

Macedonio Fernández: su tesis inédita *De las personas*¹

Marisa Alejandra Muñoz²

Macedonio Fernández fue un pensador y escritor argentino nacido en 1874, en pleno auge de lo que se ha denominado en la historiografía filosófica como “espiritualismo”, cuyo inicio en la Argentina se produjo en la segunda mitad del siglo XIX (Roig, A. 1972)³. El ingreso del positivismo a partir de 1880, a pesar de la presencia que adquirió en los distintos campos del saber, no significó la desaparición de las corrientes espiritualistas, ya que éstas se prolongaron en determinados autores. Asimismo, el positivismo en nuestro país no fue un cuerpo de doctrinas homogéneo, sino que se manifestó de diversos modos y su influencia abarca vastos sectores de la cultura (Biagini, H. 1985; Soler, R. 1968; Terán, O. 2004, 13–95).

El clima previo a la irrupción del positivismo fue configurado por una serie de expresiones que convivieron conflictivamente en el denominado espiritualismo pero ofreciendo algunos rasgos comunes. El eclecticismo, el racionalismo, el panteísmo, el pesimismo, el krausismo, fueron algunas de es-

1 Macedonio Fernández, “De las personas”. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1897 (tesis doctoral inédita, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires). Al final del texto, que no sobrepasa las veinte páginas de la copia mecanografiada que tenemos, figuran los nombres de quienes fueron sus evaluadores: A. Montes de Oca y E. Navarro Viola.

2 Docente e investigadora Universidad Nacional de Cuyo – CONICET.
<mmunoz@mendoza-conicet.gov.ar>

3 Por “espiritualismo” se entiende, siguiendo el esquema propuesto por Arturo Roig, un conjunto de tendencias y doctrinas que tradicionalmente han sido consideradas como inmediatamente anteriores a la aparición del “positivismo”. Esta corriente de ideas también ha recibido el nombre de “romanticismo”. La tesis de Roig es que la corriente espiritualista perdura en algunas de sus variantes hasta las primeras décadas del siglo XX.

tas corrientes. Si las constantes de esta amplia tendencia espiritualista estuvieron vinculadas a un cierto romanticismo y al liberalismo doctrinario, la misma comenzó a ser desplazada con la aparición del positivismo.

Macedonio Fernández cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Buenos Aires, en plena actuación de los representantes de la generación del '80, e ingresó en la Facultad de Derecho en 1891. Los textos filosóficos que se utilizaban en los años que cursó en el Colegio Nacional seguían manteniendo el esquema de enseñanza de Amadeo Jacques propuesto en su *Manual de filosofía* (Leocata, F. 2004, 111–151; Roig, A. 1960–1961, 159–182)⁴. Hacia finales de la década de 1880 la filosofía impartida en los programas oficiales comenzó a hacer visible el ingreso de las doctrinas positivistas, aunque al mismo tiempo siguieron conviviendo tópicos eclécticos. José Ingenieros (1877–1925), contemporáneo de Macedonio Fernández, en una evaluación de dicha época afirma:

La muy poca filosofía que se enseñó en el país durante el período de organización nacional fue ecléctica y de baja ley [...]. Los profesores de filosofía que se sucedieron en el país hasta 1890 oscilaron entre el eclecticismo y la escolástica, manteniéndose ajenos a los nuevos ideales que orientaban la cultura de los países ilustrados (Ingenieros, J. 1919, 300–301).

4 La influencia de Amadeo Jacques (1813–1865), perteneciente al eclecticismo francés, fue ciertamente importante y de larga duración en los programas de enseñanza en los Colegios Nacionales de Buenos Aires. El *Manual de Filosofía*, escrito junto a Julio Simon y Emilio Saisset, contó con varias ediciones: la primera en español se publicó en 1848. Madrid: Imprenta Hilario Martínez, Librería de Don Ángel Calleja. Esta versión española fue realizada por Martínez del Romero teniendo en cuenta la segunda edición francesa. Hacia 1888 los programas oficiales en estos colegios seguían manteniendo temas eclécticos; orientación que también se evidencia en el criterio de dividir la filosofía en psicología, lógica, moral y teodicea. Jacques –representante de lo que se ha llamado, más específicamente, el “eclecticismo de cátedra”– fue director de estudios del Colegio Nacional entre 1863 y 1865, en Buenos Aires.

Futuro abogado, Macedonio Fernández cursó los estudios de Filosofía del Derecho con el krausista Wenceslao Escalante (1852–1912) y realizó su tesis de doctorado con el periodista y abogado Carlos Malagarriga (1860–1936), español republicano que llegó a Buenos Aires en 1889 (García, C. 2004; Roig, A. 1969, 52–163). Esta Facultad, como la de Medicina y años más tarde la Facultad de Filosofía y Letras, fueron centros en los que se propagaron rápidamente las ideas positivistas.

La tesis *De las personas*, con la que Macedonio Fernández obtuvo su título de “Doctor en Jurisprudencia”, es casi desconocida entre los propios lectores de su obra. Uno de los motivos es que aún permanece inédita; otro, es que estuvo perdida por años debido a que fue robada de los archivos de la Biblioteca Nacional de Buenos Aires. Afortunadamente recuperada, hoy forma parte del plan de publicación de la Editorial Corregidor.

El texto se inscribe en la primera etapa de su trayectoria intelectual. En este sentido se harán algunas referencias al tipo de filosofía que se impartía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, fundamentalmente desde la cátedra de Filosofía del Derecho, creada en 1884. También indicaremos algunos datos biográficos de quien fuera su padrino de tesis, el Dr. Carlos Malagarriga.

La Facultad de Derecho se caracterizó por ser un espacio de formación filosófico–ideológica de quienes han formado parte de la clase dirigente en la Argentina. También en sus aulas se gestaron importantes cuestionamientos al poder vigente. En este sentido, esta institución no quedó al margen de la historia de nuestro país, y menos aún de las ideas que impulsaron la constitución de un Estado moderno; señalamientos que son oportunos, pues Macedonio Fernández inició allí su trayectoria intelectual en un clima de ideas en el que convivieron variadas tendencias ideológicas al acercarse el fin de siglo.

Ricarte Soler en su estudio sobre el positivismo argentino señala que los estudios sociológicos, tan importantes durante la década de 1890, tuvieron su origen en el positivismo jurídico. La importancia social y política de los juristas venía acompañada de una menor incidencia del clero y una decadencia de los estudios teológicos. El “derecho canónico” comenzaba a ser reemplazado por el “derecho natural”, cuestión que contribuyó al surgimiento de la sociología como disciplina científica (Soler, R. 1968, 143–197).

En 1884 se creó la cátedra de Filosofía del Derecho, que estuvo a cargo de Wenceslao Escalante por más de veinte años, y por lo tanto Macedonio cursó con él la única materia filosófica de su carrera. Asimismo, por las ideas expresadas en su tesis doctoral, fue capaz de identificar dos concepciones filosóficas en conflicto respecto de cómo entender el Derecho y el sujeto de derecho, a las que denominó “positivista” e “idealista”. En esta última lo ubica a su profesor Escalante. Los llamados “idealistas” de fines del siglo XIX también han sido agrupados bajo el nombre de espiritualistas, pero es necesario precisar esta denominación⁵.

