hace la ley, (*Judge made law*) y el nuestro, por ejemplo; pero si se observa detenidamente nuestra jurisprudencia, es decir, los fallos en los que el juez ha debido limitarse a aplicar la ley, se comprobará que la actividad judicial no consiste en formular una conclusión silogística como la que resulta del cotejo de la ley y del caso, es decir, *norma legal*, premisa mayor; *caso en examen judicial*, premisa menor; conclusión, o sea *decisión jurisdiccional* (sentencia). Esa especie de automatismo es en cierto modo raro.

En Francia, donde la escuela de exégesis ha dominado un siglo, la jurisprudencia ha sido, no obstante eso, tan constructiva, creadora, integradora casi como donde los jueces no han debido subordinarse a la omnipotencia legislativa, o sea la voluntad del legislador.

No nos referimos a la Corte de Casación, tribunal que se limita a interpretar la ley y cuya importancia de otrora ha sido casi eclipsada por la obra de un tribunal de otra jurisdicción —la administrativa— realmente creadora de derecho, que es el Consejo de Estado, aunque esa obra se ha realizado en el derecho público.

En nuestro país la influencia que la jurisprudencia tiene en la dinámica jurídica, es obvio señalarla. No son pocos los abogados que recurren antes a la jurisprudencia que al estudio directo de la ley para el examen y planteamiento de las demandas judiciales, porque la jurisprudencia es derecho que realmente tiene vigor actual, si bien la jurisprudencia puede ser reformada o rectificadas en tribunal pleno. Su certeza es, pues, relativa.

Por otra parte la valoración incondicional de la jurisprudencia es incompatible con la independencia de criterio del jurista, y si éste coincide con ella debe celebrarlo.

Existe, claro está, una técnica judicial, según los diversos métodos con que es aplicada por los jueces, como lo explicamos en el capítulo sobre *metodología judicial*. Estos métodos se diferencian en razón de la mayor o menor potestad del juez en la aplicación del derecho, subordinado al derecho positivo o no, es decir en razón de su función pretoriana. Por ejemplo, la facultad de colmar las lagunas de la ley, la aplicación de normas de equidad, la valoración de los intereses en conflicto, la de dar acciones *in factum* (aunque no como el pretor romano), la interpretación constitucional, en que hay cierto margen para estimar principios de libertad, de igualdad y garantías constitucionales e inclusive la aplicación de principios de derecho natural. Sin sujeción al derecho positivo existen otros métodos como de la libre aplicación del derecho.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS FALLOS JUDICIALES EN RAZÓN DE SU AUTORIDAD E IMPORTANCIA. — Las decisiones judiciales difieren entre sí principalmente por amplitud de la jurisdicción y por la función que tienen en el proceso, lo que, a su vez, influye en los efectos de la cosa juzgada. En un sistema como el argentino, de jurisdicción única, que es la judicial, las diferencias son menores que en sistemas como el francés, en el que además de la jurisdicción judicial existe ampliamente organizada la jurisdicción contenciosoadministrativa, que pertenece al Poder administrador.

En el sistema argentino existen dos regímenes políticos que son el nacional y el provincial; cada uno de los cuales comprende a los tres poderes; pero si bien el poder judicial provincial es organizado substancialmente como el poder judicial nacional, éste tiene como órgano principal la Corte Suprema con jurisdicción sobre todos los tribunales del país en dos esferas: a) la del recurso de inconstitucionalidad, por cuya razón la jurisdicción es extraordinaria, b) la de tribunal de conflictos, pues no se concibe en ningún ordenamiento general del Estado conflictos insolubles, o sea que una causa o cuestión que debe ser decidida judicialmente no tenga juez; una situación tal importaría la supresión de una garantía constitucional que es la de la justicia. Dentro de la esfera nacional las atribuciones de ese tribunal sea *ratione materiae*, sea *ratione personarum* son las propias de la instancia judicial superior.

La división legal de las decisiones judiciales no se funda en consideraciones de orden técnico, sino institucional, así se trate de jurisdicción originaria o de jurisdicción apelada (más propiamente debiera hablarse de *competencia de grado*).

La jurisdicción es plena cuando el tribunal decide sobre el fondo del asunto y los llamados accesorios; típico a este respecto es el juicio ordinario: La jurisdicción especial es la limitada por el carácter del recurso. Así, la jurisdicción extraordinaria por principio se limita a la cuestión constitucional, pues como dispone la ley 48, la Corte "hará una declaración sobre el punto disputado y devolverá la causa para que ésta sea nuevamente juzgada", pero la ley agrega que la Corte puede resolver sobre el fondo del asunto, y aun podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón (artículo 16).

Esta diferencia existe especialmente en las causas contencio-administrativas. En efecto, en el recurso contencioso de plena jurisdicción, el tribunal se pronuncia sobre el fondo y los accesorios, pero en los recursos de anulación (ilegitimidad) se limita a anular el acto.

Las leyes diferencian también las sentencias definitivas, que ponen fin al proceso, de los autos interlocutorios que pueden decidir definitivamente sobre un punto. Si el auto causa gravamen irreparable, la decisión es apelable. Y aun cuando en su ámbito limitado tenga carácter de definitivo, contra el auto interlocutorio procede el recurso de revocación (reposición) cuando no ha habido debate.

En todo esto no hay cuestión de técnica, sino de política, o economía procesal. Consecuencia importante de la distinción es la que concierne a la procedencia del recurso extraordinario, diferencia, claro está, de índole procesal, que se vincula a la garantía constitucional de la defensa en juicio es la relativa al régimen de recurso extraordinario, pues como éste solamente procede cuando la decisión es irresistible, la jurisprudencia durante largo tiempo no admitió este recurso contra decisiones que podían enervarse en juicio ordinario, en otra instancia. Y como el recurso extraordinario no debe sacrificar lo sustancial a lo formal, la Corte comenzó luego por introducir excepciones a la regla legal del art. 14 de la ley 48, fundándose en principios de justicia. Para ello recurrió a la ficción de considerar definitivas a las decisiones dictadas en juicios ejecutivos y de apremio (aunque ellas pudieran rectificarse, o repararse, por así decirlo, en juicio ordinario), si el cumplimiento de ellas causare un daño grave e irreparable, y además, cuando *prima facie* la decisión indujere a suponer arbitrariedad. Tampoco esto es cuestión de técnica jurídica, sino de efectiva protección judicial, y de la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución, que es objeto y fin del recurso extraordinario.

Según lo expuesto las clasificaciones de las resoluciones judiciales puede hacerse desde el punto de vista legal, y desde el

punto de vista de la técnica; esta última es propia del método judicial, y en ese sentido el criterio de la distinción se funda en su valor constructivo.

La necesidad de motivar las decisiones judiciales puede ser impuesta por la ley, como exigencia de índole constitucional, ya que en un sistema republicano representativo los órganos de cualquier poder deben fundar sus resoluciones, lo que significa *explicar los motivos jurídicos en que se basan*. Pero la motivación es también recurso de técnica, porque tiene un valor doctrinal constructivo.

En principio toda decisión debe ser fundada, y aun cuando una nueva decisión tenga la causa y los elementos constitutivos de otra ya dictada en causa idéntica, la segunda decisión no puede limitarse a una mera remisión; por ejemplo, disponer: "De acuerdo con lo resuelto en el caso (*Fallas*: 110, 200) se declara improcedente el recurso promovido en la presente causa. Todo fallo debe tener un fundamento, y si bien no es necesario reproducir in extenso el fallo anterior, debe darse, al menos, un fundamento, sin perjuicio de la cita de otros fallos en el mismo sentido. Lo contrario sería confundir fallos con índices de jurisprudencia.

