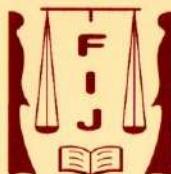


Nº 26
2002

REVISTA DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA
Y FILOSOFÍA SOCIAL



FUNDACION PARA LAS
INVESTIGACIONES JURIDICAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Dr. CP Ricardo Suárez

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ernesto Ignacio J. Granados

Vicedecano: Dr. Ernesto Luezas

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

Noemí L. Nicolau

María Cristina Vélez

Mario Chaumet

Benito Aphalo

Alejandra Verdondoni

Miriam Pasquinelli

Juan Pablo Orquera

Celso Lorenzo

Martha Andrada

María Elena Martín

Consejero No Docente

Sr. Pablo Abip

Consejeros estudiantiles

Srta. Julieta Calogero

Sr. Marías De Bueno

Srta. Mariana Savy

Sr. Gabriel Mainella

Srta. Margarita Zabalza

Sr. Alexis Palombarani

Srta. Lorena Oitana

Srta. Mara Martín

Consejero Graduado

Dr. Miguel Ludmer

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL

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

Investigadores:

Dra. María Isolina Dabóve (Investigadora de la UNR)

Secretarios Técnicos: Dr. Felipe Amormino (Docente de la Facultad)

Dr. Walter Birchmeyer (Docente de la Facultad)

Registro de la Propiedad Intelectual Expediente N° 151557, Formulario R N° 4503

Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas

San Lorenzo 1155, 8º "A", Rosario (Código Postal 2000), Argentina

CUIT 30-68913973-2

La "REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL" es continuadora del "BOLETIN DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL".

Salvo indicación expresa la "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" no se identifica necesariamente con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

Director responsable: Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani

Publicación al servicio del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

(Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina)

Tirada: 170 ejemplares.

Árbitros científicos ad-honorem

Dr. Germán José Bidart Campos
Dr. Roberto H. Brebbia
Dra. Noemí L. Nicolau
Dra. Alicia M. Perugini
Dr. Nelson Saldanha
Dr. Jean-Marc Trigeaud

EL ANÁLISIS DEL CASO Y EL MÉTODO JUDICIAL

ÍNDICE

Mario E. CHAUMET

El análisis del caso y el método judicial 7

Miguel Angel CIURO CALDANI

*Bases de una filosofía trialista de la Historia,
con especial referencia a la Historia del Derecho Privado* 23

*Bases filosóficas para el Derecho Internacional Privado
de la integración interna y externa de la Argentina,
con especial referencia al Mercosur* 75

Jorge STÄHLI

*Algunas reflexiones acerca del diálogo intercultural
como iniciativa de la Unión Europea* 87

NOTICIA

MODULO JEAN MONNET 93

EL ANÁLISIS DEL CASO Y EL MÉTODO JUDICIAL

MARIO E. CHAUMET (*)

El debate en torno a la metodología judicial viene cobrando creciente gran relevancia dentro de la teoría del derecho y se ha instalado como preocupación temática en las diversas formas de capacitación judicial. Tanto desde la formulación teórica de la metodología judicial, como desde su formulación pedagógica, la crítica gravita en la idea que, en muchos casos, los modelos teóricos formulaen premisas que no se corresponden con la realidad judicial.

En Argentina, al igual que en varios países, el estudio del derecho se encuentra gravemente desequilibrado en beneficio del análisis descriptivo de las normas generales, a costa del ocultamiento de las decisiones particulares. Así, la enseñanza universitaria se centra muchas veces sobre el ordenamiento normativo y sus técnicas de interpretación, dejando de lado —como si de cosa menor se tratase— su *aplicación*. Para mayor desgracia, ello se hace sin dar la menor importancia a la actividad real que realizan los agentes que concretan las normas abstractas a la hora de resolver conflictos singulares. Lo único que parece importar de la decisión judicial son los trámites procedimentales de su elaboración y, sobre todo, las técnicas de análisis de las normas que la autorizan. Son muy pocos los estudios dedicados a analizar el método de la toma de decisión judicial.

Una aproximación desprevenida podría hacer creer que el proceso de formación de una decisión judicial es una actividad sencilla porque todos sus pasos están predeterminados en las leyes procesales y, además, porque es el propio autor quien los describe en su justificación.

Según los presupuestos del modelo que a los fines de este trabajo denominaremos “tradicional”, la labor técnica del juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresada en la norma a fin de aplicarla en el caso concreto por medio de una labor puramente lógica y de verificación. El esquema clásico más representativo de este método es el de la subsunción de los hechos en la norma abstracta y general para obtener la consecuencia jurídica.

No es así: los jueces deciden en una operación compleja. El razonamiento judicial es un camino azaroso que continuamente se desdobra y en cada bifurcación hay que ir decidiendo el sendero que se toma para continuar. Dilema a dilema, las posibilidades son tantas que las cuestiones se tratan en una red.

(*) Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Desde mediados del siglo XIX se han realizado críticas al modelo que han puesto en evidencia la imposibilidad de reducir la decisión jurídica y en particular la judicial a una mera operación formal. En nuestros días existe un consenso casi unánime que la jurisprudencia mecánica resulta difícil de sostener. Bastaría citar al azar teóricos de la últimas décadas como Dworkin, Bobbio, Aarnio, Wroblewski, Villey, Ferrajoli, Cossio, Goldschmidt, para observar desde diversos presupuestos la misma impugnación.

Así Alexy manifiesta que refutar el modelo deductivo es demasiado fácil ya que bastan referencias a la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos y colisiones de normas, por ello dice que este modelo desde hace mucho ya no es sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del derecho.¹

La realidad desborda ampliamente los postulados reduccionistas del método lógico deductivo e invalida los planteamientos simplificadores de la metodología jurídica tradicional. No se puede aplicar la lógica de la misma manera que en la matemática o en las ciencias físicas, aunque ello no significa que debamos dejar de lado la discusión racional. Es que "las decisiones jurídicas son el resultado de complicados procesos de información y razonamiento en los que inciden problemas de determinación fáctica; otros estrictamente hermenéuticos derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica."²

Sin perjuicio de los cuestionamientos teóricos, las condiciones prácticas de la decisión jurídica dan origen a una serie de problemas difíciles de soslayar, aun en lo que se refiere a la decisión judicial. La sentencia no es siempre la conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales sino que implica una opción del juez por una determinada solución. Esto significa que el juez no puede escudarse en el modelo mecánico de la jurisprudencia deductiva, puesto que es, al menos en parte, responsable por el contenido de sus decisiones. No obstante ello, existe en los medios forenses todavía una práctica discursiva empeñada en negar todos los factores que hacen a la toma de la decisión judicial, o como mucho en ocultarla en tecnicismos procedimentales.

Cada una de las decisiones supone la realización de una serie de tareas y la complejidad de la solución de conflictos reclama un modo de operar del pensamiento proporcionado a su naturaleza. Ese modo del pensamiento aporético o problemático está constituido por los aportes de las distintas disciplinas, determinantes del modo de establecer una adecuada correlación de situaciones, proporcionando los diversos puntos de vista que justifiquen una decisión.

La decisión de un profesional del derecho —especialmente la de un juez— tiene un carácter *compositivo*; no se razona deductivamente partiendo de axiomas *a priori*, sino a

¹ V. "Teoría del discurso y derechos humanos.", Bogotá, Universidad Externado, 1995, ps. 37 y ss.

² García Calvo, Manuel, "Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica", Madrid, Tecnos, 1994.

partir de una suerte de composición entre los datos del problema. Ello demanda la formación de un saber prudencial en el arte de tener presentes las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso en cada situación concreta. La decisión jurídica no se limita a la interpretación teórica de una realidad jurídica sino que se inserta en esa misma realidad.

El debate en torno a la decisión judicial y sus límites ha cobrado en las últimas décadas gran relevancia en la teoría del derecho. Tal interés no se reduce al marco del estudio de la metodología del juez, dado que al indagar sobre la decisión judicial se conduce inevitablemente a cuestiones básicas para cualquier teoría del derecho como, por ejemplo, la pregunta acerca de qué es el derecho. En consecuencia no nos puede llamar la atención que el estudio sobre el método judicial haya centrado el interés de buena parte de la literatura iusfilosófica.³

Creemos que para poder establecer un panorama más completo sobre la decisión judicial ha de superarse el presupuesto sustancialmente mecánico de la actividad judicial, dando cuenta de los instrumentos intelectuales y volitivos en dicha labor. Es menester que no se pasen por alto los factores sociales, económicos, culturales, políticos que pueden incidir sobre los juzgadores, para entender al método judicial como un proceso de la toma judicial de decisiones no exclusivamente procesal, ni lógico-deductivo. Es necesario tomar como objeto de estudio el elemento sobre el cual los jueces trabajan: el caso. El método judicial es un camino para la acción, para la toma de decisión, no un saber especulativo, sino problemático. El juez tiene un problema, tiene un caso.

Preservando y adaptando la tradicional noción de *sistema* que ha caracterizado a la ciencia jurídica tradicional, en la actualidad se entiende que el razonamiento que sigue la dirección inversa (desde el problema concreto a la teoría) es un complemento necesario e ineludible.

Sin descartar los planteos sistemáticos, el análisis del caso permite desarrollar una actitud más comprensiva del problema, de la que resulta que así como la formación sistemática ayuda a profundizar el análisis, son las particularidades del caso las que permiten, a su vez, realimentar el sistema, posibilitando una formación abierta a todas las exigencias que la cultura jurídica va otorgando. Es el análisis del caso el que contribuye a enriquecer un diálogo constante entre lo general y lo particular, lo teórico y lo práctico, lo sistemático y lo problemático. En síntesis, es a través del "análisis del caso judicial" que se pretende encontrar las preguntas más esclarecedoras para la elaboración del "método judicial".⁴

³ La literatura sobre esta temática y su impacto sobre la teoría del derecho es inmensa, basta ver gran parte de la bibliografía incorporada en el presente.

⁴ Esta denominación se emplea aquí para analizar el proceso de la toma judicial de decisiones, más allá del estudio de los trámites formales que trata el derecho procesal.