Está documentada la resistencia que Escalante ejerció respecto de las concepciones positivistas que tuvieron una incidencia fundamental en la Argentina a partir de la década del noventa. Arturo Roig, en sus estudios sobre el krausismo en la Argentina, ha contribuido a que se conozcan no sólo las posiciones de Escalante, sino también las diferentes expresiones filosóficas que estuvieron presentes en la segunda mitad del siglo XIX. Tomaremos de su estudio sobre el krausismo jurídico algunos conceptos que se vinculan con el sujeto del derecho en su fundamentación filosófica.

En el ideario krausista, el concepto de “personalidad” está vinculado a la moralidad y el derecho. Habría un juicio de fondo en esta concepción: la prioridad de la “persona” por sobre el “sujeto jurídico”; es decir, lo jurídico y el alcance de la ciudadanía cobrarían sentido a partir de los sujetos reales que los hacen posibles, y estos sujetos reales serán entendidos como anteriores al mismo derecho o, mejor aún, serán el punto de partida de éste.

Para Escalante el conocimiento de la naturaleza humana es fundamental. La psicología que aparece en sus estudios le otorga un fuerte valor a la instancia “subjetiva” de las conductas humanas, aunque no deja de tener en cuenta la faz objetiva de la misma. En el caso del positivismo, serían los hechos

5 Los estudios de Arturo Roig nos han orientado para organizar el complejo mapa de ideas filosóficas en la Argentina en esta etapa. Su tesis, precisamente, apunta a mostrar cómo conviven distintas concepciones en el período llamado espiritualista y, en este sentido, señala que no es suficiente apelar sin más a esta corriente de ideas si no se acompaña de señalamientos específicos en torno a concepciones y doctrinas que conviven en simultaneidad.

o fenómenos objetivos los que tienen preponderancia. La orientación de la psicología espiritualista de la segunda mitad del siglo XIX se apoyó en las lecturas de Leibniz y Maine de Biran; esto vale tanto para la filosofía ecléctica como para la krausista. En este sentido, es retomada y considerada como fundamental la noción de “sustancia”, leída, además, a partir del concepto de “fuerza” que le imprimiera Leibniz al concepto cartesiano. También comienzan a adquirir relevancia las nociones de “conciencia” e “intimidad”. Paul Janet, Amadeo Jacques y Émile Boirac aparecen, según testimonios de época, como fuentes de la psicología de Escalante en las que está presente, también, la idea de sustancia vinculada al concepto de libertad (Roig, A. 1969, 35)⁶.

El krausismo parte de una concepción “organicista” y “solidarista” de la sociedad. Los seres humanos despliegan en el curso de sus vidas las facultades inherentes a su naturaleza en el marco de una armonía cualificada por una racionalidad participante de la idea divina. Como es posible apreciar, estas ideas no son ajenas a una concepción metafísica del ser humano. La antropología que se desprende de la misma forma parte de la posición de Escalante. En el concepto de “persona”, vinculada a lo jurídico, se puede apreciar el lugar fundamental que asume la faz moral dentro de la concepción krausista, sujeta a un orden divino. Habría, asimismo, una diferencia fundamental con el positivismo que interpretaba la moral desde presupuestos biológico-evolutivos.

¿De qué trata la tesis de Macedonio Fernández? Su tema y texto de tesis ¿se puede inscribir en alguna de las concepciones que él mismo identifica: positivismo e idealismo? ¿Se pueden señalar en este escrito algunos intereses que serán luego desarrollados en su etapa de madurez? ¿Es un escrito de orden formal para acceder a la posesión de un título, o se puede leer en el mismo parte de la idiosincrasia del autor?

La decisión de Macedonio Fernández de “escoger el estudio histórico y positivo del sujeto del Derecho” no es –entendemos– casual, sino que responde a fuertes divergencias con el texto del Código Civil elaborado por

6 Arturo Roig cita los testimonios de Elías Martínez Buteler respecto de las fuentes de W. Escalante y nombra también, dentro del otro paradigma, el positivista, a Rodolfo Rivarola, quien lee a Ribot, a Sergi y escribe sobre la “voluntad criminal”.

Dalmacio Vélez Sarsfield. En la parte final de la tesis hace suya la impugnación –que fue general en su momento, a más de confirmada por el propio autor– de que Vélez Sarsfield realizó casi una copia del Código Civil brasileño de Augusto Teixeira de Freitas (1816–1883) (Levaggi, A. 2005, 169–259)⁷.

Es de sentir –dice Macedonio– que nuestro codificador, que tanto respeto profesaba a la autoridad de Freitas, a quien ha seguido frecuentemente en la letra, como él mismo lo confiesa, se haya apartado de él en uno de los asuntos más dignos de ser imitados, en la clasificación de las personas⁸.

El eje de la primera parte de la tesis está en la noción de “persona”. En función de esto, la divide en dos secciones: la primera lleva a cabo “un somero estudio de carácter empírico, que recaerá sobre los rasgos más salientes de nuestra legislación, en lo que a personas atañe”; en la segunda, intenta una clasificación de las “personas”, por lo que se abre su Sección Primera con el concepto de “personas jurídicas”. En esta parte Macedonio Fernández encuentra justificable que el Estado sea declarado “persona jurídica”, si bien observa algunas faltas que se podrían considerar de estilo, expresadas como pleonasmos o redundancias inútiles en las definiciones, en particular la de “Persona”. No es necesario definir al delito del que puede hacerse responsable a alguien como “toda acción u omisión penada por la ley”. Simplemente porque la “omisión” es en sí misma una acción.

Pero aparte de otro caso de pleonismo que presenta, la crítica ciertamente fuerte contra Vélez Sarsfield tiene que ver con los artículos del Código que tratan de la mujer. Las limitaciones impuestas a la mujer, así como los motivos que las fundamentan –entre otros, la incapacidad moral que la

7 En un estudio relativamente reciente encontramos un análisis del Código Civil argentino con una especial atención en torno al concepto de “persona jurídica”, que es justamente el que Macedonio aborda en su tesis. Cf. Derecho Civil: la obra cumbre. El Código; Instituciones del Código Civil. En Levaggi, A. 2005.

8 En adelante, todos los textos citados pertenecen a su tesis inédita.

inhabilita para ser testigo—, manifiestan un concepto “tan deprimente para la mujer argentina que no perdonará jamás al Dr. Vélez Sarsfield”. Es interesante mencionar que el proyecto de Código Civil fue aprobado por el Congreso a libro cerrado el 25 de setiembre de 1869, mediante la Ley nº 340.

