

## NUEVAMENTE SOBRE TEORÍAS JURÍDICAS Y ESTRATEGIA (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

*Resumen:* Se consideran diversas teorías jurídicas desde el punto de vista de su idoneidad para el desarrollo de la Estrategia Jurídica. Se concluye en la especial calificación que al respecto presenta la teoría trialista del mundo jurídico, construcción tridimensional que incluye en el Derecho repartos captados por normatividades y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia, con diversidades en cuanto a alcances, dinámicas y situaciones.

*Palabras clave:* Teorías jurídicas. Estrategia Jurídica. Táctica Jurídica. Positivismo. Jusnaturalismo. Crítica. Análisis económico del Derecho. Tri-dimensionalismo. Trialismo

*Abstract:* Various legal theories are considered from the point of view of their suitability for the development of the Law Strategy. It is concluded

---

(\*) Material para el dictado de una clase en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

En el recuerdo especial de Juan Bautista Alberdi, estrategia principal de la Constitución Nacional, en el 210° aniversario de su nacimiento (San Miguel de Tucumán, 29 de agosto de 1810, v. ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, incluye prólogo de Matías Frías, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017; *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, [www.hacer.org › pdf › sistema](http://www.hacer.org/pdf/sistema), 11-11-2020).

(\*\*) Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y titular de la Universidad Nacional de Rosario. [mciurocaldani@gmail.com](mailto:mciurocaldani@gmail.com); [mciuroc@derecho.uba.ar](mailto:mciuroc@derecho.uba.ar).

in the special qualification that the trialist theory of the legal world presents in this regard, a three-dimensional construction that includes in the Law distributions captured by norms and valued by a complex of values that culminate in justice, with diversities in terms of scope, dynamics and situations.

*Keywords:* Law theories. Law Strategy. Law Tactic. Positivism. Natural justice. Review. Economic analysis of Law. Three-dimensionalism. Trialism

1. Las teorías referidas al objeto del Derecho tienen profunda y diversa relación con la *Estrategia Jurídica*.<sup>1</sup> Unas y otra se desenvuelven, con di-

- 
- 1 Es posible *ampliar* por ejemplo en nuestros trabajos: “Significados tácticos de las teorías jurídicas”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, N° 33, 2012, págs. 33/62; *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011; “Estrategia integrativista de la abogacía”, en AS. VS., Foro de Práctica Profesional de Abogados Colegiados de la 1ª. Circunscripción – Santa Fe. *Homenaje al Dr. Carlos S. Fayt*, 2012, págs. 57/73; “Aportes teóricos para la comprensión estratégica del papel de la región litoral en el Mercosur”, en *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, Rosario, UNR Editora, 2012, págs. 167/189; “Nuevamente sobre la estrategia en la complejidad jurídica”, en *Proyecciones académicas del trialismo (disertaciones, comunicaciones y ponencias)*, II, Rosario, FderEdita, 2018, págs. 103/143; *Una teoría trialista del mundo jurídico. Realidad social. Normas. Valores. Especificidades. Estrategia*, Rosario, FderEdita, 2ª. edición *Una teoría trialista del Derecho. Comprensión iusfilosófica del mundo jurídico*, Bs. As., Astrea, 2020; “Aportes para una Teoría General de la Estrategia (Una teoría trialista del mundo estratégico)” y “Teoría general de la estrategia jurídica aplicada al Derecho de la Salud (el caso de la pandemia por COVID-19)”, en *Méritos y merecimientos. Filosofía de los títulos en el mundo jurídico y otros estudios*, respectivamente págs. 225/256 y págs. 257/271; “Estrategia jusprivatista internacional en el Mercosur”, en *Investigación y Docencia*, N° 27, 1996, págs. 62 y ss.; “Valor de la visión sistemática y estratégica en el Derecho de la Integración”, en *Derecho de la Integración*, N° 5, 1996, págs. 15 y ss.; “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en *Investigación ... cit.*, N° 32, págs. 25/6; “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 23, 1999, págs. 17/29; “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en *Investigación ... cit.*, N° 33, 2000, págs. 9/17; “Perspectiva estratégica para las pequeñas y medianas empresas en el régimen de los contratos del Libro VIII del Proyecto de Código Civil”, en *Derecho de la Integración*, N° 10, 2000, págs. 31/4; “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en *Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina*, número especial 31/3, 2004, págs. 30/38;