Para señalar la importancia del fallo, los tribunales ingleses y norteamericanos llaman *leading case* a la "decisión judicial o precedente que fija los principios de una rama del derecho y si se hace una exposición bien ordenada del derecho relativo a una institución"¹ se denomina *Special Case* la decisión judicial dictada en virtud de una exposición de hechos sometida al tribunal por las partes sin ayuda de alegatos.²

Las leyes que determinan la forma de la sentencia, sus requisitos intrínsecos o extrínsecos (formales) se inspiran en principios constitucionales que conciernen a derechos y garantías, pero también pueden tener como justificación, motivos de técnica, la que no sólo importa a las decisiones, sino también, y muy especialmente, a la prueba, ya que ella determina la suerte del pleito. Cuando hace siglos no se hablaba de técnica jurídica, ya existía toda una preceptiva sobre esto,³ y se comprende porque la técnica es una necesidad en el obrar.

¹ Véase QUASAR, G. P., *Canciar Law Dictionary*. London: 1937, p. 182.

² QUASAR, Op. cit., p. 302.

³ LIVET, *La Aseveración des preuves dans le droit ancien du Moyen-Age*. Paris: 1923. Es precepto de técnica el condensado en el hexámetro: *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando, o non*: Quién (ha cometido el hecho); Qué hecho (caracteres y circunstancias que lo definen). Dónde ha ocurrido el hecho (lo que importa para determinar la jurisdicción). Con qué medios se ha ejecutado el hecho. Cómo ha sido el móvil del crimen (elemento propio de toda indagación). Cómo se ha realizado el hecho (cómo se ha planeado y ejecutado). Cuando se ha ejecutado (lo que es esencial por sus consecuencias jurídicas); ley que regía, edad de la víctima y del victimario, punto de partida de la prescripción. V. MIZNER, *L'interrogatoire par la juge*.

Como la técnica mira a la eficacia, y el derecho a los principios constitucionales, el jurista debe conciliar éstos con aquélla haciendo prevalecer los principios.

Son muchos los casos en lo que el recurso extraordinario es admisible precisamente en consideración a la defensa en juicio. Sin embargo, en algunas decisiones se olvidan los principios. Así, v. gr., se ha declarado que la doble instancia no es requisito constitucional, argumento de poco valor, porque muchas garantías no están expresamente establecidas en la Constitución, pero fluyen de su sistema y lineamiento fundamental. En el sistema de la Constitución la doble constancia se puede considerar un principio, pues la Constitución crea la Corte Suprema y libra a la ley la creación de tribunales inferiores. Ciertamente hay casos en los que por el pequeño monto del juicio puede no justificarse la apelación, pero esa es una excepción. El principio es el de la apelación, ya que en dos instancias el asunto se examina mejor, y no debe librarse la suerte del pleito a un tribunal, que en general, es unipersonal.

Finalmente, el criterio de clasificación técnica y sobre todo legal de los fallos depende claro está del sistema jurídico de cada ordenamiento positivo; así como se diferencia el de sistemas anglosajones respecto de los influidos por la legislación española que ha tenido vigor y ha sido fuente de derecho, también se diferencian estas de otras de origen similar.⁴

Las máximas tradicionales se han colocado también como recurso aun de técnica, debido a la influencia de la tradición, lo que en cierto sentido es un error. Tales son las máximas provenientes del derecho consuetudinario donde la costumbre es fuente importante de derecho, aunque no sea tan larga la distancia que existe entre el derecho actual y las reglas del derecho romano. No debe desconocerse el fundamento jurídico que diríamos permanente, que tiene un precepto matemático. Se trata de máximas de lógica jurídica y que por su concisión y conformidad con numerosos preceptos legales, tienen la virtud de expresar fielmente principios dominantes. Hay principios definidos en esas máximas que no han sido formulados en la ley positiva pero que sirven de base a numerosas disposiciones de la ley.

⁴ *Passari* en su libro *Técnicas de la jurisprudencia en droit privé*, p. 36 y ss., clasifica los fallos judiciales en tres categorías principales: *ordinarios*, de *primación* y de *espeje*. No aquí una crítica de esa clasificación. Son ordinarios los que se limitan a decidir la cuestión planteada en el litigio, o sea que dan solución sobre uno o más puntos de derecho debatidos en lo necesario para evacuar el caso, evitándose la solución de otros casos por vía de repercusión (este procedimiento ha caracterizado a la técnica de la Corte Suprema argentina en general).

Los fallos de principio son decisiones que consagran una solución por primera vez, luego del examen profundizado sobre una cuestión particularmente importante, susceptible de diversas deducciones de naturaleza tal que se reproduzcan con frecuencia.

Además de esas máximas, hay otras posteriores formadas por jurisprudencias de épocas diversas, algunas en latín, otras en el idioma patrio que tienen también el valor de los clásicos contenidos en la ley. ¿Son estas máximas recursos de técnica? Evidentemente sí, considerándose, claro está, el momento, el medio, la cultura jurídica.

La jurisprudencia no sólo debe valorarse por lo que decide, es decir, por la materia nueva que ella crea en la obra de interpretación, sino también por lo que sugiere, pues ya sea ella acertada o desacertada (esto debe demostrarse en el análisis) sus argumentos, apreciaciones y conclusiones, son objeto de análisis críticos bajo forma de notas en revistas doctrinales o periódicos jurisprudenciales, y esas notas tienen a veces un valor doctrinal superior al fallo, y una función de integración en la investigación jurídica. Las *Notes d'arrests sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal de Conflits* (publicé au Recueil Sirey) escritas por el profesor Haumouy y recopiladas en tres nutridos volúmenes, forman un cuerpo de doctrina de la misma importancia substancial que los propios fallos, y desde luego los dictámenes notables de los Comisarios de Gobierno.

Ahora bien; el determinar de qué medios se valen los tribunales para formar su jurisprudencia o sea para realizar su misión, obliga a un estudio general, a una verdadera metodología judicial que delineamos en un capítulo más adelante. Aquí nos limitamos a meras referencias sobre la técnica, pero sí, como decimos, se precinde de la moral en cuanto es precepto práctico, idóneo, útil,

Estos fallos aseguran la uniformidad y estabilidad de la jurisprudencia. Prácticamente cesan de tribunales superiores. (61)

Los fallos de "especie", son los que se limitan al examen de hechos litigiosos soberanamente apreciados por el juez de fondo, y en que se da una solución jurídicamente incuestionable. No se confunden con los anteriores, y menos aun con los que hacen surgir acciones in factum — en la medida en que éstas subsisten en el derecho moderno—, razón por la cual la solución en unos fallos no puede ser basada en argumentos de derecho, que precisamente faltan para resolver el litigio.

En un sistema de casación, los fallos pueden tener cierta autoridad legal en el sentido de su obligatoriedad, pues los jueces deben conformar sus decisiones (62) a la doctrina de esos fallos.

(61) Podría compararse el fallo de esta clase con el llamado *laudo* que en la jurisprudencia francesa, para el destino de una última palabra de un imperioso o valor doctrinal, y no del carácter de autoridad, que tiene el fallo dictado en tribunal pleno para uniformar la jurisprudencia, y el de casación.

(62) La Constitución de 1848 dispuso, en el art. 85, que la interpretación que la Corte Suprema de Justicia hiciese de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los artículos y leyes por recurso de casación, sería aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.