En los comienzos de la Sección Primera, al referirse al concepto de “persona jurídica”, Macedonio Fernández hace notar que entre los códigos civiles existentes, el argentino ha prestado un especial interés por el estudio de las “personas jurídicas”, dentro de las cuales se ha entendido al Estado como “sujeto moral y de derechos” (Vélez Sarsfield, D. 1944, 174–202)⁹. Macedonio se detiene a analizar los alcances de esta ampliación de la noción de “sujeto jurídico” en lo que respecta al “derecho internacional público”; es decir, cómo ingresa el Estado en la “Sociedad de las Naciones”. En particular, en las naciones democráticas como la Argentina, es importante que la ley civil erija al Estado en “persona jurídica”; situación que obliga a los sucesivos mandatarios a reconocer las deudas contraídas por gobernantes anteriores. Lógicamente, Macedonio Fernández se está refiriendo a deudas “legítimas”, además de razonables. No es ajeno este modo de evaluar las relaciones internacionales bajo el sueño de la *Paz Perpetua*. Detrás de esa concepción estaban el Abate Saint-Pierre, Rousseau, Kant y, especialmente, Juan Bautista Alberdi.

De todos modos, quedan aspectos poco fáciles de entender en el escrito. Macedonio Fernández nos dice que

... el requisito esencial, el único quizás que la Sociedad de las Naciones deberá exigir para otorgar la carta de ciudadanía internacional al estado naciente que aspirará a ser miembro de ella sería la atribución de ese Estado a sí mismo de la personalidad jurídica que importa la

9 Juan B. Alberdi había denunciado en un “folleto” la copia realizada por Vélez Sarsfield especialmente del Código Civil brasileño realizado por Augusto Teixeira de Freitas, quien fue autor de *Consolidação das Leis Civis* y *Esboço de um Código Civil para o Brasil*. Entre las muchas acusaciones que recibe por la época el autor del Código, la única a la que responde es a la de Alberdi. Interesa su lectura en la medida que especifica algunas singularidades del concepto de persona jurídica, por las que resulta diferente a los enunciados en los otros códigos consultados.

separación de un capital social distinto del capital de cada súbdito y sola garantía de las obligaciones comunes.

¿En qué consiste este “capital social” que hará de garantía? La respuesta no es clara. Por lo pronto, para que exista debe imponerse la diferenciación entre “capital público” y “capital privado”. ¿En qué consiste el primero? No se olvide que Macedonio Fernández escribía su tesis después de la llamada “Campaña del Desierto” y de la incorporación como propiedad del Estado nacional de las 20.000 leguas cuadradas de las que se jactaba Julio A. Roca, las que habían duplicado la superficie del país y con las que se creó el sistema de “gobernaciones”. El autor conjetura, haciendo un ejercicio hipotético, que en el caso de los contratos internacionales su cumplimiento tendrá en cuenta, como distintos, los bienes del Estado de los del ciudadano; es decir, habrá un claro discernimiento entre el “capital público” y el “capital privado”. Sus disquisiciones contienen cierta suposición, con el tiempo rebatida, de que los Estados más fuertes no ejercerán su poder sobre los otros, incluso denegando su propia parte en el contrato en el seno de la Sociedad de las Naciones.

Otro tema que le parece a Macedonio importante, al extremo de decir que se trata “del mayor de los problemas jurídicos, el que puede llamarse problema del Derecho, sin exageración”, es aquel que Vélez Sarsfield denomina, con términos suyos, el de la “persona visible” o “natural”. Con esta cuestión se trata de abordar el problema de los individuos en cuanto “entes jurídicos”; ya no se trata del Estado: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes son personas de existencia visible”. En una palabra, “persona” es sinónimo de “hombre”. Esta “visibilidad” es a su vez “viabilidad”, es decir, que la ley presume como “viable”, hacia la personería jurídica plena, a “todo el humano que nazca vivo”. No cabe duda que todos estos conceptos muestran aspectos fundamentales del Código Civil que comenta Macedonio Fernández, aunque al ocuparse del tema de la mujer como “persona jurídica” se harán patentes las asimetrías jurídicas con relación al varón.

La mujer ha sido mantenida desde hace mucho tiempo por casi todas las legislaciones en una minoridad permanente. La ley de Mann

quería que nunca se gobernara sola haciéndola pasar de la potestad del padre a la del marido, a la de los hijos, a la de los parientes, etc. [...] En cuanto a los derechos políticos, jamás los ha disfrutado la mujer [...].

La mujer no es una persona de nuestro derecho constitucional, ni de casi ningún otro contemporáneo.

Macedonio Fernández señala los pro y los contra que se encuentran en la legislación argentina, en la que quedan señaladas las limitaciones de la ley civil propuesta por Vélez Sarsfield. Hace explícita su posición de rechazo en torno a los prejuicios de época que buscan la justificación “natural” de la desigualdad de los sexos. El joven pensador adhiere, en cierto modo, al movimiento “feminista” en cuanto piensa que no hay diferencias intelectuales ni morales entre la mujer y el varón, por lo que su posición es, si quisiéramos llamarla de algún modo, la de un feminismo de “igualdad”.

Si bien en el Código de Vélez Sarsfield, se le reconocen algunas ventajas –fijar la misma edad de capacidad para ambos sexos, los veintidós años, “la nubilidad y la pubertad tienen un mismo plazo”, “la emancipación por el matrimonio es común a ambos (art. 131)– y su irrevocabilidad también (art. 133)”, Macedonio agrega que hay otras “disposiciones” con relación al régimen matrimonial que “mutilan considerablemente su capacidad, hasta el punto de hacer difícil de reconocer en ella la persona de derecho civil” (Sáez, M. A. 1920)¹⁰.

Ante esta situación de opresión, Macedonio, hablando en primera persona, dice: “... en mi opinión debe refutarse donde quiera que se alegue [...] la afirmación de una superioridad intelectual y moral a favor del hombre”. A éste “se le asigna un papel absorbente en la vida política y civil. Nadie ha demostrado esto seguramente...”. Con este propósito trae a colación el

10 Entre las críticas que se realizaron al Código algunas se dirigieron específicamente al matrimonio. Uno de los que le hizo llegar sus observaciones a Vélez Sarsfield fue el mendocino Manuel A. Sáez, *Juicios críticos sobre el proyecto del código civil argentino*, 1920 (Escriben varios autores: García, Manuel R.; López, José E.; Sáez, Manuel A.; Vélez Sarsfield, Dalmacio; López, Vicente F.; Lahitte, Alfredo; Alberdi, Juan Bautista; de la Plaza, Victorino).

“movimiento feminista”, así como las “argucias deducidas de la biología fisiológica y psicológica, de la sociología, etc.”, en una clara referencia a personajes como Cesare Lombroso y otros denigradores del sexo femenino¹¹.

Macedonio advierte en la tesis el grosero antifeminismo que padece Schopenhauer y quienes se apoyan en él.

... no ha logrado convencerme de una cosa a saber, que si fuera probable la opinión de Schopenhauer, según la cual, la mujer padece de una miopía intelectual que sólo le permite ver claro de cerca, sería en cambio seguro que el hombre ve menos cuando más le conviene y desea ver.

Luego invoca autoridades indiscutibles, como Ribot, Lange, James, Sergi y “toda la escuela psicofisiológica”, de acuerdo con las cuales ha quedado probado el papel “preponderante de la vida emocional sobre la intelectual”. Y concluye preguntando “¿quién ahora pretendería que la mujer es inferior al hombre en sentimientos?” y “¿no manifiesta la mujer de mil modos su actividad intelectual en las cosas a las que se dedica por habérselas abandonado el hombre?”.