El análisis de casos y la capacitación judicial

Desde tal perspectiva es que ya hace unos años se ha incorporado como parte del plan de estudio de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario la materia *Análisis del caso*. Dicho programa, o aspectos del mismo, han sido desarrollados en materias y seminarios destinados a la capacitación judicial.⁵

El análisis del caso no puede limitarse al estudio de los casos que se presenten en las materias particulares. En primer lugar los estudios de las materias particulares pueden presentarse en compartimientos estancos, pero la verdadera práctica, referida a los casos, requiere el juego de toda la universalidad de las materias jurídicas.⁶ Por otra parte, uno de los primeros problemas para asumir en la decisión jurídica puede ser la ubicación del caso en las materias que pueden participar en el mismo.

Si bien se utiliza como recurso pedagógico el denominado “método del caso”, el “análisis del caso” se diferencia de la casuística como método del aprendizaje jurídico. Se orienta hacia la especulación acerca de las diferentes tareas y habilidades propias del *método judicial*. Desde ya, no se trata de la exposición de lo que podríamos denominar una *teorización* —o descripción de modelos teóricos— acerca del análisis de la resolución de casos. Por el contrario, se aspira a la adquisición de técnicas, habilidades y conocimientos que surgirán a través del trabajo propio de los cursantes. De allí que, como objetivo didáctico se pretenda promover en los participantes una toma de conciencia del “método” que van a utilizar.

El análisis del caso fomenta el conocimiento práctico, el saber para la acción y para el obrar compositivo o constructivo pues, en la práctica, la realidad objeto del conocimiento no está construida definitivamente. Se pretende evitar así el recurso a la utilización de un pensamiento mecánico y se estimula la reflexión: *pensar el caso desde el caso mismo*, analizar el problema en su complejidad.

Insistimos, entonces, en que se aspira al desarrollo de aptitudes que permitan

⁵ Así en Carrera de Especialización en Magistratura, dictada en convenio de la Universidad Nacional de Rosario para el Departamento Judicial de Azul, Provincia de Buenos Aires; Curso de Postrado de Capacitación en Derecho Judicial, dictado por la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y Altos Estudios Judiciales en convenio con la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba; Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Cursos de Razónamiento Judicial dictados en la Escuela Judicial de Panamá, de los Poderes Judiciales de Tierra del Fuego, Chubut, La Rioja y Santa Fe. Asimismo, es asignatura de los programas de la citada Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y Altos Estudios Judiciales (www.academiadederecho.com).

⁶ Ciuro Caldani ha desarrollado una Teoría General del Derecho entendida como ciencia de la complejidad pura de las ramas del mundo jurídico, integradora de las disciplinas referidas a dichas ramas que denomina “Sistema Jurídico”, en “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, FIJ, 1985, ps. 11 y ss.

comprender la función judicial en su dimensión real, antes que a la exposición teórica. Todo ello, en consonancia con los nuevos modelos de capacitación judicial que persiguen la idea de un juez en acción.

Conforme a las necesidades de este tiempo, el seminario pone énfasis en el análisis de la motivación de la decisión. Es que uno de los principales esfuerzos de la teoría del derecho se han concentrado en tratar de mostrar un razonamiento judicial acorde con las necesidades de la época y sosteniendo que la *motivación* no sólo se debe ver como una exigencia técnica sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces. Es que en la sociedad democrática de derecho los individuos no se conforman con una apelación al criterio de autoridad, sino que exigen razones, justificaciones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente buenas razones. Como lo sostiene AARNIO, en el estado moderno la necesidad de dar razones (justificaciones) y la democracia van de la mano.⁷

Creemos que en el análisis de la decisión judicial se debe evitar la radicalización de un modo de pensar que proceda siempre desde el todo. En el modo de pensar problemático no se pone en duda que el sistema exista y que acaso sea lo decisivo; simplemente, se trata de que el problema toma y conserva primacía. De allí que el pensamiento problemático requiere de una especial atención por parte del juez, siendo a través de los casos que el análisis del método judicial adquiere mayor desarrollo.

A modo de síntesis podríamos destacar algunos de los objetivos de la materia:

- Promover en los participantes una toma de conciencia del “método” que van a utilizar;
- Habituar al juez a la diversidad del caso, es decir, a no sentirse incómodo con la complejidad y riqueza que ofrece todo problema de la realidad;
- Identificar y definir los razonamientos más habituales que efectúa un juez ante las exigencias de solución de un problema;
- Proporcionar elementos que permitan mejorar la capacidad de justificación en los diferentes eslabones de la toma de decisiones;
- Distinguir los distintos componentes de los casos, con la finalidad de apreciar la influencia y el valor argumental que pueden adquirir en los procesos de toma de decisiones;
- Asumir la producción discursiva jurídica como una práctica profesional y social a través de la cual se actúa sobre la realidad;
- Profundizar el conocimiento en la problemática lingüística del discurso jurídico, fundamentalmente desde el punto de vista pragmático.

Como recurso pedagógico y para poder cumplir esos objetivos, se realizan preferentemente las siguientes actividades:

- Análisis de *resoluciones* judiciales, comparando las de diferentes instancias;

⁷ V. “Derecho, racionalidad y comunicación social”, trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995.

- Análisis de *situaciones*, ejercitando y comunicando la experiencia de la decisión judicial, exponiendo hechos y situaciones que se presentarán en miras a la resolución de un caso;
- Análisis de la *elaboración de resoluciones* judiciales, destacando las particularidades de la construcción escrita y reflejando los problemas que suelen enfrentar los Tribunales de las distintas instancias para confeccionar sus decisiones.

Programa

1. El caso
 - 1.1. El razonamiento forense como razonamiento débil, razonamiento práctico. Premisas de opinión.
 - 1.2. Superación del modelo mecanicista
 - 1.2.1. Casos fáciles, rutinarios, difíciles, trágicos
 - 1.3. La decisión judicial...
 - 1.3.1. ... como hecho
 - 1.3.2. ... como norma (está sujeta a reglas e implica la formación de normas)
 - 1.3.3. ... como hecho sujeto a valoración
 - 1.4. Esquemas de tomas de decisiones. Tareas no pasos.
 - 1.5. Contextos de descubrimiento y de justificación
 - 1.6. La estrategia y las tácticas en la toma de las decisiones. El método de las variaciones
 - 1.7. Reconocimiento situacional, elección de la opción, efectivización
2. Aproximación al caso
 - 2.1. Distintos tipos de actitudes
 - 2.2. Lectura del expediente
 - 2.3. Primera comprensión del conflicto. Relación de las pretensiones y argumentaciones de las partes. Reconocimiento selectivo de los hechos y las normas
3. Hechos, normas y valores. Análisis simultáneo. Vaivén analítico
4. Análisis sociológico del caso
 - 4.1. Identificación de los conductores, de los recipientes beneficiados y gravados, del objeto, de la forma y de las razones del caso
 - 4.2. Relaciones de consenso y poder comprometidas en el caso
 - 4.3. Límites de la decisión
 - 4.4. Ubicación del caso en las relaciones de planificación y ejemplaridad. La decisión judicial como precedente (la costumbre judicial)
5. Análisis normológico del caso

- 5.1. Normas, principios, criterios normativos
- 5.2. Reconocimiento de normas
 - 5.2.1. Fuentes de información. Los distintos tipos de fuente y su búsqueda (especial referencia a los precedentes judiciales y a los autoprecedentes)
 - 5.2.2. Problemas de ámbito espacial y temporal
 - 5.2.3. Problemas de antinomias
- 5.3. Interpretación. Métodos de interpretación. Tipos de interpretación: gramatical, histórica, sistemática, teleológica, alternativa, fáctica, económica
- 5.4. Determinación. Modos. Precisión normativa. Desarrollo de principios de normación
- 5.5. Lagunas normativas. Novedad científico técnica. Lagunas axiológicas. Modos de integración del ordenamiento de normas: el recurso de principios generales del derecho, la analogía, etc.
- 5.6. Aplicación. Modos de encuadramiento del caso en la norma
 - 5.6.1. Selección de hechos
 - 5.6.2. Confirmación de los hechos. El debate epistemológico sobre el conocimiento de los hechos, diversas teorías
 - 5.6.2.1. Teoría semántica de la verdad como correspondencia
 - 5.6.2.2. Teoría sintáctica de la verdad como coherencia
 - 5.6.2.3. Teorías pragmáticas de la verdad (instrumentalismo, consensualismo)
 - 5.6.2.4. Teoría cognoscitivista
 - 5.6.3. Determinación del significado de los hechos
 - 5.6.4. La motivación de los hechos (*remisión*)
 - 5.6.5. Actualización de la consecuencia jurídica
- 5.7. Síntesis normativa
- 5.8. La argumentación. Nociones. Diversas concepciones (formal, material, dialéctica, etc.). Diferencias entre argumentación y argumento. La argumentación de cada tarea (*remisión*)
- 5.9. El funcionamiento conjectural
6. Análisis axiológico del caso
 - 6.1. Clases de valores comprometidos en el caso. Los criterios generales de valoración y la valoración. Situaciones de crisis
 - 6.2. Clases de justicia del caso. Fraccionamiento del caso (la seguridad jurídica). Su desfraccionamiento
 - 6.3. Criterios de legitimidad
7. Análisis de la motivación de la decisión
 - 7.1. Introducción. Precisión terminológica. Explicación, justificación (interna y externa), argumentación. Su significado temporal. Su importancia en la actualidad.