Esta disposición no fue observada, pues no llegó a instituirse un recurso de casación (de que habíamos advertido) y tampoco en lo que respecta al extraordinario al menos sistemático. La doctrina de aquella Corte no llegó a tener caracteres substanciales de orden doctrinal distintos de los señalados en la jurisprudencia superior.

En obligatoriedad se contrasta al proceso de la doctrina judicial, pues al grado de un tribunal — el más inferior, como es el *tribunal* a la Corte y a los tribunales superiores de provincia— que deriva de su ubicación en la ley y en el procedimiento, no se al grado mismo, por ende de autoridad o *autoritas*; este puede manifestarse en mayor grado en los tribunales inferiores. El cumplimiento de jurarías normales, pero no substanciales. En el caso similar al visto anteriormente, lo que ocurre no es, naturalmente tampoco.

para llegar a la elaboración deseada, el juez debe considerar todo aquello que se ha formado en la conciencia jurídica general por el uso, y que, como hace notar GÉRY, viene a hacerse como regla obligatoria (*opinio necessitatis*), si debemos tenerla por exigencia esencial. ¿Qué criterio se adoptará para separar la verdadera costumbre, fuente autorizada del derecho positivo, de la masa confusa de prácticas y de hábitos que constituyen la trama misma de la vida social sin que surja de ella una verdadera rama de derecho?

Esto implica siempre en su base un precepto moral por rudimentario que sea. Y el sentimiento de esa moralidad, que debe ser satisfecho para asegurar el orden indispensable en la vida social, se traduce bien en la importancia de la jurisprudencia haciendo amplio lugar a las obligaciones de conciencia. Y más adelante dice "que esa teoría se guardará de atribuir los mismos efectos a las obligaciones de conciencia propiamente dichas que responden a un postulado de moralidad categórica, que a las simples conveniencias de costumbres, que se conforman a hábitos extraños a todo postulado de moralidad categórica"⁴.

En este orden de ideas no podemos preterir una obra notable de RUSSET, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1925, en la que el autor demuestra mediante el examen comparativo de ciertas cuestiones que "el derecho en su parte más técnica continúa dominado por la ley moral". En ella se tratan las cuestiones de técnica como una obra destinada a eso mismo; por ejemplo en el capítulo de la moral y el contrato, los medios técnicos de la anulación; en el capítulo II sobre la justicia en el ejercicio de los derechos, o sea la intervención del juez en la ejecución del contrato, los medios técnicos de la revisión de esos contratos. Luego el ejercicio abusivo de los derechos, la sanción legal de los deberes morales, la organización técnica de la responsabilidad civil sobre el fundamento moral.

3. — LA COSTUMBRE Y LA TÉCNICA. En la vida del derecho la costumbre ha tenido una función genética primaria, es decir de formación de la norma, sin el acto coactivo de la autoridad. El derecho espontáneo, como la costumbre, no tiene otra autoridad que la de aquellos que la practican. Pero ese derecho de formación empírica, casual al comienzo, requiere, para su mejor cumplimiento, cierto orden, certeza, reglas o normas, y entonces surge la norma técnica, no siempre definida, pero real y comprensible. Una expresión general de esta técnica es la legislación o el derecho expresado en un conjunto de normas que por último, en

⁴ En el prefacio de la obra de PRUSSAU, *Technique de la jurisprudence en Droit privé* (p. XIV).

una etapa superior, se ordena metódicamente en un código. La etapa posterior a ésta es la científica⁶.

Estas tres etapas se caracterizan por su formación propia e independiente. Al ser legislado el derecho requiere procedimientos, que constituyen la técnica legislativa, pero la razón de que sea legislado e investido de autoridad coactiva, que lo haga obligatorio, no es obra de técnica, que tampoco puede decirse que sea fuente de derecho; fuente es la costumbre, por ejemplo, y es de tal vigor que ha resistido los embates del derecho impuesto "desde arriba", por el soberano o monarca. También es fuente la doctrina, que no debe confundirse con la ciencia, en el sentido corriente, pues la doctrina tiene en general un *mínimum* de ética y es fuente indirecta porque ella no tiene directamente vigor si no se lo atribuye la ley, como la hacía la célebre ley romana de las citas. Cuando el legislador establece una norma que no tiene otro origen inmediato que la doctrina, o el juez dicta sentencia fundado en la doctrina, es evidente que se da a ésta el carácter de fuente de derecho.

La costumbre surge de la conveniencia o de la necesidad, y a lo largo de su desarrollo prueba la evolución del espíritu humano en el sentido del grado de vocación jurídica para la convivencia establecida sobre ciertas normas aceptadas por aquellos a quienes les interesan. Esa fuerza creadora se expresa, como se dijo, inclusive contra el legislador cuando por las transformaciones de la asociación política surge un superior político, y esa fuerza se manifiesta resistiendo la aplicación de la ley positiva o formal que luego cae en desuso; se trata entonces de la costumbre derogatoria, no formulada pero real. El legislador puede no considerar fuente de derecho a la costumbre, en cuyo caso sólo admite la derogación y la abrogación de una ley por otra; pero en el hecho muchas leyes caen en desuso, y entonces como no tienen vida real, no se las considera derecho⁷, aunque lo sea formalmente.

La técnica está al servicio del legislador formal, aunque el derecho consuetudinario puede tener su técnica, sobre todo en materia contractual, pues ciertas palabras y actitudes han suplido las formas escritas y legales por la sola costumbre. La escuela histórica ha demostrado, en su hora, la pujanza del derecho consuetudinario.

La técnica ha venido a ser un instrumento general (formado a veces de muchos procedimientos particulares) para dar cierta eficacia, seguridad y certeza al derecho. Esa seguridad no emana de la fuerza, sino que existe por el interés común.

⁶ SASSANO, *Introducción a la ciencia del derecho*, 1ª parte, libro II, § 13.

⁷ V. CAUVY, *La vie du droit*, París, 1918, 1ª parte, lib. I.

Las creaciones jurídicas que se atribuyen a la técnica son en realidad obra de la necesidad jurídica; la técnica sólo contribuye a ordenarlas, expresarlas, algunas veces típicamente como el "standard" jurídico, de que hablamos en otra parte de este libro⁴.

Las personas son "físicas" y de "existencia ideal", estas últimas son configuradas técnicamente. Pero la ley puede atribuir a una misma entidad, según su esfera de acción, el carácter y ejercicio de la doble personalidad, o sea, de derecho privado y de derecho público, como la tiene el Estado en sentido lato (Nación, provincia y comuna) según lo hemos demostrado⁵.

El Estado tiene doble personalidad jurídica, y en su virtud puede adquirir derechos y contraer obligaciones, ser demandado o demandante, en función, sea de persona pública sea de persona privada o civil. Pero cuando legisla sobre penas o crea impuestos, entonces ya obra como *legislador*, ya como *ejecutor* de normas de derecho público en virtud de su potestad, no lo hace en razón de ser persona jurídica, sino como *poder público*. En esos casos sus decisiones pueden ser atacadas por recursos contenciosos porque la ley da a los administrados o contribuyentes medios jurisdiccionales para proteger sus derechos, cualquiera sea el carácter en que el Estado haya obrado.