Nada más absurdo entonces que, ante decisivas evidencias, los legisladores le hayan prohibido a la mujer el derecho de tutela, “siendo que posee aptitudes superiores al hombre, especialmente cuando recae sobre pupilos de su sexo”. Y otra limitación jurídica es la privación del ejercicio de la Patria Potestad mientras viva el marido, aun cuando en caso de fallecimiento se le autorice su práctica. Y para colmo, según Macedonio, se mantiene la privación a la mujer de la “administración de sus bienes propios” y “autoriza al

11 En el siglo XIX aparecen tanto en Europa como en América los movimientos feministas. En enero de 1896, aparece en la Argentina *La Voz de la Mujer. Periódico comunista-anárquico (1896-1897)*, en el contexto de la literatura socialista y anarquista del fin de siglo. Entendemos que es la primera publicación en donde se articulan posiciones sociales y políticas junto a una radical forma de interpelación respecto de los sexos. El periódico ha sido reeditado por la Universidad Nacional de Quilmes, 2002.

marido a enajenar los bienes muebles de la mujer, sin necesidad de su anuencia...”. Macedonio concluye lo que entiende como una indignante enumeración de privaciones de derechos a la mujer, apoyada en prejuicios sin fundamento alguno, señalando como el máximo agravio la prohibición de ser “testigo”, cuestión que en su opinión, como ya se apuntó, entiende que “... la mujer argentina no se lo perdonará jamás al Dr. Vélez Sarsfield”.

En la Sección II de su tesis se ocupa Macedonio Fernández del “Concepto y clasificación racional de las personas”, tema que se abre con un esbozo de historia. Retoma algunos aspectos de la cuestión de la mujer, siempre desde un punto de vista jurídico. El tema es ampliado luego con la cuestión jurídica del extranjero y el proletariado. Es notable que Macedonio Fernández quiera dar un lugar en esta tesis a aquellos sectores sociales que han sufrido y sufren privaciones de derechos. En efecto, este es uno de los motivos centrales de su escrito. Si tenemos en cuenta la participación de la mujer y la conquista de derechos a fines del siglo XIX, éstos se han acrecentado (con todas las excepciones que se han visto), y sin embargo, según Macedonio, este progreso es menos completo que el que en su momento alcanzaron los esclavos al eliminarse legalmente la esclavitud, y los extranjeros. Estos últimos, si bien están privados de derechos políticos, poseen todos los derechos civiles. Además de esos sectores, está el “proletariado moderno” que, si bien goza de los derechos civiles y políticos, depende, en su condición económica, de la organización de la propiedad, lo cual afirma que “... hace inevitable la existencia de una clase innumerable de personas pobres”. Claro está que para algunos de ellos es posible el acceso a un cierto nivel de riqueza, pero agrega la siguiente observación: “... la ley de concentración de capital ya plenamente verificada, tenderá a aumentar el número de pobres y la intensidad de la pobreza”; situación ante la cual Macedonio no ve otra solución que la beneficencia. No se le escapa, sin embargo, que desde la percepción de la élite, para “los ricos” la pobreza no es fruto del sistema de propiedad, sino de la culpabilidad de los propios pobres, los que resultan por eso “indignos de protección”. Macedonio llega a pensar que la situación del proletariado es “más injusta” que la de los antiguos esclavos. De estos textos surge claramente la sensibilidad social que movía al joven Macedonio Fernández en sus años universitarios.

El último capítulo de la tesis está dedicado al aspecto teórico del vocabulario sobre los términos “sujeto” y “persona”. Si en los capítulos anteriores el autor trabajó sobre el presupuesto de una sinonimia de ambos términos, ahora, ateniéndose a los alcances puramente jurídicos de ambos, se verá obligado a darles cierta autonomía semántica, tal como lo exige una lectura cuidadosa del Código Civil. Antes había procedido a partir de una sinonimia porque su análisis no se redujo al campo del derecho, sino a aspectos que determinan al derecho mismo, poniéndole limitaciones y haciendo de él usos que atentan contra principios sociales y antropológicos.

De todos modos, hay que hacer la observación que, entre sus declaraciones iniciales y el plan desarrollado efectivamente en su tesis, hay cierto desajuste. El futuro abogado comenzó declarándose una “mente especulativa” e hizo referencia a la “fascinación” que sobre sí “... ejercen los problemas arduos simbolizados en *concepto de un contenido inagotable como el de sujeto* [las cursivas son nuestras]”. Pero si el móvil que impulsa al autor a realizar su tesis de doctorado es la “fascinación” que siente por tratar de alcanzar cierta comprensión del concepto “inagotable” de sujeto en la legislación argentina, el análisis filosófico que se espera en la segunda parte de su escrito no está en concordancia con este propósito, pues sólo se limita a describir cómo se definen en el Código Civil los conceptos de “sujeto jurídico” y “persona jurídica”.

Más de un lector de Macedonio, que conoce el importante esfuerzo teórico que habrá de desarrollar cuando llegue a su madurez filosófica – etapa en la que las nociones de “sujeto” y “persona” quedarán condicionadas por su categoría de “almismo ayoico”– esperará encontrar en estas áridas palabras finales un anticipo de esos intereses posteriores. Pero no es así, pues nos da la impresión que el objetivo perseguido es terminar presentando, esquemáticamente, los usos estrictamente jurídicos sobre el concepto de “persona”, tal como surgen del texto mismo del Código Civil.

Se podría decir que las partes I y II de su tesis muestran un juego retórico, destinado a convencer al jurado acerca de su conocimiento del texto de Vélez Sarsfield y de su capacidad de aplicarlo a casos concretos del Derecho. De todos modos, aquel espíritu de crítica social que prevalece en la primera parte no se ha perdido del todo. Nuestro autor no pierde ocasión de

acusar al maestro Vélez Sarsfield de haber proyectado un Código Civil que es copia casi textual del Código Civil brasileño, salvo en la parte en que no debiera haberse apartado del original.

Un interesante momento para aproximarse a enfoques no propiamente jurídicos, sino filosóficos, se mostró al consignar su calurosa defensa de la mujer apoyándose en autores que habían defendido la importancia de la vida emocional: Ribot, Lange, James y Sergi. Estos autores son los que acompañarán a Macedonio durante su carrera filosófica. Tal el caso, especialmente, de William James.

Al final de la tesis surge también un texto de mucho interés. Es aquel en que hace expresa referencia a su maestro de filosofía en la Facultad, el Dr. Wenceslao Escalante, sostenedor de doctrinas del krausismo, quien –además de conservar viva la lectura de Henrich Ahrens, el célebre discípulo de Krause– mantenía entonces una fuerte discusión con los positivistas ya presentes en la Facultad de Derecho. Si nos atenemos a la filosofía que desarrollará más tarde Macedonio Fernández, no cabe duda que sus simpatías estaban del lado de Escalante, sin dejar de señalar la importancia de lo social, factor decisivo para los positivistas.