- 7.2. El emisor de la motivación. Diferentes tipos de tribunales. Su relación con el recipiendario de la motivación
- 7.3. El recipiendario de la motivación: el auditorio. Su reconocimiento. Distintos tipos de auditorio. La audiencia concreta y la ideal. La deliberación con uno mismo
- 7.4. El objeto de la motivación
 - 7.4.1. La motivación normativa
 - 7.4.2. La motivación fáctica. De la resistencia a la necesidad de motivar los hechos. La motivación de las constataciones, de las hipótesis y de las conclusiones
 - 7.4.3. Tipos de argumentos: argumentos fácticos, lógicos y quasi lógicos, axiológicos. Los catálogos de argumentos: *a contrario*, analógico, *a fortiori*, *a completudine*, *a coherencia*, por el absurdo, causal, por el ejemplo, gramatical, pragmático, de autoridad, psicológico, histórico, teleológico, económico, sistemático, naturalista, etc.
- 7.5. La forma de la motivación
 - 7.5.1. Procedimiento demostrativo. Procedimiento retórico
 - 7.5.2. Rasgos lingüísticos de la decisión judicial. La comunicación lingüística. Relación lenguaje-realidad. Actos de habla. Géneros discursivos. Especificidad del discurso jurídico y judicial. Estrategias discursivas.
 - 7.5.2.1. El texto judicial. Su significación.
 - 7.5.2.2. La preescritura. Planificación de la redacción. Generación, acopio y organización de ideas. Los errores más comunes. Plan global
 - 7.5.2.3. El estilo de la sentencia. La tradición latina. Carácteres: cohesión (uso de conectores), claridad, sencillez, brevedad, precisión
 - 7.5.2.4. Los términos. Lenguaje jurídico y corriente. Homogeneidad terminológica. Términos extranjeros y neologismos. Repetición de términos. El uso de verbos (tiempos y modos). Adverbios. Conjunciones.
 - 7.5.2.5. Las frases (su brevedad). El párrafo. Clases de párrafo. Los signos de puntuación.
 - 7.5.2.6. Las figuras (de palabras, de sentido, de construcción de pensamiento)
 - 7.5.2.7. Referencias internas y externas. Uso de abreviaturas y siglas. Uso de las letras mayúsculas. Escritura de números en general. Fechas. Símbolos convencionales de unidad de medida o monetaria, propios del lenguaje técnico o científico. Las citas. Citas de disposiciones normativas
 - 7.5.2.8. La estructura del texto. El orden del discurso. El orden tradicional: la apertura, la narración (requisitos), la división, la confirmación, la refutación, el cierre
 - 7.5.2.9. Esquema: funciones, clases. La enumeración. Los títulos

- 7.5.2.10. La revisión y corrección del texto
- 7.6. Las razones de la motivación. Diferencia entre los móviles, las razones alegadas y las razones sociales. Aceptabilidad racional. Criterios. Reglas (de consistencia, de eficiencia, de sinceridad, de generalización, de apoyo, de carga de la prueba)
- 7.7. Las clases de motivación
- 7.8. Los límites de la motivación
- 8. Análisis de la corrección de la decisión. Parámetros: de coherencia, instrumentalista, consensualista, de aceptabilidad racional, tridimensional

Bibliografía

- AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable (Un tratado sobre la justificación jurídica)*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - *Derecho, racionalidad y comunicación social*, trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995.
- ALCHOURRÓN C. Y BULYGIN E., *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Bs.As., Astrea, 1987.
 - *Ánalysis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, ROBERT, *A Theory of legal argumentation*, Oxford, Clarendon, 1989.
- ANDRADE, LELIO ROSA DE, *Juiz alternativo e poder judiciário*, San Pablo, Académica, 1992.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial. Legalidad, jurisdicción y democracia hoy*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombe, 1999.
- ASIG ROIG DE, RAFAEL, *Jueces y normas (La decisión judicial desde el ordenamiento)*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
 - *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998.
- ATIENZA, M., *Las razones del derecho o Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
 - *Para una razonable definición de "razonable"*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 4, 189-200.
 - *¿Qué Puede Hacer La Teoría Por La Práctica Judicial?* (en "La Teoría Jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho") en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- BARAK, J. C., *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989.

- BARROS BOURIE Y OTROS, *Razonamiento judicial* en Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales
- BARROS CANTILLO, NELSON, *La lógica de silogismo jurídico*, Santafé de Bogotá, Librería del Profesional, 1994.
- BATIFFOL, HENRI, *Filosofía del Derecho*, trad. de Lilia Gaffuri, Bs. As., Eudeba, 1964.
- BERGEL, JEAN-LOUIS, «*Méthodologie juridique*», Paris, Presses Universitaires de France, 2001.
- BETTI, EMILIO, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2^a edic., Milano, Giuffrè, 1971.
- CALABRESI, GUIDO, *Ideals, beliefs, attitudes an the law*, Syracuse University Press, 1995.
- CANO JARAMILLO, CARLOS ARTURO, *La redacción del texto jurídico*, Santafé de Bogotá, Linotipia Bolívar, 1977.
- CARACCIOLI, RICARDO, *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*, México, Fontamara, 1994.
- CARAVALHO, AMILTON BUENO DE, *Magistratura e Direito Alternativo*, San Pablo, Académica, 1992.
- CARDOZO, BENJAMIN, *The Nature of the Judicial process*, New Haven, 1921.
- CARRIÓN, GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965.
 - *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991.
- CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*, bol., J.A., 03.10.01.
- CHAUMET, MARIO E., *Las Escuelas Judiciales en postmodernidad*, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 24.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, F.I.J., 2000
 - *Filosofía de la Jurisdicción*, Rosario, F.I.J.
 - *La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo*, en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social n° 18, p. 19.
 - *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, JA, 1998-III-602 y ss.
 - *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales*, Doxa 21-II (1998).
 - *Meditaciones trialistas sobre la interpretación*, en E. D., t. 72, 811 y ss.
- COELHO, LUIS FERNANDO, *Lógica jurídica e interpretacao das leis*, 2^a edic., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- COSSIO, CARLOS, *El derecho en el derecho judicial*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1967.
 - *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2^a edic., Bs. As.,

Elche, 1952.

- CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales*, L.L. 03-11-99, ps. 1 y ss.
 - *El common law. Su estructura normativa. Su enseñanza*, Abeledo Perrot, 1997, Bs. As.
 - *Judicial Methods of interpretation of the law*, Loussiana, State University, 19
 - *Fuentes del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961.
- DE ANDRADE, LÉDIO ROSA, *Juiz alternativo e poder judiciário*, São Paulo, Academica, 1992
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Madrid, Planeta Agostini, 1993.
 - *Positivismo y Derecho*, (en «Los Modelos vigentes de aplicación del Derecho. ¿Está en Crisis La Administración De Justicia?»), en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- ENTELMAN, REMO F., *Teoría de los conflictos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- ENTREMA KLEITT, CARLOS M., *La equidad y el arte de juzgar*, 2^a edic., Pamplona, Aranzadi, 1990.
- ESTRELLA FARIA, G. T., *Interpretação econômica do direito*, Porto Alegre, Libreria do Avogado, 1994.
- FARREL, MARTIN DIEGO, *La metodología del positivismo jurídico*, Bs. As. Astrea, 1979.
- FELDMAN, RICHARD, *Reason and Argument*, New Jersey, Prentice Hall, 1993.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1998.
 - *El Derecho como sistema de garantías*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial 1995 del Consejo General del Poder Judicial.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- FISS, OWEN, *Teoría Crítica del Derecho y Feminismo*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- GALINDO, F., *Actividades frente a normas*, en Anuario de Filosofía del Derecho, núm. XII, Madrid, 1995, pág. 735-742.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.
- GARCÍA MAYNES, EDUARDO, *Introducción al estudio del derecho*, 17^a edic., México, Porrua, 1970.
- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contamayoritario del poder judicial)*, Bs. As., Ariel, 1996.
- GÉNY, FRANÇOIS, *Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo*,

- Granada, Comares, 2000.
- GHIRARDI, OLSEN A. y OTROS, *El Razonamiento Judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997.
 - GHIRARDI, OLSEN A., *Lecciones de lógica del Derecho*, Córdoba, edic. del autor, 1982.
 - *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987.
 - *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Santafé de Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.
 - GOLDSCHMIDT, WERNER, *El problema de los métodos en el mundo jurídico*, Buenos Aires, Esnaola, 1965.
 - *Introducción Filosófica al Derecho*, Depalma, 6ta. Ed. 1987.
 - GÓMEZ, A. y BRUERA, OLGA, *Ánalisis del lenguaje jurídico*, Buenos Aires, editorial Belgrano, 1984.
 - GUIBOURG, RICARDO A., *Derecho sistema y realidad*, Bs., As., Astrea, 1986.
 - GUASTINI, RICARDO, *Legislación y Jurisdicción en la Teoría del Derecho* en, Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial
 - HABERMAS, JÜRGEN, *Ciencia y técnica como ideología*, trad., M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Madrid, Tecnos, 1992
 - HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. De Genaro R. Carrió, México, Editorial Nacional, 1980.
 - HERNANDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, Espasa-Calpe S.S., Madrid, 1988.
 - *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, Rivadeneyra, 1975.
 - HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
 - IGLESIAS VILLA, MARISA, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
 - IHERING, RODOLFO VON, *La lucha por el derecho*, trad., Raffaele Mariano y Luis M. de Cádiz, Bs. As., Atlántida, 1954.
 - KAUFMANN, ARTHUR, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992;
 - KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 7^a ed., trad. Roberto Vernengo.
 - KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, Bs. Ais, Fondo de Cultura Económico, 1990.
 - *Qué son las revoluciones científicas y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1989.
 - *De los paradigmas a la teoría evolucionista*, Bs. As., Oficina de Publicaciones UBA, 1996.

- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.
- MACCORMICK, NEIL, *Derecho, el Imperio del Derecho y Democracia*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- MAINGUENEAU, D., *Introducción a los métodos de análisis del discurso*, Buenos Aires, Hachette, 1989.
- MARTINEZ PAZ, FERNANDO, *Introducción al derecho*, Bs. As., Abaco, 1982.
- MIRAUT MARTÍN, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Madrid, Dykinson, 1999.
- MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1980.
- MUGUERZA, JAVIER, *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal (una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- NIETO, ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2.000.
- NINO, CARLOS S., *Derecho, Moral y Política* (en "La Justicia de la Administración de Justicia"), en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
 - *Introducción al análisis del derecho*, 2^a edic., Bs. As., Astrea, 1984.
 - *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992.
- NOZICK, ROBERT. *La naturaleza de la racionalidad*, traducción de Antoni Domènec. Paidós Básica, Barcelona, 1995.
- OLIVECRONA, KARL, *El derecho como hecho*, trad., Julio Santa Pinter, Bs. As., Depalma, 1959.
- PARDO, M. L., *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.
- PARDOLESI, ROBERTO, *Ánalisis económico del Derecho: ¿Un Moderno Minotauro En El Laberinto?*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- PECES-BARBA, G., E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS, *Curso de teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons Ed., 1999.
 - *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Madrid, Dykinson, 1999.
- PERELMAN, CH. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989.
- PITT, GWYNETH, *La Aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law*. (en "Los Modelos Vigentes de aplicación del Derecho. ¿Está En Crisis La Administración De Justicia?") en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General

del Poder Judicial.