La llamada ficción de la personalidad jurídica incorpórea, que tiene su explicación o justificación en la necesidad, y a veces en la mera utilidad pública aunque exista correlativamente una utilidad privada, y que los destinatarios de esa utilidad son a veces hasta extraños a la formación jurídica, en el sentido de que la voluntad jurídica de ellos no se ha expresado en la creación de la personalidad; tales son los beneficiarios, v. gr., de las sociedades de beneficencia, de las fundaciones, etc. Pero jurídicamente hay similitudes importantes. Las personas jurídicas tienen patrimonio como las físicas o de existencia real o material, se obligan por sus actos en la órbita de los estatutos; la persona física también tiene su *status*; la responsabilidad contractual comprende una y otra, y aun la responsabilidad extracontractual va extendiéndose cada día más, a las personas jurídicas. En virtud de un principio jurídico sólo es responsable el que es imputable como lo que establece el Código civil en el art. 43, pues no teniendo otra capacidad que la determinada en los límites de los estatutos, todo acto fuera de esos límites debe considerarse de sus representantes y no de la persona jurídica;

⁴ V. también mi monografía *Las reglas de derecho en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, a propósito del "standard jurídico"*, en "Estudios de Derecho Público", 2^o ed. (1952), t. III, pá. 483 y ss.

⁵ V. *El Estado como persona de derecho privado y como potencia de derecho público*, en "Estudios de Derecho Público", 2^o ed. (1952), t. III, pá. 21 y ss.

todo acto fuera del mandato obliga a estos representantes o administradores, y no a la persona jurídica.

La responsabilidad aquilana, tradicional, tanto directa (artículo 1108) como indirecta (artículo 1113) se funda en la culpa, en la determinación volitiva sea *in faciendo* o *in omitendo*.

Si el mandatario que obra fuera del mandato responde de sus actos, a *fortiori* lo será si se trata de hechos. Pero las leyes han establecido excepciones a ese principio, y se han fundado, más que todo, en la naturaleza de la actividad de esas personas, como en el caso de las empresas ferroviarias, que por la ley 2873, art. 51, responden de los actos u omisiones contrarios a dicha ley y a los reglamentos dictados en su consecuencia, sin poder declinar su responsabilidad en sus empleados. Especialmente se ha considerado, aun sin hecho, la desigualdad de situación entre el damnificado y la entidad cuyo personal causa el daño; por ejemplo, las empresas que prestan servicios públicos, y más aún si es en monopolio, porque entonces al usuario no se le puede imputar siquiera negligencia en la elección de quien presta el servicio, pues el monopolio le deja elección. Pero no sólo la responsabilidad civil sino también la penal —respecto de penas pecuniarias, v. gr., de multa— se ha extendido a esas personas, en el dominio del derecho fiscal. El derecho fiscal es algo simplista, y solamente mira el patrimonio del obligado por las normas represivas. Las multas fiscales equivalen a varias veces la suma no pagada por evasión ilícita si ésta se considera delito o contravención; tiende ello a equilibrar la pérdida que producen otras evasiones no descubiertas (la pena es también de carácter disciplinario). En ese caso la ley no distingue la naturaleza jurídica de la persona o contribuyente infractor; es decir, no diferencia a la persona jurídica de la persona física sino que mira al interés fiscal. Por lo demás, este principio es justo, pues de no ser así esas personas jurídicas (más bien su gestión económica, patrimonial, financiera) estarían exentas de esa obligación lo que equivaldría a la impunidad. Claro está que esto no descarta la responsabilidad de los administradores. El propio derecho civil, aunque establezca la irresponsabilidad extracontractual, delictual o cuasi delictual, de las personas jurídicas, no las excusa de devolver o restituir lo que han percibido por acto que implique un "enriquecimiento sin causa", o sea que la acción de *in res verso* les es aplicable. Finalmente considerándose la relación entre *erario público* y *patrimonio privado*, no hay diferencia que derive de la distinta naturaleza de las personas, y siendo así la irresponsabilidad fiscal de las personas jurídicas afectaría, en detrimento de los damnificados, la igualdad ante la ley.

4. — LAS PRESUNCIONES Y LAS FICCIONES JURÍDICAS. Entre los medios o recursos de elaboración técnica de la ley, además de los conceptos que son obra del procedimiento lógico, hay otros que son resultado de una asimilación artificial pero que se consideran necesarios para mantener la unidad e integridad del sistema; son las presunciones y las ficciones jurídicas, que luego de una observación preliminar consideraremos sumariamente.

Importa advertir, en el ámbito de la Metodología, que la formación de los conceptos es anterior al empleo de todo recurso de técnica legislativa.

Así como se habla de un "arte de juzgar"²⁰ también se concibe un "arte de legislar"²¹, que consiste en ajustar o conformar la ley positiva a los principios jurídicos en la forma más conveniente, y a veces hasta necesaria, para su eficiente aplicación.

Los medios o procedimientos mediante los cuales se realiza esa tarea de conformación y adaptación de las normas que expresan la voluntad legislativa, para la aplicación de la ley, en sentido lato, constituye la *técnica jurídica formal*. Para explicar sintéticamente la noción de técnica y su diferencia respecto del método, importa especialmente advertir que en la tarea legislativa se confunde a veces esa técnica con el método legislativo que no es propiamente el método jurídico general de elaboración de los conceptos o de los principios. Ese método llamado legislativo consiste en el ordenamiento lógico de las disposiciones legales y el empleo de un lenguaje aceptado como instrumento de expresión de la ley, y esto es precisamente, materia de la *técnica legislativa*.

El método jurídico comprende algo más, que es lo esencial, como la elaboración de los conceptos, su formación, su denominación, mientras que para el método llamado legislativo, los conceptos están ya dados, y las instituciones y sus categorías también.

En el dominio de la técnica entran otros medios constructivos formalmente de la ley, dirigidos a mantener la unidad y homogeneidad institucional y el vigor de la ley sin alterar su valor (las presunciones, las ficciones y a veces las excepciones tienen ese objeto); también comprende a la forma de expresión precisa y propia de la ley, que es la terminología jurídica. La redacción de la ley es exigencia técnica, pero en ella cede algo al arte, pues se trata no sólo de la observancia de los preceptos gramaticales, sino también de la belleza de la forma, no por recursos retóricos, sino por la sencillez, claridad, concisión y a veces estilo, aunque siendo éste esencialmente subjetivo, puede resultar impropio del objetivo de la norma.

²⁰ FAUSTOUCHEUX, *La logique judiciaire et l'art de juger*. París, 1926, pp. 497 a 505.

²¹ ROBERT, *Les forces créatrices du Droit*, París, 1955.

a) *Presunciones jurídicas.*—A diferencia de la ficción, la presunción jurídica no es una fórmula legal puramente artificial o imaginaria, sino una disposición legislativa que tiene fundamento en la realidad, pues la ley funda la presunción en el hecho de que en general eso "casi siempre ocurre". (*Presumptio semitur ex eo quod plerumque fit*), aunque en algunos casos ello no suceda así. No es, pues, ilógica ni puramente artificial la disposición que establece la presunción, y según la índole de ella la ley no admite prueba en contra. Esa presunción —*juris et de jure*— obedece más bien al orden público.

El art. 245 del Código civil dispone, "la ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio tienen por padre al marido"; y el siguiente prescribe que "son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio y de los trescientos siguientes a su disolución, si no se probase que ha sido imposible tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio".

El art. 241 dispone que las "presunciones de la ley expresadas en los artículos anteriores no admiten prueba en contra". En esos artículos (240 a 243) se trata de la "concepción" y no de la legitimidad, como con razón advierte SANCERÍA²², y lo impone la aplicación de la regla categórica del art. 77.