Aun cuando Escalante es una figura importante para dar cuenta del espíritu filosófico experimentado en la Facultad de Derecho de esos años, una breve referencia es necesaria a quien fuera el padrino de tesis. El Dr. Carlos Malagarriga fue de origen español, abogado, militante en las filas del republicanismo, llegado a la Argentina en 1889 por razones políticas. Sus ideas fueron afines al socialismo y al anarquismo, y en esta línea lo serán sus colaboraciones en periódicos y revistas. Junto a otros intelectuales afiliados al Partido Socialista, como Ingenieros, Payró, Lugones, de la Cárcova y Schiaffino, asumió la tarea de organización de los primeros centros culturales obreros. Unos años antes participó del proyecto de creación de bibliotecas obreras apoyando a Juan B. Justo. Este proyecto se vio concretado, junto con la creación de la Escuela Libre para Trabajadores, en el mismo año que su discípulo presentó su tesis doctoral (Abad de Santillán, D. 1930; Corbière, E. 1971; Cúneo, D. 1956; García, C. 2004).

El hecho de que Macedonio Fernández lo eligiera como padrino de tesis responde –entendemos– a cierta estima intelectual y afinidad de ideas,

circunstancias que han quedado expresadas en cartas y en fragmentos de sus respectivos libros. Ambos publicaron artículos en *La Montaña*, periódico socialista y revolucionario dirigido por José Ingenieros y Leopoldo Lugones.

Rferencias y bibliografía

- Abad de Santillán, Diego. 1930. *El movimiento anarquista en la Argentina*. Buenos Aires: Argonauta.
- Biagini, Hugo (compilador). 1985. *El movimiento positivista argentino*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano.
- Corbière, Emilio. 1971. *Historia integral argentina*, Tomo 5. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Cúneo, Dardo. 1956. *Juan B. Justo y las luchas sociales argentinas*. Buenos Aires: Aipe.
- García, Carlos. 2005. *Macedonio Fernández y Carlos Malagarriga*. Hamburg: www.macedonio.net
- Ingenieros, José. 1919. Los estudios psicológicos en la Argentina. *Revista de Filosofía* (Buenos Aires) V (año V): 300–301.
- Jacques, Amedée, J. Simon et É. Saisset. 1847. *Manuel de Philosophie à l'usage des collèges*. Paris: Joubet.
- La Voz de la Mujer. Periódico comunista-anárquico (1896–1897)*. 2002 (reedición, 1ª edición 1997). Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- Leocata, Francisco. 2004. *Los caminos de la filosofía en la Argentina*. Buenos Aires: CESBA.
- Levaggi, Abelardo. 2005. *Dalmacio Vélez Sarsfield, jurisconsulto*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Roig, Arturo. 1960–1961. Notas sobre el eclecticismo en la Argentina. *Revista de Historia Americana y Argentina* (Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Filosofía y Letras) 5 y 6 (III): 159–182.
- Roig, Arturo. 1969. *Los krausistas argentinos*. Puebla: Cajica.
- Roig, Arturo. 1972. *El espiritualismo argentino entre 1850 y 1900*. Puebla: Cajica.
- Soler, Ricaurte. 1968. *El positivismo argentino*. Buenos Aires: Paidós.
- Sáez, Manuel A. 1920. *Juicios críticos sobre el proyecto del código civil argentino* (escriben varios autores: García, Manuel R.; López, José F.; Sáez, Manuel A.; Vélez Sarsfield, Dalmacio; López, Vicente E.; Lahitte, Alfredo; Alberdi, Juan Bautista; de la Plaza, Victorino). Buenos Aires: J. Menéndez.
- Terán, Oscar (coordinador). 2004. *Ideas en el siglo. Intelectuales y cultura en el siglo XX latinoamericano*. Buenos Aires: Siglo XXI–Fundación OSDE.

Vélez Sarsfield, Dalmacio. 1944. *Páginas Magistrales*, prólogo de Domingo Faustino Sarmiento. (Colección Grandes Escritores Argentinos, dirigida por Alberto Palcos). Buenos Aires: Jackson.

EXTRACTOS INÉDITOS DE
LA TESIS DE MACEDONIO FERNÁNDEZ*

De las Personas

Tesis de doctorado para obtener el título de
doctor en jurisprudencia (1897). Inédita.

PRESENTADA A LA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, UNIVERSIDAD DE LA CAPITAL.

PADRINO: DR. CARLOS MALAGARRIGA.

FECHA DE PRESENTACIÓN: BUENOS AIRES, 22 DE MAYO DE 1897.

FECHA DE APROBACIÓN: BUENOS AIRES, 11 DE JUNIO DE 1897.

Introducción

Muchas razones me invitaban a escoger el estudio teórico y positivo del sujeto de Derecho, como asunto de la tesis que tengo el honor de someter a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a pesar de los obstáculos insuperables por mi manifiesta insipiencia, tras los cuales el vasto problema oculta envidiosamente su propia solución: tan grandes éstos que han limitado desde el principio mis pretensiones a solo la conquista de un poco de luz para mi espíritu, sin esperanza de aumentar la de los que más internados en el mundo jurídico, han podido apreciar de cerca las exigencias de una

* Por encontrarse la tesis en plan de edición por la Editorial Corregidor, nos es imposible publicar el texto completo. Se ha realizado el siguiente recorte: la Introducción completa y fragmentos de las secciones I y II. Las copias sobre las que hemos trabajado, tanto la mecanografiada por su hijo Adolfo de Obieta como una versión de la tesis recuperada y digitalizada, han sido facilitadas por Ana María Camblong y Alejandro Vaccaro, a quienes agradecemos muy especialmente. Se ha respetado la ortografía y sintaxis de dichas entregas.

solución y sin embargo tan atrayentes aquellas, que aun todo previsto me decidieron a soltar mi tenue vela en un mar tan nebuloso en busca de tan dudosa ribera.

La primera de éstas ha sido sin duda móvil más que motivo, la fascinación irresistible para una mente especulativa que ejercen los problemas arduos simbolizados en conceptos de un contenido inagotable como el de *sujeto* pero la más persuasiva para quien se dispone a consagrar su vida a la defensa del *espíritu* de la legislación argentina que la nitidez de visión que el autor de nuestra ley civil ha tenido de la trascendencia de tal concepto y que ha revelado ante todo dedicando un título entero y el primero de su Código al esbozo del sujeto moral del Derecho y luego reconstruyendo y completando personalidades que prejuicios seculares presentaban desfigurados en las legislaciones coetáneas.

Para alcanzar mayor claridad en la exposición de mi asunto dividiré esta tesis en dos secciones, llenada la primera por un somero estudio de carácter empírico que recaerá sobre los rasgos más salientes de nuestra legislación en lo que a personas atañe, y consagrada la segunda a una tentativa de clasificación de las personas.

[...]

SECCIÓN PRIMERA. Las personas ante nuestra legislación

Personas Jurídicas

[...]

La tendencia liberal del Dr. Vélez a extender el círculo de los sujetos del derecho se revela no solo cuando acuerda al Estado, a la Iglesia, etc., la personalidad jurídica, sino abreviando de 25 años (legislación española) a 22 el término de la minoridad¹, reconociendo la emancipación por

1 Olvidaba en mi enunciación a los pródigos o disipadores del número de los inca-

el matrimonio, aunque demasiado restringida, ciertamente en sus efectos, (art. 134 y 135) conservando a los extranjeros ya emancipados por la ley nacional, la capacidad ya adquirida, en fin, completamos la personalidad de la mujer tan desfigurada a menudo por las legislaciones antiguas y aún modernas, que la privaban ya del ejercicio de la tutela ya de la patria potestad.