- POUND, ROSCOE, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad., Fernando Barrancos y Vedia, Bs. As., TEA, 1972.
- RADBRUCH, GUSTAV, *El espíritu del derecho inglés*, trad. de Fernando Vela, Revista de Occidente, Madrid, 1958.
- RAZ, JOSEPH, *Practical Reasons and norms*, Princeton, Princeton University 1990.
- *Razonamiento práctico*, México, Fondo de cultura económica, 1986.
- REALE, MIGUEL, *Fontes e modelos do direito. Para un novo paradigma hermeneutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- *Filosofía do Direito*, 5^a ed., San Pablo, Saravia, 1969.
- RECASES SICHES., LUIS, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980.
- *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963.
- ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrión, Bs. As., Eudeba, 1963.
- RUIZ VADILLO, E., *Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias*, en Poder Judicial nº 3, 1986.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, Bs. As., Depalma, 1998.
- SAMPAIO FERRAZ, TERCIO, *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 1990.
- SARTOR, GIOVANNI, *Inteligencia artificial (ia) y derecho*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- SAVIGNY, F. C. DE, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de Ch. Guenoux y otros, Madrid, F. Góngora, 1878-79.
- *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de Adolfo G. Posada, Bs. As., Atalaya, 1946.
- TARELLO, GIOVANNI, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- TOULMIN, STEPHEN, *The uses of arguments*, Cambridge, University Press, 1969.
- *El Futuro del Derecho: distintas perspectivas del estado Nación*, en Cuadernos y estudios de derecho judicial, 1995, del Consejo General del Poder Judicial.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, *Estado de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica*, en Hermenéutica jurídica homeja a Darío Echandía, Santa Fe de Bogotá, edic. Rosaristas, 1997
- VASILAKIS, I., *El análisis lingüístico en la recolección e interpretación de materiales cualitativos*, Buenos Aires, Centro Editor, 1992.
- VANBERG, VIKTOR, *Racionalidad y reglas*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 1999.
- VERNENGO, ROBERTO JOSÉ, *Curso de Teoría general del derecho*, Bs. As., Cooperadora de

Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

- *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971.
- VIEHVEG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1986 (trad. de L. Diez Picazo, prólogo de E. García de Enterría)
- VIGNAUX, GEORGES, *La argumentación*, Bs. As., Hachette, 1986.
- VIGO, RODOLFO LUIS, *Interpretación jurídica*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1999.
- *Implicancia de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Santa Fe, UNL, 1993.
- VILLEY, MICHEL, *Método, fuentes, y lenguaje jurídico*, Bs. As., Ghersi, 1978.
- WESTON, ANTHONY, *Las claves de la argumentación*, 6^a reimp., trad. de Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Ariel, 2001.
- WRIGHT, GEORG HENRIK VON, *La lógica de la preferencia*, trad. de Roberto J. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1967.
- WROBLEWSKI, JERZI, *The Judicial Application of Law*, Boston-London, Zenon Bankowski and Neil Mac Cormick, 1992.
- ZANNOTTI, FRANCESCA, *Las modificaciones del poder judicial en Italia: de un Juez ABoca de la ley@ a un Juez de los derechos*, trad. Eduardo Oteiza, en J.A. 1996-III-803.
- ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA", *Hermenéutica Jurídica (Curso de Capacitación para jueces de la República)*, Bogotá, 1988.

BASES DE UNA FILOSOFIA TRIALISTA DE LA HISTORIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

*Las manifestaciones interesantes de la vida tienen siempre una doble cara, vuelta hacia el pasado y hacia el futuro. Son a la vez regresivas y progresivas. Reflejan la ambigüedad misma de la existencia (***)*

I) La Filosofía de la Historia del Derecho Privado en general

1. La Filosofía de la Historia del Derecho Privado es un ámbito muy complejo y tenso cuya comprensión exige aclarar no sólo los significados de las palabras “Filosofía”, “Historia”, “Derecho” y “Derecho Privado”, sino los alcances de las expresiones de pertenencia “de la” y “del”¹. La complejidad significativa deja espacio a una alta multivocidad, en virtud de la cual muy diversas construcciones sean denominadas con dicha expresión. No pensamos que nada autorice a indicar lo que el objeto referido en nuestra expresión “es” en sí, pero estimamos que se puede llegar a cierto acuerdo para *construir* un significado satisfactorio.

(*) Homenaje del autor a los Cursos de Derecho de Azul del Convenio de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Las bases de este trabajo fueron expuestas por el autor en la Jornada de Filosofía de la Historia del Derecho organizada en homenaje a Jorge Guillermo Federico Hegel con motivo del 170º aniversario de su fallecimiento por la Cátedra de Historia del Derecho de los Cursos de Abogacía de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, el 28 de noviembre de 2001.

(**) Profesor titular de Historia del Derecho de los Cursos de Derecho de Azul.

(***) MANN, Thomas, “Doktor Faustus”, trad. Eugenio Xammar, 5^a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1977, pág. 288.

¹ Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000 (también, las bases en “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985); “El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad”, en “Anuario” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, N° 3, págs. 33 y ss.; “Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 10, págs. 27 y ss.

a) La Filosofía

2. 1. La palabra *Filosofía* posee una muy larga y relevante historia, en la cual su marco significativo ha variado según las circunstancias y los puntos de vista. Creemos que hoy, luego de la diferenciación de las ciencias particulares, puede considerársela referida a un saber con vocación de universalidad y pretensión de eliminar los supuestos, que se realiza de cierto modo como un *quehacer personal*². La vocación de universalidad, es a nuestro parecer la clave del concepto: exige eliminar los supuestos y aprovechar también el irremplazable planteo del quehacer personal.

Toda filosofía es, al fin, un punto de equilibrio en la tensa relación entre *pregunta* y *respuesta*, más cercano a una u otra. Las filosofías del tomismo, el hegelianismo y el marxismo están fuertemente cargadas de respuestas, a nuestro parecer, a veces de modo exagerado. La filosofía socrática se apoya más en la pregunta.

2. 2. 1. Dada la pretensión de universalidad que acabamos de atribuir a la Filosofía, se plantea la cuestión de la posibilidad de las *Filosofías regionales*, como las que se refieren específicamente al Arte, la Ciencia, la Religión, el Derecho, la Historia o, en nuestro caso, la *Historia del Derecho*. Toda Filosofía regional ha de hacerse cargo de la discusión acerca de la compatibilidad entre la vocación de universalidad y la particularidad regional. Las partículas “de la” y “del”, empleadas al nombrar nuestro tema, hacen presente el problema.

En algunos casos, la Filosofía regional se produce en el despliegue de la Filosofía general, en otros se la circunscribe en el ámbito particular de referencia. Lo primer sucede en las obras de Vico, Hegel y Marx; lo segundo en los planteos, de debatido carácter filosófico, que desde el enfoque jurídico han hecho, por ejemplo, Hans Kelsen, Carlos Cossío y Werner Goldschmidt.

En el desarrollo goldschmidtiano, la defensa de la Filosofía regional se alimenta con la diferenciación entre una Filosofía Jurídica “Mayor” (de alcance mayor) que relaciona al Derecho con el resto del mundo y una Filosofía Jurídica “Menor” (de alcance menor) que considera sólo al “mundo jurídico”. En nuestro caso, cabría diferenciar una *Filosofía Mayor de la Historia del Derecho*, que relaciona la Historia del Derecho con el resto del mundo, y una *Filosofía Menor de la Historia del Derecho*, que se ocupa de ésta en sí misma³.

2.2.2. Como en todo “*contacto de respuestas*” es posible que los elementos se presenten de modos más equilibrados o en condiciones de dominación de unos por otros. Así, v. gr., el planteamiento hegeliano es un caso en que la Filosofía domina a la Historia del Derecho; tal vez

² La eliminación de los sujetos no significa la pretensión de eliminarlos totalmente en la realidad.

³ La vocación de eliminar los supuestos no significa la pretensión de eliminarlos, en cuanto a la Filosofía de la Historia es posible c. por ej. History and Theory. Studies in the Philosophy of History. <http://www.historyandtheory.org/histjnl/Archives/archives.html#anchor2080094> (16-12-2001).

pueda decirse que en el desarrollo savigniano tiene más fuerza la Historia del Derecho.

Según ocurre en todos los contactos de elementos culturales, es importante atender a los distintos problemas de "calificación", fraude, reenvío y rechazo⁴. Por ejemplo: es significativo saber si la Filosofía "califica" a la Historia o ésta a la Filosofía.

b) *La Historia*

3. 1. 1. 1. La palabra *Historia* puede significar los sucesos pasados como *objeto* y las vivencias referidas a ellos, en cuyo marco se encuentra la *conciencia* respectiva. Los sucesos y la conciencia están hondamente *interrelacionados* y la construcción de la noción de Historia puede recurrir a diversos grados de integración entre ellos⁵.

Construir la Historia es formar una pieza de la estructura social, con toda las complejas significaciones que esto trae consigo. En uno de los niveles de integración mayores, puede decirse que para que exista Historia debe haber conciencia del pasado. En ese sentido podría pensarse la diferenciación entre Historia y Pre-historia en relación con la mayor conciencia

⁴ Puede v. nuestro estudio "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 59 y ss. Acerca del historicismo jurídico cabe c. por ej. SAUER, Wilhelm Dr., "Filosofía Jurídica y Social", trad. Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1933, págs. 18 y ss. (párrafo 6).