Otra presunción es la del art. 878, que al tratar de la remisión de la deuda, que se presume voluntaria (por eso es remisión), dispone: "Siempre que el documento original de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario".

Las presunciones legales importan "credibilidad" del hecho y su régimen es legal. Pero hay otras presunciones *hominis, sui juris, sui facti*, cuyo régimen está librado al razonamiento del que debe decidir la controversia.

En lo que respecta al fin de la existencia de las personas, dispone el Código civil que "si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común, o cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas" (art. 108)²³.

En la nota sobre esa disposición el Codificador critica los Códigos que han creado presunciones de derecho sobre la prioridad de la muerte, cuando muchas mueren a un tiempo, derivándolas de la edad o del sexo.

²² V. *El Código Civil en la República Argentina. Su explicación y crítica* (Baja Aires de notas. Sobre los artículos citados supra).

²³ Véase la ley 14.394 (arts. 15 a 33).

Considera luego el Codificador, que esas presunciones son arbitrarias y "sin ningún fundamento positivo y, lo que es más, no habla necesidad alguna de crear tales presunciones de derecho". En realidad, la discrepancia entre la opinión del Codificador y las disposiciones que se critica no es más que la expresión de un criterio racional, pues él también se funda en una presunción más hipotética aun, pero quizá más conveniente y pacificadora.

Las presunciones legales tienen carácter restrictivo, lo que veda al juez la aplicación por analogía cuando no concurren los hechos que dan origen y fundamento a ellas¹⁴.

Algunos hablan de presunción de culpa en disposiciones como la del art. 1113 (*culpa in vigilando* y *culpa in eligendo*), pero a juicio nuestro esto es confundir la *ratio juris* de la disposición, aunque el art. 1123 atribuya al dominus el derecho de repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia". En rigor, la ley en esa disposición y otras, con el sentido de seguridad jurídica, instituye un responsable para los damnificados, pero no una presunción. Lo mismo se puede decir de lo dispuesto en el art. 1133 sobre la "inversión de la prueba", que se justifica simplemente por la dificultad práctica de que el damnificado pruebe culpa o vicio en la cosa del vecino respecto de la cual no tiene conocimiento, sino que sufre las consecuencias; por lo demás, el demandado puede probar que no tiene culpa.

Otra presunción notable es la del artículo 20, según el cual "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada en la ley", disposición vigorizada por la del artículo 923, verdadero imperativo categórico, pues dispone que "la ignorancia de las leyes o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos".

Estas disposiciones del Código civil no se fundan en presunción, porque es evidente que no puede considerarse cosa natural o corriente en la ley¹⁵.

El jurista tampoco conoce el texto de todas las leyes, si bien en razón de su sentido jurídico y del conocimiento de los principios generales podrá fundar una presunción, aunque algunas veces lo que él presume como lógico y jurídico resulta ser contrario a lo que ciertas leyes establecen o prescriben. Es éste un verda-

¹⁴ Górvy (Op. cit., III, p. 260), dice que las presunciones legales y las ficciones de derecho se parecen visiblemente en que por un esfuerzo del espíritu, ellas tienden a modificar algo de la realidad, tal como se nos aparece ingenuamente, a fin de producir o facilitar ciertas fines prácticas.

¹⁵ Joaquín Costa en su conocida monografía *El problema de la ignorancia del derecho*, ha realizado un profundo examen crítico de esta presunción y ficción legal, a la vez como problema, en sus relaciones con el *status individual*, el *referendum* y la *costumbre*.

dado problema que ha sido considerado especialmente por los partidarios del derecho consuetudinario y también por los defensores del derecho natural, porque las normas prácticas de esos dos derechos se conforman, el primero a la conducta más o menos arraigada por el uso, y el segundo a la razón y la moral.

Ahora bien; la ley obliga luego de promulgada por escrito, y aquí se encuentra otro hecho que agrava la responsabilidad general creada por la presunción, y es que en ciertos países son muchos los analfabetos.

Se trata, en suma, de una ficción que puede llamársela, en el concepto de *ILUSUM*, una *mentira técnica consagrada por la necesidad*.

Si alguna técnica puede aplicarse en la atenuación de las consecuencias de este problema es precisamente la de reducción del número de disposiciones, la claridad, la precisión y la simplicidad de ellas, no sólo para el conocimiento general, sino para su leal aplicación. Y he aquí otro hecho curioso y paradójico: cuando más incapaz, arbitrario y menos educado jurídicamente es un gobierno, más propenso es a dictar leyes, decretos, etc., y ello se debe a dos causas principales: al espíritu autoritario, que se revela en eso, en dictar normas, en general para imponer su autoridad e intimidar, y al hecho de que las que dicta son anómalas y requieren explicaciones, aclaraciones, modificaciones. En nuestro país se tiene una experiencia que huelga señalar.

La solución del problema no es cuestión de técnica solamente, sino de política educativa, o sea de la enseñanza del derecho, que el Estado debe dar, especialmente en la primera y más general, o sea en la que se llama *común*.

La *técnica formal* o legislativa concierne a la *eficiente aplicación*, y en ese sentido debe considerarse en el estudio de la metodología. El *estadista civilizador* puede concebir la necesidad de la norma; el *sociólogo* la oportunidad, el *jurista* el concepto, la estructura, la redacción, el método en suma.

b) *Las ficciones jurídicas*. — La ley se funda en principios y de éstos derivan reglas. Toda disposición que afecte el principio crea un conflicto o contribuye a destruir el principio, y en ningún orden jurídico regular se concibe, lógicamente, esa contradicción. Pero hay situaciones que no consideradas, a pesar de fundarse en principios de razón o justicia, implicarían una irritante injusticia o dañarían a la conveniencia o utilidad general. Para evitar todo esto la ley decurre a las excepciones pero éstas pueden ser *insuficientes*, y entonces se recurre a las *ficciones*, y a las *presunciones*. Se trata, en substancia, de *asimilaciones*, *igualaciones* que evitan la contradicción con el principio general.

Hay una evidente diferencia entre la presunción y la ficción, y de ahí un régimen jurídico distinto en su formación y su extensión.

La ficción difiere de la presunción, si bien se habla con frecuencia e indistintamente de una y otra como significando una misma cosa; pero después de lo que hemos explicado sobre la presunción huelga señalar las diferencias; no obstante, la ficción en la ley es similar a la presunción *juris et de jure*, pues tiene por objeto —dice Insua— afianzar las dificultades inherentes a la adopción y aplicación de nuevas reglas de derechos más o menos ásperas. Ella deja la doctrina tradicional intacta, en su antigua forma (sin disminuir, sin embargo, por poco que sea, la plena eficacia de la forma nueva). "La ficción esquivá las dificultades en lugar de resolverlas, y no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema y merece, como el acto aparente, ser llamado una *mentira técnica* consagrada por la necesidad. Pero, por otra parte, también ofrece un medio más fácil y más cómodo de llegar a un mismo fin práctico"¹⁶.