La mujer ha sido mantenida desde hace mucho tiempo por casi todas las legislaciones en una minoridad permanente. La ley de Mann quería que nunca se gobernara sola haciéndola pasar de la potestad del padre a la del marido, a la de los hijos, a la de los parientes, etc.

Las leyes romanas la sujetaban a la patria potestad marital. En tiempos de Claudio se inicia un movimiento liberal que modifica favorablemente la condición civil de la mujer. Juliano coronó esta evolución aboliendo casi todas las restricciones que pesaban sobre ella. Es cierto que la tutela perpetua, la privación del ejercicio de la patria potestad, de la tutela y cautela, estaban compensadas por ciertas ventajas: eran reputadas núbiles a los doce años, mientras que la edad legal de la pubertad en el hombre eran los 14 años. Sus errores de derecho eran más fácilmente excusados. Pero lo primero no es más que la constatación jurídica de un hecho psicológico y no un privilegio, y lo segundo traiciona precisamente lo que queríamos demostrar: que la mujer en Roma era un sujeto imperfectísimo del derecho, indigno del epíteto de persona.

En cuanto a los derechos políticos jamás los ha disfrutado la mujer, ni en India, ni en Roma, ni en nuestros días. La mujer no es una persona de nuestro derecho constitucional ni de casi ningún otro contemporáneo. En la Edad Media tuvo la mujer todos los honores y el hombre todos los derechos.

La revolución francesa que ha empezado algo en todas las cosas, inició también la emancipación de la mujer que acabará quizás con la conquista

paces (art. 54), hecha a imitación del Código de Luisiana, por un sin número de razones ha venido a aumentar igualmente la clase de las *personas*.

de los derechos políticos, desde que la vemos equiparada casi completamente al hombre como sujeto del derecho comercial, y aun con más personalidad en el derecho comercial que en el civil; véase sino el art. 23 de nuestro Código de Comercio.

La condición civil hecha a la mujer por el Dr. Vélez es superior bajo ciertos aspectos e inferior bajo otros, a la que tiene en otras legislaciones modernas.

Nuestra ley fija una misma edad de capacidad para ambos sexos, los veintidós años, la nubilidad y la pubertad tienen un mismo plazo, la emancipación por el matrimonio es común a ambos (art. 131) y su irrevocabilidad también (art. 133).

Pero numerosas disposiciones y sobre todo la organización del régimen del matrimonio mutilan considerablemente su capacidad, hasta el punto de hacer difícil reconocer en ella la persona del derecho civil.

Dos razones de diferente carácter se arguyen alternativamente para justificar las diversas restricciones que afectan la personalidad de la mujer.

Una que en mi opinión debe refutarse donde quiera que se alegue, consiste en la afirmación de una superioridad intelectual y moral a favor del hombre que le asigna naturalmente un papel absorbente en la vida política y civil. Nadie ha demostrado esto seguramente. En los últimos años, con ocasión del movimiento feminista, multitud de pensadores han bordado el problema en libros y revistas, haciendo valer el pro y el contra, con argucias deducidas de la biología fisiológica y psicológica, de la sociología, etc.

Pero el abigarrado tumulto de opiniones lanzadas en esta discusión, no ha logrado convencerme de una cosa, a saber, que si fuera probable la opinión de Schopenhauer, según la cual, la mujer padece de una miopía intelectual que sólo le permite ver claro de cerca, sería en cambio seguro que el hombre ve menos cuando más le conviene y desea ver, como lo afirma la

polémica indicada, en que mi apasionamiento infantil ha ahuyentado la luz que se buscaba.

Los más elementales principios de la psicología brindaban llanamente la solución a los que los buscaron por la vía deductiva, la capacidad intelectual es un resultado casi totalmente ontogenético de la acción; de la atención, y la atención como lo ha demostrado irreparablemente [sic] Ribot (*Psychologie de l'attention*), con Lange, con William James, con Sergi y toda la escuela psicofisiológica que vino a sostener hace pocos años el rol preponderante de la vida emocional sobre la intelectual, viene de los sentimientos. ¿Ahora, quién pretendería que la mujer es inferior al hombre en sentimientos? Y en cuanto a aquellas que se buscaran en la observación directa ¿no manifiesta la mujer de mil modos su actividad intelectual en las cosas a que se dedica por habérselas abandonado el hombre?²

Así la privación de la tutela y curatela como de la patria potestad son justificables. Felizmente, nuestro codificador no ha incurrido en esta última y en cuanto a la curatela le concede la del marido (art. 476) y la de los hijos (art. 478). Pero le prohibió la tutela (art. 398 inc. B) para cuyo ejercicio posee aptitudes superiores al hombre, especialmente cuando recae sobre pupilos de su sexo. Por lo que respecta a la Patria Potestad (art. 305), durante el matrimonio se le priva su ejercicio so pretexto de conveniencia de unidad en la dirección del hogar, aunque no se la exima de ninguna de las obligaciones que ella impone, pero de todos modos es un progreso concedérselo, muerto el marido, pues que hoy existen legislaciones que o se la niegan o se la otorgan excesivamente restringida.

La organización de la sociedad conyugal por nuestras leyes, a pesar de la separación de patrimonios que cabe dentro del sistema mixto adoptado por el Dr. Vélez, priva a la mujer de la administración de sus bienes propios y autoriza al marido a enajenar los bienes muebles de la mujer, sin necesidad

2 Lo que es increíble es que observador tan perspicaz como Lombroso haya sostenido la inferioridad moral de la mujer.

de su anuencia, aunque aumenta en cambio la responsabilidad económica de aquel.

Por lo tanto, solo en el orden de las relaciones personales son considerados iguales ambos cónyuges³.

Esta *capitis diminutio* ha sido explicada por la argumentación consistente en la supuesta inferioridad de la mujer.

También ha sido justificada por razones de utilidad, a saber, la necesidad dentro del hogar de mantener la unidad de dirección de la familia y de los bienes. Pero, en realidad el verdadero motivo es el prejuicio indicado, pues lo mismo se obtendría dicha unidad adjudicando la dirección a la mujer. Razones de utilidad social o personal a la mujer, pueden justificar ciertas inhibiciones que tienden a aumentar en ellas las aptitudes características que la designan para desempeñar una misión distinta de la del hombre, pero no menos alejándola de ciertos modos de actividad como la vida política o la vida comercial, donde hay para ella mucho que perder en cambio de pocas o ninguna ventaja. Por esto mismo debiera la mujer ser preferida en la tutela y curatela y compartir con el marido la patria potestad aunque se atribuyera a éste la administración de los bienes.

[...]

Se explicaría también en la mujer casada la prohibición de ejercer el comercio sin consentimiento del marido, y no en la soltera que puede necesitar de él para la vida; pero lo que nunca será plausible son las restricciones so pretexto de incapacidad intelectual y mucho menos de incapacidad moral como la prohibición de ser testigo, tan deprimente para la mujer argentina que no lo perdonará jamás al Dr. Vélez Sarsfield.