⁵ Según la Real Academia Española la palabra "Historia" significa, por ejemplo: 1. Narración y exposición de los acontecimientos pasados y dignos de memoria, sean públicos o privados. 2. Disciplina que estudia y narra estos sucesos. ... 4. Conjunto de los sucesos o hechos políticos, sociales, económicos, culturales, etc. de un pueblo o una nación. 5. Conjunto de los acontecimientos ocurridos a una persona a lo largo de su vida o en un período de

ella." ("Diccionario de la Lengua Española", 21^a ed. Madrid, t. II, 1992, pág. 112). En relación con el tema pueden v. por ej. COLLINGWOOD, R. G., "Idea de la Historia", trad. Edmundo O'Gorman y Jorge Hernández Campos, México, Fondo de Cultura Económica, 1952; CROCE, Benedetto, "Teoría e Historia de la Historiografía", trad. Eduardo J. Prieto, Bs. As., Imán; LANGLOIS, C. V. - SEIGNOBOS, C., "Introducción a los Estudios Históricos", Madrid, Jorro, 1913; CARR, E. H., "¿Qué es la Historia?", trad. Joaquín Romero Maura, 10^a ed., Barcelona, Seix Barral, 1981; VILAR, Pierre, "Iniciación al vocabulario del análisis histórico", trad. M. Dolors Folch, 4^a ed., Barcelona, Crítica, 1982, págs. 17 y ss.; SCHIEDER, Theodor, "La historia como ciencia", trad. Rafael Gutiérrez Girardot, Bs. As., Sur, 1970; CASSANI, Jorge Luis - PEREZ AMUCHASTEGUI, A. J., "¿Qué es la historia?", 5^a ed., Bs. As., Perrot, 1971, págs. 7 y ss y 51/2 -suelen diferenciarse la historia como "res gestae", conjunto de hechos acaecidos- y como "rum gestarum", el saber sobre tales acontecimientos-; JUSTO, Juan B., "Teoría y Práctica de la Historia", 5^a ed., Bs. As., La Vanguardia, 1947; RAMA, Carlos M., "Teoría de la Historia", Bs. As., Nova, 1959; asimismo v. gr. BOUCHER, David, Tocqueville, Collingwood, history and extending the moral community, en British Journal of Political and International Relations, Vol. 2, N° 3, October 2000, págs. 326/351, http://www.blackwellpublishers.co.uk/images/Journal_Samples/BJPI1369-1481-2~3-040%5C040.pdf (16-12-2001). Acerca de la Historia cabe tener en cuenta además, por ej., Historia de la Historiografía, Josefina Zoraida Vázquez, <http://www.universidadadib.edu.mx/SerEst/FormBas/TEOHISTORIA/Teorias%20de%20la%20Historia.html> (23-12-2001) . Puede v. Ato-Z History, <http://school.discovery.com/homeworkhelp/worldbook/atozhistory/> (30-12-2001); WWW-Virtual Library, The History Journals Guide, <http://www.history-journals.de/hjg-h00155.html> (4-1-2002); La Historia y la Postmodernidad, Rafael Vidal Jiménez, <http://www.ucm.es/info/especulo/numero13/finhist2.html> (16-1-2002).

permitida por la invención de la escritura. En otro grado, que también puede llamarse histórico, cabe pensar asimismo en todos los sucesos humanos de los que todavía no se ha logrado conciencia o ya no se guarda conciencia.

En nuestro caso, nos ocuparemos sin embargo de modo especial de la *conciencia histórica*⁶. En este marco, cabe atender, de modo analógico con la clasificación del saber, a la conciencia *filosófica, científica y vulgar*, aunque en sentido estricto la conciencia histórica es diversa del saber histórico puro⁷. En cuanto a intensidad, un erudito puede tener menos conciencia histórica que un lego. Un dirigente político suele poseer más conciencia histórica relativa que un científico.

La referencia a la conciencia histórica es parte de la tensa problemática del hombre como ser de cierto modo forzado al *olvido* y necesitado de *recordar*, que incluso resiste al olvido.

3. 1. 1. 2. Para construir la noción de Historia es relevante reconocer diferencias entre el *tiempo*, sucesión de los momentos y la *temporalidad*, como oportunidades que se presentan en el tiempo para la realización de los valores⁸.

⁶ En cuanto a la conciencia histórica pueden v., por ej., ROMERO, José Luis, "La formación histórica", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1955; COLLINGWOOD, op. cit., pág. 24; Carlos Kölbl & Jürgen Straub (Alemania), *Conciencia Histórica en Jóvenes. Análisis Teórico Empírico Historial Consciousness in Youth. Theoretical and Exemplary Empirical Analyses*, en *Forum Qualitative Sozialforschung*, Volume 2, Nº 3, <http://qualitative-research.net/fqs-texte/3-01/3-01koelblstraub-s.htm> (16-12-2001); www.artehistoria.com, La Historia y sus protagonistas, Ediciones Dolmen, La conciencia histórica, <http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/contextos/2705.htm> (16-12-2001). Cabe recordar asimismo las importantes investigaciones de Dilthey sobre la vivencia (DILTHEY, Wilhelm, "El mundo histórico", trad. Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, por ej. págs. 215 y ss.). Puede v. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5^a ed., Bs. As., Sudamericana, t. II, 1965, págs. 915/6, "vivencia".

⁷ Estimamos que en última instancia los tres niveles del saber se vinculan estrechamente. José Luis Romero destacó que "La conciencia histórica es cosa muy distinta del saber histórico puro" (ROMERO, op. cit., pág. 9). Señalaba que la conciencia histórica es un saber agregado en forma tal al individuo que entra a pesar en su vida (ROMERO, op. cit., pág. 10).

⁸ V. acerca del tiempo por ej. FERRATER MORA, op. cit., t. II, págs. 786 y ss.; UNESCO, "Le temps et les philosophies" (rec.), París, Les Presses de l'Unesco, 1978; GUNN, J. Alexander, "El problema del tiempo", Bs. As., Hyspamérica, 1986. Cabe c. por ej. Universidad Católica Andrés Bello, Escuela de Filosofía, Filosofía de la Historia, <http://www.ucab.edu.ve/humanidades/filosofia/fil-hist/> (14-12-2001); HEIDEGGER, Martin, "El ser y el tiempo", trad. José Gaos, 5^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974; BAGOLINI, Luigi, «Poesia e giustizia. Diritto e tempo», Milán, Giuffrè, 1998, págs. 114 y ss.; «Demo» del *Diccionario de Filosofía en CD-Rom* de ed. Herder, tiempo. GEN., <http://personal5.iddeo.es/jorcor/tiempo.htm> (21-12-2001). Respecto de la economización del tiempo puede c. MISES, Ludwig von, "La acción humana", trad. Joaquín Reiug Albiol, 3^a ed., Madrid, Unión Editorial, 1980, págs. 163 y ss., esp. pág. 166. En cuanto a la decisión y el tiempo, SHACKLE, George L. S., "Decisión, orden y tiempo", trad. Vicente Cervera, Madrid, Tecnos, 1966. Una proyección de la diferencia entre tiempo y temporalidad se encuentra en el decir de Marcel Proust cuando afirma que después de la muerte el Tiempo se retira del cuerpo (PROUST, Marcel, "En busca del tiempo perdido", trad. Pedro Salinas, El Libro de Bolsillo, Madrid, Alianza, t. VII, 1969, pág. 420). Desde el punto de vista de las ciencias naturales, cabe v. por ej. Historia del tiempo, La obra de Stephen Hawking comentada por Iria Fernández Cid, especialmente

En el objeto histórico y en la conciencia respectiva existe una inevitable interrelación entre el "ser" *pasado, presente y futuro*, que son tres tiempos de un solo "ser"⁹. Si bien desde un punto de vista "natural" puede concebirse un momento "del pasado" sin que se llegue a un presente ni a un porvenir, culturalmente los tres tiempos se suponen entre sí. Se dice que la palabra "pasado" viene de "paso", es decir, del movimiento de cada uno de los pies cuando se va de una parte a otra¹⁰. El propio futuro, cuya "pre-visión" es significativa para la "re-visión" histórica es, de cierto modo, parte constitutiva del pasado¹¹. La noción de Historia que se emplea de manera habitual es siempre una referencia *desde el presente al pasado*, pero no está desprovista de algún sentido de porvenir.

Aunque el núcleo de la remisión está en el pasado, el hombre con el sentido meramente "anticuario" que criticaba Nietzsche no es un ser biográfico ni histórico¹². Jaspers señalaba por su parte que el presente no es nada si se pierde como mero presente en el angosto horizonte del día, que está henchido del fondo histórico y se halla penetrado por el futuro que

capítulos 2, 9 y 11, <http://members.es.tripod.de/histtempo/indice.htm> (13-1-2002). Una proyección desde el tiempo a lo divino puede v. por ej. en LEVINAS, Emmanuel, "El Tiempo y el Otro", trad. José Luis Pardo Torío, Barcelona, Paidós - I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993, págs. 65 y ss.

⁹ Puede c. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico", Madrid, Gredos, t. V, 1983, págs. 213/4.

¹⁰ V. íd., 1^a reimp., t. IV, 1985, pág. 420.

¹¹ En cuanto al futuro, su previsión y en especial las diferencias entre pasado y futuro, puede v. por ej., JOUVENEL, Bertrand de, "El arte de prever el futuro político", trad. Leandro Benavides, Madrid, Rialp, 1966, particularmente págs. 15 y ss.; también c. ORTEGA Y GASSET, José, "El tema de nuestro tiempo", 6^a ed., Bs. As., Espasa-Calpe Argentina, 1947, págs. 21 y ss. El rechazo de la conjectura respecto del pasado, el presente o el futuro responde a un modelo cartesiano de la ciencia que hoy creemos legítimamente superado (es posible c. v. gr., DESCARTES, René, "Reglas para la dirección del espíritu", en "Obras ..." cits., pág. 42 -regla III, 368-; PRIGOGINE, Ilya, "El Fin de las Certidumbres", trad. Pierre Jacomet, 5^a ed., Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997). Acerca de la conjectura puede v. nuestro libro "La conjectura del funcionamiento de las normas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Cabe c. COELHO, Luiz Fernando, "Saudade do futuro", Florianópolis, Boiteux, 2001, por ej. págs. 43 y ss. Respecto de la "futurología" y la prospectiva, cuyas difíciles posibilidades científicas han sufrido importantes desviaciones, es posible c. por ej. CF (IM) Carlos Alberto Cardoso de Almeida, Abordagens e técnicas prospectivas como ferramentas para a construção de cenários e estudos de futuro no método para o planejamento da ação política, http://www.esg.br/dsje/monografias/mon_0001.html (6-1-2002); Telêma, Inverno 1997/98, Luigi Dell'Aglio, Il futuro arriva subito chi non l'ha previsto lo perde, <http://www.fub.it/telema11/DellAg11.htm> (6-1-2002); Mutantia, Primera Conferencia Global Sobre el Futuro, <http://www.infolink.com.br/~peco/mutantia/mut03a.htm> (6-1-2002); Biblioteca Electrónica Cristiana, VE Multimedios, Toffler o la futurología agnóstica de la tercera ola, German Doig K., <http://www.rcp.net.pe/IAL/vm/bec/etexts/toffler.htm> (6-1-2002). Acerca de la planificación del futuro puede v. por ej. GADAMER, Hans-Georg, "Verdad y método II", trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sigueme, 1992, págs. 153 y ss. En cuanto a los errores en la previsión del porvenir, puede c. v. gr. Mi Mundo. com., Citas Famosas, "Grandes Errores", <http://www.mimundo.com/citas/errores/> (2-1-2002).