ferentes grados de explicitación y conciencia, en el juego de intereses y de

“Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en *Investigación ... cit.*, N° 36, 2004, págs. 21/31; “Aportes a la estrategia en las fuentes y el funcionamiento de las normas (Contribuciones a la estrategia comunicacional en el Derecho)”, en *Investigación ... cit.*, N° 45, 2012, págs. 79/110; “Comprensión integrativista tridimensionalista trialista de la participación en la democracia (Aportes a una estrategia jurídica de la complejidad de la participación, con especial referencia a la democracia)”, en *Investigación ... cit.*, N° 45, 2012, págs. 111/134; “La estrategia en las ramas jurídicas en la Argentina”, en *Investigación ... cit.*, N° 45, 2012, págs. 135/168; “Nuevas ramas jurídicas como parte de la estrategia de los derechos humanos”, en *Microjuris*, 12-dic-2013, MJ-DOC-6531-AR | MJD6531; “Aportes conceptuales a la estrategia jurídica: en especial, la oportunidad”, en *Investigación ... cit.*, N° 47, 2013, págs. 13/42; “Acercas de la estrategia jurídica”, en *La Ley*, 2014-C, págs.784/798, Cita on line: AR/DOC/1215/2014; “La recuperación de la aptitud estratégica, una necesidad de la juridicidad actual”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNR, N° 21, 2014, tomo I, págs. 97 a 123; “Las estrategias jurídicas de las dinastías Habsburgo y Borbón en relación con la Argentina”, en *Investigación ... cit.*, N° 51, 2015, págs. 93/102; “La estrategia jurídica de la presidencia de D. F. Sarmiento”, en *Investigación ... cit.*, N° 51, 2015, págs. 111/120; “Un aporte de Alf Ross a la estrategia de la Doctrina Jurídica (Hacia una mejor estrategia de la verificación)”, en *Utopía y praxis latinoamericana*, 20, 71, 2015, págs. 113/126; “Despliegues tácticos de Teoría General del Derecho de la Constitución de 1853 y su reforma de 1860 y de los códigos civiles de 1869 y 2014”, en *Investigación ... cit.*, N° 39, 2015, págs. 197/139; “Aportes para la evaluación estratégico-jurídica del Mercosur”, en *Derecho y Economía de la Integración*, N° 1, págs. 45/76; “Aportes para la evaluación estratégico-jurídica del Mercosur”, en *Investigación ... cit.*, N° 52, 2015/17, págs. 41/71; “Estrategia en la elaboración de normas jurídicas”, en *Revista de Ciencia de la Legislación*, Universidad del Salvador, Número 6, Septiembre 2019, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=45f5e6c53e6a48d37d1031660a7f3b8e>, 11-11-2020; “Perspectivas estratégicas en el Doctorado en Derecho (El Doctorado como caminos hacia el desarrollo y el progreso)”, en *Investigación ... cit.* N° 54, 2019/20, págs. 27/71; “Rosario, estrategia y cultura en el Mercosur”, en *La Capital*, Rosario, 10/11, 1994.

El número 46, 2013, de *Investigación ... cit.* es monográfico sobre Estrategia Jurídica con trabajos de *Walter Birchmeyer* y *Mariana Fernández Oliva*, *Juan José Bentolila*, *Mario Chaumet*, *Miguel Angel Ciuro Caldani*, *Milton Feuillade*, *Andrea Meroi*, *Noemí Nicolau*, *Alicia Perugini Zanetti* y *Juan Ignacio Prola*. En el número 51, 2015, de *Investigación ... cit.*, se publican trabajos sobre Estrategia Jurídica de *Mariana Fernández Oliva*, *Juan Pablo Cifré*, *Miguel Angel Ciuro Caldani*, *Damián Marcelo Dellaqueva*, *Mariano G. Morelli* y *Juan José Bentolila*.