3 Observaré que el Código Penal ha desconocido este espíritu de nuestra ley civil. (Art. 122 y 123), diversificando las condiciones del adulterio para cada cónyuge.

SECCIÓN SEGUNDA. Concepto y Clasificación racional de las personas

[...]

CAPÍTULO 1º. Historia

[...]

La mujer existe sin personalidad jurídica, desde el Código de Manú hasta *ius civile* romano anterior a Claudio, bajo tutela perpetua, privada del ejercicio de la patria potestad, de la tutela y curatela de los derechos políticos.

Hasta Juliano, una evolución favorable a ella se opera en el derecho romano, pero durante la Edad Media cae nuevamente en la minoría de edad. Desde la Revolución Francesa a nuestros días su participación en las relaciones de derecho se ha acrecentado y sin embargo este progreso es menos completo que el realizado respecto a los esclavos y extranjeros, pues aquellos han desaparecido, y éstos, si bien privados de los derechos políticos, poseen todos los derechos civiles.

De este modo, por una lenta evolución, con alternativas marcadas, ha venido a engrosar el mundo de la vida jurídica una parte considerable de la humanidad, excluido de él en parte por reputársela incapaz de reciprocidad, que es el caso de la mujer, y en parte por el egoísmo poco ilustrado de la clase dominante.

Entre algunos escritores de la escuela socialista se ha cometido cierta confusión que procuraré disipar en breves palabras, porque ella parecería contradecir la afirmación contenida en las líneas que preceden según la cual, el número de los seres a los cuales se extiende la red del derecho, es hoy mayor que la del pasado histórico.

Se ha pretendido identificar el proletario moderno con el esclavo, agregando que el proletario había sustituido al siervo medieval, como éste

sustituyó al esclavo y que la proclamación de los derechos del hombre, a pesar de la apariencia de profunda revolución con que deslumbra a los espíritus poco críticos no ha mejorado ni superficialmente la condición económica de la clase más numerosa de la sociedad, cuya existencia hace tan inevitable la organización jurídica actual como la antigua.

Lo que en el fondo de todo esto hay de verdadero, es que en las naciones modernas, la mayor parte de sus miembros sufren hoy, tanto por la organización económica, como antes por la jurídica además de la económica.

La proclamación de los derechos del hombre ha suprimido el esclavo sin suprimir el proletario; pero se olvida que en Roma como en Grecia y en toda la antigüedad [y] la Edad Media, existían dos clases de desheredados: el esclavo y el proletario⁴; el primero cuya desgracia tiene su origen puramente jurídico. La exclusión de todo derecho; y el segundo, por una causa puramente económica, la organización y distribución de la propiedad, mientras que hoy solo existe una, la segunda.

De aquí una diferencia entre el esclavo y el proletario que aparece más visible en Roma y en Grecia donde ambos coexistían. El esclavo estaba individualmente designado. Era un hombre a quien la circunstancia de ser extranjero vencido en la guerra⁵ o de ser hijo de alguien que era ya esclavo por esta circunstancia, privada de todo derecho.

La condición de esclavo era inherente al individuo puesto que, estándole vedada la actividad contractual, nunca podía por la acción de su propia labor abrirse un acceso al derecho de propiedad. Esto además, de que carecía del derecho político y no podía formar familia: sus hijos no le pertenecían, pues eran esclavos por herencia.

4 La palabra misma es de origen romano: *Proletario* designa al individuo cuya pobreza no le permite otra cosa en beneficio de la comunidad, que formar *prole*.

5 O bien una *capitis diminutio* máxima.

No sucede otro tanto con el proletario moderno. Este puede haber sido rico o llegar a serlo. El azar del nacimiento influye poderosamente mediante la herencia en su condición económica, pero él, puede adquirir la riqueza que no tiene. Lo mismo que el rico puede perder la que ha heredado.

Pero de todos modos es evidente que nuestra organización de la propiedad, idéntica a la de los antiguos griegos, romanos, etc., hace inevitable la existencia de una clase innumerable de personas pobres, cuyas unidades aunque individualmente insustituibles no pueden aumentar ni disminuir sensiblemente⁶.

Mas debe decirse todavía, la suma de dolor que reconoce su causa en la organización social es mayor que en otro tiempo, lo que es susceptible de atribuirse en parte a esta ilusión: siendo hoy todos los hombres admitidos a la vida jurídica, la pobreza parece culpable, y por consiguiente la riqueza meritoria. Viendo el capitalista al obrero armado de los mismos derechos que él para la conquista de la propiedad, lo juzga indigno de protección, imputando a la desidia su miseria. Por el contrario era manifiesto para un romano que el esclavo lo era por causas independientes de su voluntad, de donde la frecuencia con que éste era devuelto a la libertad por la emancipación.

En una palabra puede caracterizarse la diferencia en este punto entre la civilización de hoy y la antigua, diciendo que ésta siendo más injusta que aquella, era sin embargo mejor para la mayoría.

6 La ley de concentración del capital ya plenamente verificada, tenderá a aumentar el número de pobres, y la intensidad de la pobreza, si la actividad no contractual de los ricos (donaciones, beneficencia), entre otras causas, no aminora sus efectos.

CAPÍTULO II. Teoría. Sujeto y Persona

[...]

Terminaremos lo relativo al sujeto del derecho con su definición extraída del discurso precedente: “Sujeto activo del derecho es aquel extremo de una relación jurídica, (persona o cosa personificada) a cuyo favor ésta existe”.

Persona. La persona es de dos clases: física o natural, cuya definición casi innecesaria sería, de acuerdo con las legislaciones, todo hombre concebido, nacido, o simplemente posible. Y persona ideal o moral, que no tiene existencia sino por convenciones, que no se organiza sino a imagen de la otra. Esta persona es de dos modos: unas veces resulta de la aglomeración de muchas personas reales fundidas en una persona moral sola; otras veces la persona ideal no corresponde sino a una sola persona real y su rol es llenado también por otra persona real. Tenemos pues: 1º) Persona real o natural; 2º) Persona ideal por fusión; 3º) Persona ideal por representación.

Persona real. La personalidad jurídica tiene su base en la personalidad psicológica. Si un individuo no se concibe *a sí mismo* como una personalidad autónoma no puede tampoco considerarse como un ser capaz de derechos.

El individuo que ya ha comprendido la existencia en él –de una actividad propia que debe satisfacer se reúne con otros individuos para explotar las ventajas de la convivencia– se apercibe de la precisión en que se halla de limitar su actividad para hacer posible la coexistencia del grupo y así nacen en él los sentimientos que le acercan su posición como individuo respecto del grupo social, es decir los sentimientos de justicia. A este reconocimiento de lo justo, acompaña en el desarrollo psicológico individual el desenvolvimiento de un sentimiento de capacidad propia para obrar según la justicia y este sentimiento es el núcleo íntimo de la conciencia de la personalidad jurídica.

El hombre ha reconocido el beneficio de vivir jurídicamente, con todos los hombres, con el mayor número posible de hombres, y por eso muchas legislaciones han devuelto la personalidad al esclavo y han extendido el dominio del derecho a todos los seres humanos, es decir a todos los seres vivos que ha reputado capaces de reciprocidad.