El pensamiento acerca del tiempo ha sufrido importantes desafíos desde la especial relación con el *espacio*, desenvuelta a partir de la teoría de la relatividad, y en nuestros días recibe el gran reto de la conquista de la *materia* que significa sobre todo el dominio genético.

¹² NIETZSCHE, Friedrich W., "Sulla storia. Utilità e danno della storia per la vita" (segunda de las Consideraciones inactuales), al cuidado de Angelo G. Sabatini, Roma, Fratelli Melita, 1981, pág. 109. Vale atravesar la frontera

late en él¹³. Es más: si no hubiese un momento *posterior*, desde el cual se historia, se saldría de la noción de Historia que consideramos generalizada y nos resultaría interesante emplear.

La *transtemporalidad* ocurre cuando en un momento se “reviven” o se “previven” los momentos de la temporalidad. La comprensión de la temporalidad y la transtemporalidad es relevante para la integración de las perspectivas históricas y biográficas¹⁴. La Historia es siempre un revivir el pasado en el presente, es más, diría Jaspers una “tradición”¹⁵. Sin embargo, posee incluso cierto despliegue en que se previve el futuro.

Las finalidades de la Historia suelen ser diversas: puede procurar respuestas dirigidas a la *exposición*, la *explicación*, la obtención de *enseñanzas*, la *predicción*, el *cambio* de los acontecimientos, etc.

3. 1. 2. La Historia posee *diferentes caracteres* y recibe *distinta apreciación* según distintas posiciones de *momento*, *espacio*, *persona*, etc. En relación con el momento, el espacio, la persona, etc. aparecen diversos *estilos históricos*.

En general, nuestra *cultura occidental* tiene una fuerte *orientación histórica*, pero particularmente *dinámica* y *futuriza*. No es sin motivo que el político romano Cicerón, expresando la confluencia de esos dos rasgos en su personalidad, proclamó a la Historia “maestra de la vida”. En general, el carácter futurizo de la *concepción occidental* se intensifica en el curso del capitalismo. El hombre occidental suele ser más protagonista de la Historia; el del Extremo Oriente es más receptor de la Historia.

Si bien el predominio prometeico suele ser equilibrado por respuestas adánicas, Occidente cree a menudo en la omnipotencia del devenir histórico a través de la utopía¹⁶.

entre lo viejo y lo nuevo, como lo señalaba Nietzsche, pero reconociendo que nada es nuevo si no existe lo viejo (en relación con el tema puede v. por ej. Nietzsche en castellano, Richard Rorty, de Contingencia, ironía y solidaridad, <http://www.nietzscheana.com.ar/rorty.htm> -16-1-2002-).

¹³ JASPERS, Karl, “Origen y meta de la historia”, trad. Fernando Vela, Madrid, Alianza, 1980, pág. 11.

¹⁴ Puede v. History and Theory, Beiheft 6, 1966, *History and the Concept of Time*, <http://www.historyandtheory.org/histjml/Archives/archives7.html#anchor358935> (16-12-2001). Uno de los puntos de coincidencia entre biografía e historia e incluso la historia comparada es el desenvelto en las “Vidas Paralelas” de Plutarco, llamado a veces el padre de la biografía, que son a la vez estudios psicológicos que a través de anécdotas y citas procuran desvelar la moralidad de las personas y de cierto modo trabajos históricos de gran valor (en cuanto a la historia de las biografías, v. por ej. OS GÉNIOS DA CIÉNCIA, Abraham Pais, *CIÉNCIA ABERTA*, <http://www.gradiva.pt/capitulo.asp?I=2118-2-7-2002->). Tal vez no sea por casualidad que uno de los más relevantes pensadores de la temporalidad, San Agustín, haya sido uno de los mayores cultores del género autobiográfico (pueden v. “Las Confesiones” en “Obras de Agustín”, ed. crítica y anotada por el R.P. Angel C. Vega, O.S.A., Madrid, La Editorial Católica, t. II, 1946, incluso el prólogo, págs. 267 y ss.).

¹⁵ JASPERS, op. cit., págs. 346/7 y 313 y ss. Respecto de la hermenéutica del yo puede v. por ej. FOUCAULT, Michel, “Saber y verdad”, ed. y trad. Julia Varela - Fernando Alvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1991, pág. 234.

¹⁶ Cabe recordar las penetrantes referencias nietzscheanas (puede v. NIETZSCHE, “El origen de la tragedia”, trad. Eduardo Ovejero Mauri, 7^a ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, págs. 63 y ss.).

Pueden v. por ej. NEUSÜSS, Arnhelm, “Utopía”, trad. María Nolla, Barcelona, Barral, 1971 y MANUEL, E. Frank, “Utopías y Pensamiento Utópico”, Madrid, Espasa-Calpe, 1982. De cierto modo, la utopía es también

En cambio, muchas sociedades, con frecuencia arcaicas, se han rebelado contra la Historia a través de la creencia en el “eterno retorno”¹⁷.

Aunque no ignoramos el “asalto a la historización” que significó la nueva periodización de la “era” cristiana, ni el olvido de la gloriosa cultura grecorromana en la Edad Media, creemos que ha podido decirse con cierta razón que el cristianismo, a su vez heredero, también en este aspecto, del judaísmo, es una “religión de historiadores”. En cambio, otras religiones han podido fundar sus creencias y ritos en mitologías más o menos exteriores al tiempo humano¹⁸.

La denominación “Edad Media” es una muestra de la selectividad cultural de la historicidad renacentista. Pese a la referencia concretamente humana con que llegaron a concebir a la Historia hombres como Maquiavelo, una de las manifestaciones relativamente más “antihistóricas” de Occidente es, de algún modo, el pensamiento cartesiano, al que se opone la importante reacción de Vico¹⁹. A partir del siglo XIX hubo de nuevo una relevante

ucronía, aunque cabe el interrogante acerca de si se espera que en el tiempo se haga realidad. En relación con la “ucronía” y las posibilidades que abre mediante las variaciones a la investigación histórica es posible v. RENOUVIER, Charles, “Ucronía. La utopía en la Historia - Bosquejo histórico apócrifo del desenvolvimiento de la civilización europea, no tal como ha sido, sino como habría podido ser”, trad. José Ferrater Mora, Bs. As., Kraft, 1945.

¹⁷ Puede v. ELIADE, Mircea, “El mito del eterno retorno”, trad. Ricardo Anaya, 1^a ed. en Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Barcelona, Planeta-Agostini, 1985, también cabe v. NIETZSCHE, Federico, “Así hablaba Zarathustra”, trad. La Juventud Literaria, Barcelona, Bauzá, por ej. pág. 113 y 166 y ss., Parte Tercera, La visión y el enigma, II, Eternidad; Nietzsche en castellano, Juan Luis Vermal, El eterno retorno: el tiempo reconsiderado, http://www.nietzscheana.com.ar/vermal_eterno_retorno.htm (14-1-2002); BORGES, Jorge Luis, “Historia de la eternidad”, Bs. As., Emecé, 1953, 17^a reimp., esp. págs. 75 y ss.

¹⁸ Puede v. BLOCH, Marc, “Introducción a la Historia”, 2^a ed. en español, Fondo de Cultura Económica, 1957, pág. 9.

¹⁹ Puede v. por ej. ROMERO, José Luis, “Maquiavelo historiador”, Bs. As., Nova, 1943, por ej. págs. 55, 67 y ss., 123 y ss.; Homepage, Juan Camilo Mejía Walker, Análisis de El Príncipe, <http://comunidad.derecho.org/djcm/djcm.html> (10-2-2002)

Descartes reconocía que “conversar con los otros siglos es casi lo mismo que viajar” y agregaba “Es bueno saber algo de las costumbres de pueblos diferentes para juzgar las nuestras con mayor sensatez y para que no pensemos que todo lo que va en contra de nuestras modas es ridículo y opuesto a la razón, como suelen hacer los que no han visto nada”, pero a su vez puntualizaba “cuando se emplea demasiado tiempo en viajar uno se vuelve finalmente extranjero e su país; y cuando uno es demasiado curioso de las cosas que se practicaban en los siglos pasados, permanece ordinariamente muy ignorante de las que se practican en el presente” (DESCARTES, René, “Discurso del método para conducir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias”, en “Obras Escogidas”, trad. Ezequiel de Olaso - Tomás Zwanzig, Bs. As., Sudamericana, 1967, pág. 139, -7-). Respecto de la obra de Vico como promotor de la Filosofía de la Historia, puede v. por ej. <http://members.es.tripod.de/nrevolucion/ef12.html> (24-12-2001) (c. VICO, Giambattista, “Principios de una Ciencia Nueva en Torno de la Naturaleza Común de las Naciones”, trad. José Carner, Fondo de Cultura Económica, El Colegio de México, 1941; es posible v. por ej. G. Vico: La scienza nuova, <http://www.geocities.com/fylosofya/gvico.htm> -24-12-2001-; La Storia è una scienza? Introduzione a Vico, <http://www.swif.uniba.it/lei/scuola/carelli/Vico.htm> -24-12-2001-). Cabe v. COLLINGWOOD, op. cit., págs. 75 y ss. Sin embargo se habla a veces de una historiografía cartesiana (COLLINGWOOD, op. cit., págs. 78 y ss.).

conciencia histórica²⁰, pero la Historia de la “postmodernidad” actual²¹, de una nueva era, tiene más tensiones reales y menos conciencia que la de la modernidad “contemporánea”²².

Aprovechando incluso bases “viquianas”, puede señalarse que, en concordancia con los tipos culturales, existen historias *teocéntricas* y *antropocéntricas*, en este caso, con sentidos más *heroicos* o “*humanos*”. La Historia medieval era fuertemente teocéntrica; los primeros tiempos de la modernidad fueron más heroicos, pero sobre todo a partir de fines de la modernidad y en la postmodernidad se desenvuelve una Historia más humana.

²⁰ Se ha dicho que el siglo XIX fue “el siglo de la Historia” y también hubo un gran interés histórico en la primera parte del siglo XX (puede v. RAMA, Carlos M., op. cit., pág. 9).