Por virtud de la ley, la ficción funciona en el caso ficticio como si fuese verdadero (*Fictio idem operatur in casu ficto quasi veritas*).¹⁷

Cuando la ficción sirve de base a un precepto legal ello debe resultar de la naturaleza del hecho o acto, porque la sola denominación no basta. Así, por ejemplo, en la confesión ficta, o sea en el acto de tener por confeso al que ha sido citado a absolver posiciones y no comparece. En este caso no puede hablarse seriamente de ficción, sino de sanción, según algunos, porque la ausencia no justificada indica desobediencia a un llamado judicial, pero no puede presumirse que de haber contestado el absolvente las preguntas, hubiese confesado, ya que la confesión "es una declaración contra sí mismo con el ánimo de dar una prueba (el *aveus confitendi*). Al contrario, debe presumirse que habría negado, y tanto es así que cuando lo que se tiene por confesado ha sido negado antes, en la contestación a la demanda, debe entenderse que lo mismo hubiese contestado en la absolución de posiciones"¹⁸. Lo que vale como prueba principal en el proceso

¹⁶ *Esquiza del derecho romano*, trad. de Príncipe y Santarón, Madrid, 1914, t. IV, p. 331.

¹⁷ Debe diferenciarse el silencio en el acto de la absolución, del hecho de no concurrir al acto. El mero silencio no importa confesión ni negación a menos que la ley obligue a una explicación. Pero el que calla —se dice— da a entender que consiente, o "el que calla otorga", expresión corriente pero no jurídicamente lícita.

Uno de nuestros prácticos de hace medio siglo, M. CALVO, en uno de sus libros dice⁽¹⁾ que las leyes de partidas (L. 13, t. 13, p. 3^a) daban a la confesión ficta la misma fuerza que a la confesión expresa, pero la generalidad de los autores le asigna menor valor. No consideran el silencio como confesión expresa, de pleno derecho, sino sujeto a la apreciación del juez de acuerdo con las circunstancias del

civil no vale en el juicio penal que este juicio debe establecer la verdad real y no la verdad formal, o sea que en este juicio la confesión no es plena prueba. En el juicio civil, al contrario, la confesión equivale a sentencia contra el confesante (*Confessus in jure pro adjudicato est*).

El recurso de la técnica debe emplearse sin violar principios de justicia, sin desnaturalizar la verdad y la realidad. Presumir la culpa del que causa un daño, con el objeto de favorecer al damnificado, sin indagar si hay culpa, es arbitrario y antijurídico. Al patrón no puede hacérselo responsable de un accidente del trabajo, por solamente presumir que es culpable a título de propietario de las cosas empleadas en el trabajo (y además se prueba lo contrario), sino que debe obligársele a indemnizar en razón de que el que sufre el daño beneficia al patrón con el trabajo. Una pretendida presunción falsearía los principios de justicia y relajaría el sentido de la responsabilidad. Ni debe decirse que aquél haya creado el riesgo, pues el riesgo lo crea el progreso, el maquinismo, es decir la técnica, pero los accidentes se producen fatalmente por ese riesgo cualquiera sea la diligencia o precaución que adopte el patrón. No puede hablarse de culpa sino de fatalidad dentro de la cual se excusa la propia culpa del obrero, pues esa culpa la engendra a veces la misma confianza temeraria nacida del trabajo, pero aun así es justo que se le indemnice a título de garantía legal. Para evitar las consecuencias económicas graves contra la fatalidad y las fuerzas ciegas de la naturaleza, existe el seguro. No hay, pues, necesidad de falsear los conceptos jurídicos y los principios de justicia, como hemos dicho hace ya mucho¹⁴, para evitar o atenuar los infortunios.

5. — CARÁCTER JURÍDICO DEL MEDIO TÉCNICO. Importa dejar bien definido o establecido que los recursos o medios técnicos están siempre subordinados al principio, regla o precepto de derecho. No es el medio técnico lo que crea un derecho, sino el contrario, y esto no requiere explicación, pues lo evidencia la naturaleza misma de su empleo. Así, por ejemplo, el principio constitucional de la libertad personal que solamente puede ser restringida en los casos que la Constitución o las leyes determinan, sirve de base al recurso de *habeas corpus*, que es un medio jurisdiccional (más precisamente judicial) de defensa de esa libertad cuando es ilegalmente restringida. Pero el funcionamiento

caso, y que la confesión firme que resulta de las posiciones absolutas no rebeldía, no forma prueba si no existen otras justificativas que hagan verosímiles los hechos (Jur. Civ., IX, 438; III, XCVI, 353) de manera que ante la negativa expresa de la contestación de la demanda y la confesión firme, como única prueba, el juez deberá optar por la primera (Jur. Civ., I, 123, IV).

(14) El Código de Procedimientos civil y comercial, aplicado y anulado con la interpretación de los tribunales de apelación. II ed. Buenos Aires, 1935, p. 86.

(15) La culpa en los accidentes del trabajo. Buenos Aires, 1934, pasim.

de ese recurso requiere una técnica: la presentación ante el juez; la competencia judicial, la obligatoriedad de inmediata resolución, los apercibimiento y sanciones al que resiste o demora el cumplimiento del auto de libertad.

Basta que el precepto legal disponga que no puede defenderse a la persona sin orden escrita de juez competente, para que la ley que regle ese recurso, es decir, el legislador establezca el mecanismo del mismo de suerte que la libertad se recupere inmediatamente; por ejemplo, permitiendo que cualquiera pueda presentar el recurso, sin patrocinio de letrado, sin la exigencia del papel sellado, ante cualquier juez letrado y que ésta lo despache sin más trámite, bajo apercibimiento a la autoridad destinataria del auto.

Por el contrario, cuando se trata de un juicio ordinario y aun de juicio ejecutivo, el procedimiento se determina en razón del grado de certidumbre del derecho y de la necesaria comprobación (prueba) y hay verdadera contienda, además de la amplitud de la defensa en juicio. En el recurso de *habeas corpus* no hay juicio en el sentido procesal.

En otro orden de derechos, supóngase que se trata de privilegios parlamentarios, lo primero que importa determinar es la extensión efectiva del privilegio, y si ha sido lesionado; pero eso no es cuestión técnica sino de concepto fundamental. Los miembros del Congreso no tienen inmunidades a título personal, si no forman parte de la Cámara respectiva. Luego la inmunidad de opinión consiste en no poder ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones o discursos que se emitan desempeñando su mandato de legislador (art. 60 de la C. N.). Por eso cualquier otra actividad que no sea la determinada en el precepto está fuera de la inmunidad; por ejemplo, si como miembro de una comisión administrativa (que es irregular desde luego) perteneciente a una Cámara ha malversado dinero confiado a su administración, v. gr., en compra de libros, o en el arrendamiento de local, que es un acto no reglado todavía debidamente, ese miembro es atacado, privada o públicamente, no puede invocar inmunidad ni hablar de privilegios del cuerpo, porque ninguna relación tiene esa gestión, acto de economo doméstico o interno, con la función legislativa.

Los privilegios e inmunidades que solamente tiene el poder legislativo se fundan en su función representativa de origen popular y político. Por consiguiente no puede invocar privilegio ningún cuerpo que no tenga ese origen electivo. Sin embargo la similitud técnica de la cuestión ha hecho creer a algunos que los consejos de las universidades tienen privilegios y esa grosera similitud ha sido deducida del hecho de ser cuerpos colegios, lo que es absurdo.

8. — OBSERVACIONES SOBRE REDACCIÓN Y FÓRMULAS EN LA LEY. Importa considerar, aún sumariamente la terminología, pero también importa a la técnica legislativa considerar la construcción de las proposiciones y las cláusulas, y lo que es más, las disposiciones no necesarias¹⁸.