La mayor edad es la época en que se considera que el individuo entra en posesión de esa capacidad; hasta entonces la ley para proteger su personalidad virtual le antepone, por decir así, una persona de las que hemos llamado ideales por representación. Es de advertir que en todas las legislaciones esta representación empieza desde que empieza estrictamente la virtualidad, es decir no desde el nacimiento sino desde la concepción.

Hemos visto qué es lo que constituye íntimamente el lado psicológico de la personalidad, a saber el sentimiento de la necesidad de una serie de restricciones a la actividad individual para la posibilidad de la conveniencia que se resuelve en el sentimiento y concepción de la justicia cuando el individuo aparece en una sociedad que ha formulado ya en reglas consuetudinarias su error de adaptación recíproca y el sentimiento de la capacidad propia para encarrilar la actividad individual dentro de esas fórmulas. La escuela positiva y la escuela idealista coinciden en reconocer que la personalidad es el núcleo de derivación de todos los derechos.

[...]

En el concepto de personalidad civil se reúne todo un conjunto de momentos diferentes de la evolución social, se toma la personalidad jurídica, no en el instante de su génesis que es el fundamental para el derecho científico, sino en un momento ya muy avanzado de su evolución. Así comprendido el principio de la personalidad en el dominio de las relaciones privadas, no es un derecho especial según se enseña y se cree generalmente, sino una *colonia de derechos*. Es como el fondo sobre el cual se describe íntegramente el ciclo del desarrollo jurídico de los individuos en cuanto miembros de la convivencia. Es la fuente inmediata de donde proceden todos los derechos y

todos los deberes de los asociados, en suma es todo el organismo del derecho privado considerado en sus orígenes. Desde el primero hasta el último, todos los derechos y sus deberes correspondientes son en cuanto datos, ramificaciones distintas del principio de personalidad y surgen por multiplicación y transformación de las relaciones existentes entre los individuos.

[...]

Personas ideales. 1ª persona ideal por fusión. Esta clase de personas ideales se presentan bajo tres tipos: la sociedad, la comunidad y la indivisión.

La sociedad propiamente dicha es una persona civil que trabaja para acrecentar el haber común moral o material, y puede estar constituida por personas físicas, por capitales o por ambas cosas; ejemplo de la primera la sociedad filantrópica, religiosa; de la segunda la sociedad anónima; de la tercera la sociedad comercial en nombre colectivo o de comandita, la sociedad conyugal.

En el caso de la sociedad anónima y de capital o cosas en general, la persona ideal no resulta de la fusión de personas reales; pero las cosas o capitales son personificadas como ya dijimos que sucedía respecto al fundo dominante de la servidumbre real. No es extraño que las cosas *se personifiquen*; cuando sucede también que las personas se realicen como ha dicho un escritor francés refiriéndose a la esclavitud.

[...]

Persona moral por representación. Cuando una persona real obra en representación de otra persona real, aquella pierde su realidad en el derecho y se torna ideal; lo que lo prueba es el hecho de que el derecho romano se resistió siempre a esta idealización, porque no cabía dentro de su lógica formalista. En Roma era un principio riguroso que nadie podía adquirir derechos por intermedio de otro que no estuviese en cierto modo absorbido en él por las relaciones de potestad, o que no fuera un mero instrumento, como el mensajero (nuntius) en los contratos consensuales, en cuyo caso el inter-

mediario no era tenido en cuenta para nada en la convención. De aquí que el mandatario debiera contratar en nombre personal y fuera el único obligado respecto del tercero, quien por su parte no tenía en un principio acción alguna contra el mandante. Si el mandatario no se obligaba directamente no adquiriría ni para él ni para el mandante.

Las legislaciones modernas, menos lógicas y más utilitarias, consienten que el representante se borre, una vez ejecutado el acto de representación: lo que se ha expresado admirablemente diciendo que el mandatario es transparente⁷.

La representación puede ser total como en el mandato general, y parcial en el mandato de un acto o de una serie determinada de actos; puede ser también voluntaria y forzada.

La voluntaria, que es el caso del mandato general o singular, ha sido muy posterior en la historia del derecho a la representación forzada; ésta debe haber constituido probablemente el germen de aquella.

La representación forzada puede también ser general como la del tutor o del padre, o parcial como la del curador.

Para terminar hay casos en que la representación no sustituye completamente la persona, no hace más que integrarla. En el caso de la mujer en los actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges.

Las personas ideales tienen también como las reales, una vida, es decir que nacen, se desarrollan y mueren. Nuestro Código Civil lo ha reglamentado, en los cap. I y II del primer título, pero refiriéndose únicamente a las personas jurídicas que constituyen las solas personas ideales de nuestra ley civil.

⁷ Adviértase que no entendemos el concepto de representación ni al mandato romano, ni a la comisión de nuestro código de comercio. En ambos casos falta la *transparencia*.

Es de sentir que nuestro codificador, que tanto respeto profesaba a la autoridad de Freitas, a quien ha seguido frecuentemente a la letra, como él mismo lo confiesa, se haya apartado de él en uno de los asuntos en que era más digno de ser imitado, en la clasificación de las personas.

Para Freitas, toda persona que no es de existencia visible es ideal; estas se dividen en públicas o jurídicas y privadas, y las jurídicas son necesarias (lo que nuestro código indica, art. 33, inciso 1º a 4º) o posibles (toda asociación, que se proponga el bien común, iglesias, bancos, sociedad anónima o en comandita, siempre que tengan patrimonio propio y no subsistan de asignación del Estado). Hasta aquí el proyecto de Freitas y nuestro código se acuerdan, pero luego toda la categoría de las personas privadas de existencia ideal que son para Freitas las sociedades civiles y comerciales, nacionales y extranjeras, quedan excluidas de la existencia ideal. No olvidamos sin embargo que por el art. 46: “Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas son consideradas como simples asociaciones civiles, etc.”, quedan subsanados los efectos de esta exclusión, pero de todos modos resulta que en teoría el Dr. Vélez no ha considerado como efecto inevitable de toda fusión de individuos la formación de una persona ideal. Sólo cuando la fusión es de interés público, surge la persona ideal.

El nacimiento y la muerte de las personas ideales depende de condiciones o circunstancias muy diversas, como era de esperarse, de las que determinan el nacimiento y la muerte de las personas reales. Nuestra ley civil ha resuelto en sentido afirmativo la cuestión de la necesidad de la intervención de la sociedad para el nacimiento de las personas jurídicas e igualmente de la necesidad de esa intervención para la muerte de las mismas, (art. 45 y 49). Las legislaciones en general consienten la formación de las sociedades sin necesidad de autorización pública bajo la condición sola de la publicidad.

A pesar de las razones con que la justifica Savigny y de las que agrega el Dr. Vélez de orden económico y político, creemos que tal exigencia ofende la autonomía individual desde que hace necesarios para la formación de una sociedad, además del consentimiento de sus miembros, el de la sociedad.

Proposiciones accesorias

1º) El juego debe ser libre.

2º) El matrimonio entre mayores de edad debe ser un contrato; entre menores una institución social reglamentada por el Estado.

3º) Los inmuebles deben ser comerciables.

4º) La parte disponible debe variar de un modo inversamente proporcional al número de los herederos forzosos.

[...]