²¹ Es posible c. nuestro artículo "Líneas de semejanzas entre el Derecho Internacional Privado clásico y el Derecho de la Postmodernidad", en "Derecho de la Integración", Nº 6, pág. 65 y ss. Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos "In philosophical Understanding of Postmodernity (A Trialistic Perspective)", en "Rechtstheorie", Nº 19, pág. 99/197; "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín ...", cit., Nº 19, pág. 9 y ss.; "Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la "crisis de la materia")", en "Investigación y Docencia", Nº 31 y ss., pág. 51 y ss.; "La postmodernidad, el Derecho y las bases de la cultura occidental de nuestro tiempo", en "Revista de la Facultad de Derecho" de la Universidad Nacional de Rosario, Nº 13; pág. 79/90; "La evolución desde el libro y el diario a la televisión y la computación, la estructura internacional y las fuentes de las normas", en "Investigación ...", cit., Nº 31, pág. 39 y ss.; "Derecho y espectáculo en la postmodernidad", en "Revista", Colegio de Abogados de Rosario, agosto de 1999, pág. 22/25; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación ...", cit., Nº 21, pág. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antolín Rato, 2^a. ed., Bs. As., R.E.I, 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; INSANTI, Horacio, "Derecho y posmodernidad", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999; VATTIMO, Gianni, "El fin de la modernidad", trad. Alberto L. Bixio, 3^a. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAIN, Alain, "Critique de la modernité", Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, "Contra el Postmodernismo", trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven – Kellner, Douglas, "Postmodern Theory – Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., "Technology Time and the Conversations of Modernity", Nueva York – Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, "Postmodernism and Popular Culture – A Cultural History", Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), "The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2^a. reimp., 1997, "Postmodern", pág. 634/5. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, "Postmoderne Ansätze der Rechtskenntnis", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2, pág. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, "El hombre light", 11^a. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, c. v. gr. ADORNO, Theodor W., "Minima moralia – Reflexiones desde la vida dañada", trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea – Taurus – Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, en relación con una discutible interpretación de la historia actual, cabe v. por ej. FUKUYAMA, Francis, "The End of History and the Last Man", Nueva York, Avon Books, 1993. También es posible c. COELHO, op. cit.; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, "En las Encrucijadas de la Modernidad", Universidad de Sevilla, 2000.

²² En cuanto a las distintas perspectivas para la construcción de la Historia pueden recordarse por ejemplo las perspectivas que tomó en cuenta Ferrater Mora al hablar de San Agustín o la visión cristiana; Vico o la visión renacentista; Voltaire o la visión racionalista y Hegel o la visión absoluta (FERRATER MORA, José, "Cuatro visiones de la Historia Universal", Bs. As., Losada, 1945).

3. 1. 3. Otra cuestión de importancia es si la Historia se ha de plantear de modo cronológico relativamente “*global*”, considerando sus diversas áreas en lo religioso, político gubernamental, económico, científico, técnico, jurídico, etc. y, a su vez, en nuestro caso, atendiendo al conjunto del Derecho como tal de maneras interrelacionadas o, de modo sistemático, según las grandes áreas de la cultura y los diversos problemas jurídicos²³. En el primer enfoque se puede avanzar más en el conocimiento de los hechos; en el segundo gana la racionalidad²⁴.

3. 2. 1. Aunque parece que la expresión “*Filosofía de la Historia*” es hija del Iluminismo, que a veces no dudó en sacrificar los sucesos en aras de “leyes” en realidad “ahistóricas”, las nociones de Filosofía e Historia tienen importantes afinidades²⁵. Tal vez como una muestra de la interrelación entre ambas quepa señalar que la primera es amor a la sabiduría y la segunda trae sentidos de búsqueda, de averiguación, de ser “sabio” y “conocedor”²⁶.

La Filosofía tiende a integrar la referencia de la Historia al pasado con un mayor equilibrio de la temporalidad, comprensivo del presente y el porvenir. Sin desconocer que incurrió en excesos, recordamos que Hegel decía que la Filosofía de la Historia es la

²³ En cuanto a la problemática de las historias especiales puede v. por ej. CROCE, *op. cit.*, págs. 113 y ss.

²⁴ Se afirma que la referencia hegeliana a la Historia política universal es ya un anacronismo pensamiento (puede v. COLLINGWOOD, op. cit., págs. 145/6).

²⁶ CORONINAS - PASCUAL, op. cit., t. II, 1980, págs. 898/9 y espec. t. III, 1980, pág. 370. No obstante, cabe recordar que Platón decía que "son filósofos aquellos capaces de comprender lo que existe siempre de una manera inmutable y no lo son aquellos que no pueden alcanzar este conocimiento y oscilan sin cesar entre lo múltiple y cambiante" (PLATON, "República", trad. Antonio Camarero, B. As., Eudeba, 1963, pág. 335, 484 I. b.).

En el año 325 Eusebio Pánfilo publicó una "Historia eclesiástica" que a veces es considerada la Filosofía de la Historia. Presenta un campo de batalla entre Dios y Satanás.

consideración *pensante* de la Historia y nosotros no podemos dejar de pensar²⁷, que el historiógrafo corriente que cree y pretende conducirse receptivamente, entregándose a los meros datos, no es en realidad pasivo en su pensar, que trae categorías y ve a través de ellas lo existente²⁸.

A su vez, una de las maneras que más estimamos para conceptualizar la Filosofía, es la *Historia de la Filosofía*²⁹. Con miras a satisfacer nuestra concepción respecto de ella importa que la Filosofía sea comprendida en su *circunstancia integral*, económica, religiosa, científica, artística, etc. Consideramos que sólo así es posible filosofar en las circunstancias de cada momento, evitando la creencia en retornos imposibles.

3. 2. 2. En la Filosofía de la Historia se plantea la tensión entre *pregunta y respuesta* con especiales características. Ya hemos señalado nuestro parecer de que Marx incurrió en algunas exageraciones en la respuesta, pero creemos que en ciertos casos evidenció una maravillosa capacidad de predicción³⁰. Sin desconocer el valor relativo de las advertencias popperianas en cuanto a la confianza en la capacidad de anunciar el porvenir, consideramos que el planteo del famoso teórico de la “falsabilidad” es referible también a la pregunta que acaba casi negando la Historia por el abusivo bloqueo de la respuesta³¹.

En nuestro caso, sin desaprovechar las respuestas filosófico-históricas, tomadas principalmente como “preguntas”, el propósito principal es dejar abiertos ciertos interrogantes relativos a una comprensión “filosófica menor”³².

²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2^a. ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982, , pág. 41.

²⁸ Id., pág. 45.

²⁹ Pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

³⁰ MARX, Karl (-ENGELS, Friedrich), “Manifiesto del Partido Comunista”, en MARX, Karl, “El Manifiesto Comunista y otros ensayos”, trad. Ediciones Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, págs. 27 y ss.; MARX, Carlos, “El capital”, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, eds. vs. 1982/83. Lo que Marx veía y preveía es a menudo sorprendentemente exacto en los sucesos: “Mediante la explotación del mercado mundial, la burguesía ha dado un carácter cosmopolita a la producción y al consumo de todos los países. Con gran sentimiento de los reaccionarios, ha quitado a la industria su base nacional ...” (“Manifiesto ...” cit., págs. 31/2). “La burguesía suprime cada vez más el fraccionamiento de los medios de producción, de la propiedad y de la población. Ha aglomerado la población, centralizado los medios de producción y concentrado la propiedad en manos de unos pocos.” (“Manifiesto ...” cit., pág. 32). Aunque no creemos que la Revolución Rusa haya sido una realización del marxismo, sino un movimiento intelectual-populista surgido de las raíces de la cultura rusa y teorizado en términos marxistas, puede v. respecto de ciertas falencias en las predicciones de Marx: A. Gramsci, La poda de la historia, <http://www.marxists.org/espanol/gramsci/nov1917.htm> (1-1-2002).

³¹ Cabe c. POPPER, Karl R., “La sociedad abierta y sus enemigos”, trad. Eduardo Loedel, Bs. As., Hyspamérica, 1985. Una afirmación del sentido de la historia puede v. por ej. en BERDIAEFF, Nicolás, “El sentido de la Historia”, Araluce, Barcelona, 1943.

³² Es posible v. nuestras “Lecciones de Filosofía de la Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

3. 3. Como ocurre en todas las ciencias sociales y humanas respecto de sus objetos, también en la Historia un tercero, colocado en un campo de “*metaciencia*”³³, puede reconocer *relaciones* diversas entre los *construcciones científicas* y los *objetos* tratados que, pese a la pretensión tradicional de que el objeto domine a la ciencia o haya al menos cierta “equiparación” entre ambos, suelen ser de *dominación* de los objetos por las construcciones científicas. Lo propio sucede en general en la vinculación de la *conciencia* social y humana, en nuestro caso histórica, con los objetos de referencia, aquí con los sucesos históricos. La conciencia histórica domina a los sucesos históricos.

Esta vinculación se aclara especialmente cuando, a la luz de la ya referida teoría de las relaciones entre las respuestas jurídicas y culturales, se reconoce qué perspectiva califica, si puede hacerse fraude, en qué medida cabe un reenvío y si uno de los enfoques tiene fuerza para rechazar al otro. Es habitual que, en una vinculación de dominación, los sucesos sean calificados según la ciencia y la conciencia y éstas puedan cambiar fraudulentamente los sentidos de los sucesos o rechazar algunas de sus partes.

3. 4. La Historia lleva a diferenciar la perspectiva *histórica “general”* y el punto de vista *biográfico, individual*³⁴. En éste los sucesos y la tarea de historiar suelen requerir *quehaceres personales*. Más allá de la discusión entre la Historia de héroes y de sociedades³⁵, consideramos de gran importancia la atención a lo biográfico y lo histórico general como despliegues necesariamente complementarios³⁶. Con palabras de Alfred Stern puede decirse,

³³ En un campo de una ciencia “de segundo grado”, de cierto modo “epistemológico”.

³⁴ Una perspectiva de la tensión entre la memoria biográfica y el fluir del tiempo, entre el tiempo interior y el tiempo exterior, se expresa en la debatida novela de Marcel Proust “En busca del tiempo perdido” (puede v. PROUST, op.cit.; en relación con el tema por ej. Letras, N° 30, Marcel Proust o la novela de la escritura, Pierre-Louis Rey, http://www.france.diplomatic.fr/label_france/ESPAÑOL/LETTRES/Proust/proust.html - 11-2-2002-)

³⁵ Es posible v. por ej. CARLYLE, Thomas, “De los héroes, el culto de los héroes y lo heroico en la Historia” y EMERSON, R. W., “Hombres representativos”, en CARLYLE y EMERSON, “De los héroes - Hombres representativos”, trad. Jorge Luis Borges, Bs. As., Jackson, 1949; BURCKHARDT, Jacob, “Reflexiones sobre la Historia Universal”, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, págs. 241 y ss.; BRAUDEL, Fernand, “La Historia y las Ciencias Sociales”, trad. Josefina Gómez Mendoza, 3^a. ed., en El Libro de Bolsillo, Madrid, Alianza, 1974, págs. 26/7; TRIGEAUD, Jean-Marc, “Le mythe du héros et l'esthétique de la justice”, en “Archives de Philosophie du Droit”, t. 40, págs. 34/55.