¹⁸ a) La redacción de la ley es parte importante de la técnica legislativa, una redacción que debe observar las reglas gramaticales, especialmente de sintaxis y simplificar la terminología jurídica. En lo que respecta a las palabras empleadas en técnicas diversas (la terminología jurídica también es técnica) referidas a las diversas profesiones, industrias, aplicaciones científicas, ellas deben ser empleadas y explicadas y evitarse las perifrasis o idiomas extranjeros aunque no tengan expresiones equivalentes en el idioma nacional, pues las consideramos inconvenientes e impropias para la ley común, v. gr., la ley civil, y también las leyes administrativas de aplicación general como los códigos de la materia contenciosa, los relativos a régimen contractual, expropiación, funcionarios públicos, etc. Esas expresiones, cuando más, pueden aceptarse en los reglamentos internos de la Administración, con reservas y advertencias sobre su significado. (a)

Sobre esta advertencia que es propia de las disposiciones de la ley el empleo de los verbos en tiempo futuro, porque es carácter esencial de la ley disponer para el futuro, salvo las excepciones de retroactividad, que deben ser limitadísimas y no afectar garantías constitucionales ni derechos adquiridos, ni reservar contratos que no se hayan realizado in fundam legi.

Cuando se emplea verbo en presente se convierte en la disposición imperativa en una especie de definición técnica, o aspiración ideal o sueldo de algo, y todo eso solamente es admisible en una exposición de motivos, o en un programa, y no siempre.

La ley redactada en el lenguaje claro, sencillo, conciso (lo que significa vulgar), es entendida por el mayor número de los destinatarios y de los que las aplican, que no siempre son peritos en derecho. Esta observación vale especialmente para las leyes fiscales. A los administrados y contribuyentes no se les debe obligar, por causas impuestas a la ley a valores de asesoramiento profesional, pues cuanto más dificultades se presentan en la aplicación o cumplimiento de la ley, mayor es el número de los que eluden su cumplimiento, y el número de cuestiones y discusiones en caso de cumplirla.

b) Las disposiciones de la ley deben ordenarse en secciones correspondientes a la organización, funcionamiento de los órganos, a la competencia, a los derechos y deberes y a la responsabilidad.

No deben emplearse expresiones vagas o inciertas. Por ejemplo "Derogase las disposiciones que se opongan a la presente ley", sino que deben determinarse las leyes que se derogan, si la nueva es substitutiva de las anteriores. Si la derogación es parcial y en realidad lo es, a diferencia de la abrogación, que es total, debe también expresarse lo derogado.

Debe evitarse la fórmula "el Poder ejecutivo reglamentará la presente ley", a menos que se determine a qué disposiciones deben reglamentarse. La razón de esto es de explicación obvia. El Poder ejecutivo tiene la atribución directamente constitucional de reglamentar las leyes que requieren reglamentación, que son las que él debe aplicar, es decir, como Poder administrado, y las que la propia ley libera a esa reglamentación, parcial, como las que se refieren a fijación de términos de cumplimiento de obligaciones administrativas, fiscales, electorales, o la determinación de materias como la que libera a la reglamentación administrativa la creación de las enfermedades profesionales que obligan a la indemnización personal.

Declárese en otro lugar que la falta de reglamentación no paraliza la ejecución de la ley, es la que no depende de reglamento. La aplicación de la ley solamente puede diferirse por expresa disposición de la misma. Es buena norma la de fijar el máximo del término en que deben reglamentarse la ley, vencido el cual sin haberse cumplido el legislador puede y debe dictar las normas pertinentes.

7. — ANOMALÍAS EN EL RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LA LEY.

Un gran principio que debe imperar en todo ordenamiento legislativo es el de la unidad e integridad "normativa". No debe haber lagunas en la ley, ni en el sistema legal referido a cada rama de la legislación. Pero la unidad sistemática se afecta más por la abundancia de leyes que por ser ellas muy pocas.

Bajo regímenes gubernativos arbitrarios no educados para la función constitucional del Estado, que extienden su acción nefasta hasta la intimidación (que jamás debiera impresionar al hombre de ley), la técnica legislativa (la mala técnica, ya lo hemos dicho más de una vez, sirve para todo) se manifiesta como

La técnica y la terminología pueden diferir en razón del dominio de la respectiva aplicación de la ley. Si se trata de derecho común, o sea de derecho privado, (s. gr. civil, comercial, penal), sea de derecho público (leyes electorales, impositivas o otras que imponen obligaciones de derechos públicos, o atribuyen derechos de esa misma índole), ellas deben ser redactadas con mayor claridad, precisión y sencillez (sin admitir expresiones vulgares, pues la ley debe tener función educativa) que las leyes que solamente tienen curso y aplicación en los órganos gubernativos y administrativos; en estas leyes puede admitirse una terminología más técnica específicamente, es decir por la especie de la materia.

Las cámaras legislativas deben someter los proyectos sancionados a la revisión de comisiones que examinen la constitucionalidad de las normas dadas, la redacción del texto general, la adecuación de los preceptos o disposiciones; esas comisiones deben emitir dictámenes analítico sobre cada una de las objeciones, reparos o advertencias, y las cámaras deben considerarlos antes de la sanción al Poder ejecutivo.

Cuando sobre una materia o rama de legislación existan varias leyes, deben codensarse en un texto único, y si se delega esa tarea en el Poder ejecutivo, se le deben indicar a éste las limitaciones que la tarea de unificación y uniformidad le imponga.

Los cambios políticos, no ya de forma de gobierno, sino de composición partidaria de los poderes, suelen determinar trastornos en la legislación cuando los proyectos no son de buena política, sino de intereses facciosos o de otro orden. Los gobiernos de facto, de mentalidad castrense (en la que millares de disposiciones reglamentarias consisten en disciplinas o detalles operativos, etc.), han causado un enorme daño no sólo a la legislación nacional, sino también a la provincial, por obra de interventores de la misma faztura. El gobierno que inició su actividad en 1938 ha sido más perturbador que los de facto no sólo porque violando compromisos electorales luego fallados, aprobó los decretos-leyes sin discusión y transgrediendo la Constitución que determina la formación y sanción de las leyes, sino que sus propias leyes y decretos son inconstitucionales en gran parte. Esto, además de los contrastes irregulares y contrarios al interés general.⁽¹⁰⁾

Después de la guerra de 1939 a 1945 en varios países de Europa, la legislación especialísima de emergencia, aumentó en proporciones espantosas, y no siempre con acierto, sobre todo las de orden jurisdiccional.⁽¹¹⁾

(10) REPORT (op. cit., p. 248), dice que al texto debe ser redactado de manera que represente la voluntad del legislador y lo haga conciso y aceptar por todos.

(11) Justo es reconocer que el gobierno de origen radical de 1933 a 1938 suspendió la legislación vigente, pues durante ese período sancionaron pocas leyes, en general sumarias, emitidas en la Constitución. Era oportuno su reconocimiento. Los gobiernos de 1931 a 1933 mantuvieron esa línea de conducta política, y especialmente en el período 1931 a 1933 la legislación fue en cierto modo integrada con leyes incoherentes, con excepción de las que establecieron un laxentísimo régimen de inscripción en la sucesión privada (Leyes reguladoras) y en el régimen bancario. Desde 1933 a junio de 1945 se sancionaron leyes modernas, y en general conciliadas.