En cuanto a las orientaciones jusfilosóficas cabe c. además nuestras *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

fuerzas, de realidades fácticas, lógica y valores y con alcances, dinámica y situaciones de imprescindible consideración. *Cada teoría jurídica es una teoría de la Estrategia.*

Todo lo que hacemos tiene sentidos estratégicos. De cierto modo cabe afirmar que los *humanos* somos, de manera particularmente relevante, seres con significados estratégicos. Los “sobrehumanos” reales o imaginarios y algunos de los otros animales tienen estrategias diferentes.

Consideramos relevante referir todas las perspectivas jurídicas a la Estrategia y toda la Estrategia a las perspectivas jurídicas. En este caso nos ocupamos del significado estratégico de varias teorías jurídicas.

2. Después de largo tiempo, un momento áureo de la referencia al *Derecho* fue el final del siglo XVIII y el comienzo del siglo XIX. Sobre todo la burguesía francesa logró avances a través del Derecho expresados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en el proceso revolucionario por la ya entonces Asamblea Nacional, el 26 de agosto de 1789, y en el Código Civil de los franceses consagratorio de la propiedad privada y la libertad de contratación, cuya aprobación culminó el 21 de marzo de 1804 a impulsos del Primer Cónsul, luego Emperador, Napoleón Bonaparte. Los autores de las normas habían tenido en cuenta lo que consideraban Derecho Natural, ahora solo cabía obedecer: “la ley es dura, pero es la ley”. Las dos obras fueron pilares fundamentales respectivos sentados en el Derecho Público y el Derecho Privado.

La *escuela de la exégesis* es expresión de una estrategia de la clase dominante, en sus raíces, de la burguesía francesa, que habiendo establecido un mojón fuerte con el Código Civil se dedicó a protegerlo a través del legalismo referido a la intención del legislador manifestada en la ley implementado en el silogismo judicial, que declaraba a los jueces “boca de la ley”; la sujeción de

---

Varios trabajos citados y otros relacionados con las teorías mencionadas y la Estrategia Jurídica se pueden consultar en *Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, <http://www.centrodefilosofia.org/>, 11-11-2020 y en *Libros de integrativismo trialista*, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 11-11-2020.

la doctrina al papel de comentadora de la ley y la aceptación de la costumbre solo cuando era invocada por la ley. Ocupado un espacio, era necesario resguardarlo de otros factores sociales.

Cada vez que haya un autor de normas en una circunstancia análoga puede verse inclinado a producir una estrategia de dichas características, aunque no se la reconozca como exegética.

3. Enfrentada a la escuela de la exégesis se desarrolla la teoría tridimensionalista de François Géný, denominada de la *libre investigación científica*, que se refiere a lo “dado” y lo “construido”. Dejando de lado la orientación a un Derecho Natural racional, para muchos discutible, y el carácter demasiado básico para el desarrollo de la Estrategia, su propuesta es de valor perdurable. Sea lo que fuera que haya que realizar, atender a las enseñanzas del maestro francés es muy importante.

4. El transcurso del siglo XIX fue el comienzo de importantes cuestionamientos al Derecho, por ejemplo desde la Economía a través de las ideas sansimonianas y marxistas y de las explicaciones psicológicas. El Derecho sería ahora considerado un instrumento de explotadores llamado a desaparecer o despliegue de la vida psíquica. Por otra parte, el Derecho Positivo vivía la continuidad del ataque, por entonces debilitado, del Derecho Natural.

En ese contexto del doble cuestionamiento Hans Kelsen, tal vez instrumento no consciente de los sectores dominantes que entonces y siempre buscaban y buscan esquivar el debate de fondo, se dedicó a fundar la lógica jurídica mediante una “*purificación*” que apartara la realidad social donde se despliega la causalidad —enviada a consideración de otras ciencias— y los valores —considerados meras opiniones—. El *positivismo normológico* que propone Kelsen no niega la necesidad de la Estrategia Jurídica, pero reduce su consideración a relaciones entre normatividades privándola de toda viabilidad relevante. La posición kelseniana es, como hemos indicado, la estrategia de grupos dominantes dispuestos a evitar el debate vital en el campo jurídico. En ese camino se suelen encontrar los despliegues en parte también esclarecedores, pero mutilantes, de la filosofía analítica positivista.