(12) REPORT (op. cit., p. 252), señala la confusión reinante en materia legislativa después de la reforma constitucional de 1948, y hace notar que la legislación francesa de otra época fue considerada en diversos países como modelo de legislación. Una buena técnica juega papel importante en el prestigio de la ley, pues asegura su uniformidad y su duración, y puede disminuir los defectos y las ineficiencias de una sesión.

recurso indispensable que se emplea con el objeto de enervar ciertas disposiciones legales que tienen pleno vigor desde su emanación. Uno de esos recursos es el que consiste en paralizar indefinidamente el cumplimiento de una ley con el pretexto de que no se ha dictado la reglamentación, y eso ocurre aun en los casos en que la reglamentación sólo interesa a una disposición o varias. Es elemental que si se admitiere el ejercicio no condicionado de la reglamentación, forzoso es convenir en que el Poder ejecutivo podría no ejecutar la ley con sólo no reglamentarla, o al menos diferir injustificadamente la reglamentación.

Otro recurso reprochable es *suspender la aplicación de algunas disposiciones legales* con el pretexto de que se proyecta la reforma general de la ley. Así, por ejemplo, poco después de transferirse los ferrocarriles al Estado, para la prestación directa, se sancionó la ley 13.583, de 13 de octubre de 1948, que dispuso "hasta tanto se establezca por ley el régimen de los transportes a cargo del Estado nacional, el art. 188 del Código de Comercio no será aplicable a los mismos, quedando librado lo relativo al retardo a lo que se estipule en las cartas de porte". El art. 188 dispone "que en caso de retardo en la ejecución del transporte por más tiempo del establecido en el artículo anterior, perderá el porteador una parte del precio del transporte, proporcionado a la duración del retardo, y el precio completo del transporte si el retardo durase doble tiempo del establecido para la ejecución del transporte, además de la obligación de resarcir el mayor daño que se probare haber recibido por la expresada causa". Es evidente que esa nueva disposición anómala tuvo por objeto privar a los usuarios de una garantía de regularidad de servicio, o sea un derecho que podían ejercer cuando el servicio lo prestaban los concesionarios.

Desde luego —como la misma disposición lo establece—, no hay responsabilidad cuando la tardanza proviene de fuerza mayor o caso fortuito, o de hecho del remitente o del destinatario. Pero "la falta de medios suficientes para el transporte no será bastante para excusar el retardo".

Esta disposición lógica, jurídica, fundada en el principio general de responsabilidad, se suprimió, como se ve, con un pretexto absurdo, pues el hecho de que una empresa de transporte se transfiriera del concesionario al Estado, ninguna relación tiene con la *situación jurídica de los usuarios del transporte*. Además, el régimen contractual del transporte es materia de derecho común y extraña a la nueva organización administrativa que es interna.

La cláusula relativa a la excepción según la cual "queda librado el retardo a lo que se estipule en la carta de porte" es anómala e hipócrita, pues le basta al jefe administrativo ordenar

a los agentes de la empresa que no acepten esa cláusula en la carta de porte cuando comporta cualquier forma de responsabilidad derivada del transporte, máxime cuando —como ocurre en esta materia— no hay concurrencia o competencia sino monopolio ya *de jure*, ya *de facto*, y aun se agrava este régimen arbitrario si se considera que los agentes del gobierno pueden admitir instrucciones para pactar la cláusula del retardo cuando ella la soliciten los favoritos del gobierno, como ha ocurrido con la admisión de las cargas, pues muchos adversarios políticos, o cargadores que no se sometían al cohecho no lograban vagones para el transporte. Bajo el régimen depuesto en 1955 eso era frecuente. Un régimen faccioso y corrompido convierte así un servicio público en algo que no es servicio público, pues los caracteres de éste son la *continuidad*, la *generalidad*, es decir, que debe ser objetivo e impersonal respecto de los usuarios.

Ea de buena técnica legislativa establecer en la ley todas las disposiciones que son de la esencia y de la naturaleza del contrato, y no olvidar que la libertad de contratar no existe en caso de monopolio, aunque ese monopolio sea *de Archa*. Pero esa labor no es del metodólogo, sino del jurista; las directivas del servicio pueden ser determinadas por economistas o técnicos del transporte²⁰; pero, el régimen jurídico en ningún caso es materia de éstos, y necesario es advertirlo ante la propensión a invadir ese régimen.

En efecto, algunos llamados técnicos expeditivos, prácticos que "en el papel" lo resuelven todo, son más enemigos del orden a veces que los reglamentados. Las experiencias de la racionalización en nuestro país no la acreditan. La tecnocracia tiene el grave defecto, además de no dar garantías ni responsabilidad²¹.

El arropamiento, muy socorrido, de la necesidad de reglar de manera "integral" una materia, cuestión, servicio o régimen jurídico, suele emplearse para enervar con el veto ejecutivo una ley bien inspirada, jurídicamente fundada, pero simplemente ampliatoria o modificatoria de una ley orgánica. Ejemplo de esta perversión de la potestad colegislativa es el veto que el Poder ejecutivo opuso a la ley 11.635, del 28 de septiembre de 1932, por la que se establecía la inamovilidad de los miembros que

²⁰ Véase mi *Derecho administrativo*, 3ª ed., t. I, pá. 482 y ss., t. II, pá. 252 y ss.

²¹ La tecnocracia —se considera tal el organismo de investigación compuesto de científicos, técnicos, físicos y bioquímicos— puede tener su dominio en el mecanismo social, según SCOTT (20) y como esas profesiones otras; pero en la legislación cualquier predominio o influencia de ese culto es perturbador. El jurista no recurre a fórmulas ni cifras ni signos convencionales, pero lo mismo que el base político da directivas, considera los problemas *res integra*, así también el jurista, aplica su método integral y de proyectos para el ordenamiento legislativo previo y completo basándose en principios esenciales.

(20) Véase GILBERT, E. L., *¿Qué es la tecnocracia?* Madrid, 1936, pá. 11 y ss.

forman el tribunal de cuentas de la Contaduría General de la Nación y que además disponía que esos miembros (presidente y contadores mayores) serían nombrados por el Poder ejecutivo con acuerdo del Senado, a la vez autorizaba al presidente de la Contaduría General a publicar, por la prensa, las observaciones que ese órgano hiciera a las inversiones ilegales decretadas por el Poder ejecutivo. En otras disposiciones establecía que los responsables podían ser procesados por malversación hasta cinco años después de haber cesado en sus cargos. El veto se fundó en la necesidad de un proyecto orgánico (!) como si fuese un reglamento militar²⁰, propio de la mentalidad castrense que en parte tenía el autor del veto, pero no el redactor, que no lo firmó.

A propósito de la Contaduría General y del régimen legal hemos hecho numerosas críticas de técnica legislativa²¹.

²⁰ La experiencia lamentable de los gobiernos de facto en nuestro país, sobre todo el segundo y el tercero, corrobora nuestra observación crítica. El régimen intermedio entre 1946 y 1953, aunque constitucional en su origen, debemos considerarlo, por la misma causa que el anterior y el posterior a él, un régimen de marca repudatoria, inestable y arbitrario, cuyos resultados todavía perduran. Desde luego, el que se inició en mayo de 1958 ya al comienzo sancionó varias leyes inconstitucionales como la de asociaciones profesionales y la de ministerios, sin duda para condonar la absurda y ridícula vocación ministerial en las actividades económico-financiera y militar. Esto además de la gestión económica de vocación "contractual" con empresas foráneas. Todos esos decretos-leyes y leyes formales tienen la misma factura técnica y las mismas fallas con respecto a la Constitución.

²¹ Véase en mi libro *Estudios jurídicos de la Contabilidad pública*, Contra ese veto escribí un artículo de crítica jurídica en "Revista Parlamentaria", febrero de 1953, pp. 19 y ss.