5. El *positivismo sociológico*, denominado también realismo, es un marco básico de gran relevancia para la Estrategia Jurídica. Sin embargo, al privarla de referencias lógicas y valorativas no meramente fácticas le quita la posibilidad de establecer objetivos sólidos y la hace mero taticismo.

6. Cuando sostiene que las soluciones injustas no son Derecho, el *jusnaturalismo apriorista* mutila las referencias a la realidad, su conducción y su lógica, que son imprescindibles para establecer y desarrollar la Estrategia Jurídica. Es una actitud útil para quienes, con actitudes platónicas ultraconservadoras o ultraprogresistas, no asumen los desafíos de la vida concreta.

7. En la medida en que se enfrentan al régimen en su conjunto las corrientes genéricamente “*críticas*” suelen establecer estrategias inviables y contraproducentes. A veces lo hacen siguiendo caminos de afinidad gramsciana con los que se otorga demasiada relevancia al dominio de la ideología y el papel de la intelectualidad. A menudo constituyen sectores de intelectuales privilegiados a quienes gobiernos conservadores entusiasman con algunas concesiones culturales e institucionales.

Una es la táctica de destrucción, otra la construcción estratégica; estos sectores pueden desplegar la primera, no la segunda. Con excesiva frecuencia estas posiciones se nutren de manera principal de grupos burgueses real o discursivamente disconformes.

8. Los *neoconstitucionalismos* y el pensamiento por *principios*, a menudo empleados para el disimulo por sectores jusnaturalistas y en parte consagrados en el Código Civil y Comercial argentino, centran demasiado la estrategia en tácticas de judicialidad, prescindiendo del papel que a nuestro parecer pueden y deben tener las tácticas legislativas y ejecutivas. A veces se hace referencia con franqueza al papel “*contramayoritario*” del poder judicial, lo que quiere decir que las minorías presuntamente iluminadas asumen en gran medida el gobierno.

Los sectores dominantes, generalmente la clase burguesa, pretenden utilizar el poder que casi siempre controlan para desarrollar sus propias estrategias, a menudo de cierto modo “progresistas”, con miras a asegurarse el control del despliegue popular, al que suelen rechazar como “conservador”. Por esta vía se llega a privar a los sectores marginales de lo único que suelen tener, que es el peso que pueda brindarles su sufragio.

9. Las afirmaciones de que la *injusticia extrema* no es Derecho, que tienen sobre todo significado táctico, corresponden también al resguardo de intereses considerados “justos” contra el despliegue de la voluntad de quienes hacen el Derecho “extremadamente injusto”. Con este discurso táctico muy limitado se favorece a menudo el papel de los jueces, con significado análogo a los referidos anteriormente respecto de los neoconstitucionalismos y el razonamiento por principios.

10. El *análisis económico del Derecho* corresponde en gran medida a la estrategia burguesa capitalista. Recorta desde el comienzo los planteos para que solo se adviertan los logros y no los defectos estratégicos respectivos.

11. En el campo complejo del tridimensionalismo la *teoría trialista del mundo jurídico* sostiene que en la juridicidad se deben incluir repartos de potencia e impotencia, captados por normatividades y valorados por un complejo de valores culminante en la justicia. Considera los alcances, la dinámica y las situaciones de las respuestas jurídicas. Por esas vías la teoría trialista brinda un instrumental particularmente rico para el despliegue estratégico.

Aunque puede ser utilizado para la realización de diversos objetivos, sobre todo si se atiende al modelo e incluso a los valores como construcciones (liberales, socialistas, etc.), el trialismo proporciona medios para un despliegue estratégico pleno.

Un *jurista es un estratega* de repartos captados por normatividades y valorados por un complejo de valores culminante en la justicia con alcances, dinámicas y situaciones especiales. Dice Werner Goldschmidt que jurista es

quien a sabiendas reparte con justicia<sup>2</sup>; en el sentido de este trabajo, es quien a sabiendas es capaz de proyectar y realizar estrategias jurídicas justas.<sup>3</sup>

- 
- 2 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. VII.
- 3 *Construimos como principio supremo de justicia* la exigencia de adjudicar a cada individuo la esfera de *desarrollo* (tal vez de libertad) para convertirse en *persona*, para personalizarse.