³⁶ Suelen decirse que la Historia es para el autoconocimiento humano (c. v. gr. COLLINGWOOD, op. cit., pág. 22). Se afirma que sólo a través de nuestra propia historia podemos alcanzar nuestro propio conocimiento (v. por ej. CASSANI, Jorge Luis - PEREZ AMUCHASTEGUI, A. J., “Del “epos” a la historia científica. Una visión de la historiografía a través del método”, 5^a. ed., Bs. As., Abaco, 1980, pág. 286). Decía Raúl Orgaz que la única historia que ama y comprende un joven es la historia que sirve a la vida y para hacerla servir con eficacia a la vida es indispensable crearse una conciencia histórica genuina (ORGAZ, Raúl A. Dr., “El sentimiento de la historia y los jóvenes”, en “Revista de la Universidad Nacional de Córdoba”, año XXVIII, págs. 414 y ss. Perspectivas interesantes para integrar lo biográfico y lo histórico pueden v. por ej. en GOLDSCHMIDT, Werner, “Los quehaceres del historiador de la Filosofía”, en “Filosofía, Historia y Derecho”, Bs. As., Abeledo, 1953, págs. 11 y ss.

por ejemplo, que “Nuestros destinos individuales dependen, en gran medida, de la suerte de la colectividad en que vivimos; por ello, la filosofía de la historia se convierte en una parte esencial de nuestra filosofía de la vida”³⁷.

En algunos individuos, como Napoleón, Stalin, Hitler, Churchill, etc., la perspectiva biográfica de los sucesos es muy fuerte y también lo es la perspectiva biográfica de la conciencia. Llegan incluso a adquirir caracteres arquetípicos y a pasar sobre lo biográfico, al hilo de lo monumental. Salvando las distancias, esto genera el peligro señalado por Nietzsche de que el entusiasmo lleve al fanatismo³⁸. En cambio, en muchos otros individuos las perspectivas biográficas en cuanto a sucesos y conciencia son mucho más débiles. En este sentido, el despliegue biográfico del hombre común debe crecer en relación con lo histórico, no sólo respecto a los sucesos en los que interviene sino con referencia a la conciencia histórica³⁹.

Aunque para ser social la historicidad requiere cierto grado de “tiempo objetivo”, cada hombre tiene inevitablemente conciencia histórica desde su propia circunstancia y desde su “biografía”. Esta conciencia puede ser a su vez ahondada y enriquecida. Toda biografía es en la historia, aunque creemos que no todo lo biográfico es solamente histórico ni afirmamos que todo lo histórico sea la suma de las biografías. En países como la Argentina, de radical predominio de lo individual frente a lo colectivo, lo “biográfico” casi excluye lo histórico, pero por eso incluso deja de ser propiamente biográfico⁴⁰.

El equilibrio de los momentos del tiempo es importante para el relacionamiento de lo biográfico con lo histórico propiamente dicho.

³⁷ STERN, op. cit., pág. 7.

³⁸ NIETZSCHE, “Sulla storia ...” cit., pág. 105.

³⁹ Un grave problema es el que plantea el individuo cuya biografía tiene gran importancia histórica pero no tiene conciencia al respecto. También es grave el desequilibrio inverso del individuo que magnifica su conciencia biográfica histórica apartándola de la relevancia real que tiene en los sucesos. Cabe c. FERNANDEZ SABATE, Edgardo, “Hombre y comunidad a través de la Historia”, Bs. As., Depalma, 1977/8. En un sentido opuesto al biográfico, pero no marginable, se encuentra la perspectiva antropológica en la cual la Historia sería una manifestación de la evolución de la vida (pueden v. por ej. DARWIN, Charles, “El origen de las especies”, trad. José P. Marco, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; Encyclopedia of Life Sciences, Natural Selection: Introduction, David Reznik, <http://www.els.net/els/els/index.html?sessionid=9d2125e5c5b29dfe>) (18-12-2001); Evolutionary Ideas: The Modern Synthesis, Peter J. Bowler, <http://www.els.net/els/els/index.html?sessionid=9d2125e5c5b29dfe> (18-12-2001)).

⁴⁰ En el marco de los géneros literarios podría decirse que la epopeya es el triunfo de lo histórico sobre lo biográfico, la comedia está signada por el avance de lo biográfico sin sentido histórico y el drama procura la síntesis entre los dos despliegues (en cuanto a los significados de los géneros literarios puede v. nuestra “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984).

c) *El Derecho*

4. 1. 1. La Filosofía de la Historia conduce a comprender la conveniencia de que ésta sea encarada desde la mayor cantidad de *perspectivas posibles*, para cumplir en la mayor medida a nuestro alcance la vocación de universalidad. En nuestro caso, con referencia a la materia, consideraremos la *Filosofía de la Historia del Derecho*, con particular dirección al *Derecho Privado*⁴¹.

Uno de los temas primeros es saber en qué medida esta Historia es *interna* o *externa* al objeto de la *ciencia jurídica*. En la “complejidad impura” del jusnaturalismo apriorista, la Historia del Derecho es periférica, porque la línea central del pensamiento jurídico no es histórica. En la “simplicidad pura” de las normas, de la hoy empobrecedora propuesta kelseniana, la causalidad inherente a la Historia del Derecho resulta metajurídica. En la “complejidad pura” del trialismo, la Historia del Derecho es profundamente interna al objeto de la ciencia jurídica.

⁴¹ A veces, como en el caso de Jean Bodin, se llega a decir que la principal utilidad de la Historia es servir al Derecho y a la Política (Methodus ad facilem historiarum cognitionem libri IV, puede v. Jean Bodin (1530-1596), <http://gallica.bnf.fr/themes/PhiXVI5.htm> -10-2-2002-). Maquiavelo entendía que el campo político es específico de las mutaciones históricas (es posible c. ROMERO, “Maquiavelo ...” cit., págs. 72 y ss.). Se ha sostenido que fue Vico quien introdujo el elemento histórico en el Derecho Positivo (CARNER, José, Prólogo a VICO, op. cit., pág. VIII).

Puede v. por ej. LACLAU, Martín, “La historicidad del derecho”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994. En cuanto a la Historia del Derecho, pueden c. asimismo v. gr. WIAECKER, Franz, “Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna”, trad. Francisco Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000; LEICHT, P. S., “Storia del Diritto Italiano. Il Diritto Privato”, en parte reimprección, Milán, Giuffrè, 1948/60; CAVANNA, Adriano, “Storia del diritto moderno in Europa”, Le fonti e il pensiero iurídico, I, Milán, Giuffrè, 1979; MARGADANT, Guillermo F., “Panorama de la Historia Universal del Derecho”, 7^a ed., México, Miguel Angel Porrúa, 2000. Acerca de la historia de la historiografía jurídica cabe c. ZORRAQUIN BECU, Ricardo, “Historia del Derecho Argentino”, 1^a ed., 2^a reim., Bs. As., Perrot, t. I, 1978, págs. 29 y ss. También es posible v. ORTIZ PELLEGRINI, Miguel Angel, y otros, “Nociones de Historia del Derecho Argentino”, 2^a ed., Córdoba, Lerner, 1994; LEVAGGI, Abelardo, “Manual de Historia del Derecho Argentino”, 2^a ed., Bs. As., Depalma, 1996/8; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “Estudios de Historia del Derecho”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988/990/ 1992; TAU ANZOATEGUI, Víctor - MARTIRÉ, Eduardo, “Manual de Historia de las Instituciones Argentinas”, 6^a ed., Bs. As., Macchi, 1998.

Cabe c. nuestros estudios “Meditaciones filosófico históricas acerca de los modos de adquirir el dominio”, en “*Juris*”, t. 69, págs. 219 y ss.; “Meditaciones filosófico históricas sobre las cosas”, en “Revista de Ciencias Sociales”, N° 22, págs. 101 y ss. (importa tener en cuenta el error de edición, por interpolación en la página 127, al que se refiere la documentación protocolizada mediante escritura N° 302, año 1985, pasada ante la escribana doctora María Cristina Paglia, adscripta al Registro N° 327, Rosario, -v. al respecto por ej. “Boletín ...” cit., N° 6, pág. 132-); “Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales”, en “El Derecho”, t. 100, págs. 886 y ss.; “Perspectivas filosófico históricas del Derecho Privado”, en “Investigación...” cit., N° 11, págs. 19 y ss.; “Aspectos filosófico-históricos del Estado (Con especial referencia al Estado argentino)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 25, págs. 9/27; “Tres reflexiones filosófico históricas sobre la vida de los guaranés”, en “Boletín ...” cit., N° 4, págs. 63 y ss.

Si se acepta la construcción del objeto jurídico que proponemos de acuerdo con el trialismo, la Historia del Derecho es, de cierto modo, una de las maneras de pensar el objeto jurídico. Aunque vale descartar la disolución del Derecho en la Historia, la conciencia histórica, en nuestro caso histórico-jurídica, y más específicamente filosófico-histórico-jurídica, tiene honda relevancia para la construcción del Derecho⁴². Como hemos de destacar, la idoneidad de una construcción teórica para el diálogo *interdisciplinario*, como la que evidencia el trialismo, es a nuestro parecer uno de los títulos importantes para su aceptación.

La propia caracterización "Historia del Derecho" presenta la *tensión "regional"* entre los elementos expresados en las tres palabras⁴³. A veces predomina lo histórico; en otros casos, lo jurídico⁴⁴. Entre los problemas importantes de la Historia del Derecho y del Derecho todo se encuentra la promoción de la perspectiva *biográfica histórica*, en cuanto a la intervención en los sucesos y respecto a la conciencia. Así como suele decirse que "todo hecho social es un hecho histórico, y a la inversa", también afirmamos que todo "hecho jurídico" debe ser considerado un "hecho histórico" y a la inversa⁴⁵. La propia finalidad asignada al Derecho varía significativamente en el curso de la Historia⁴⁶.

Si bien creemos que es importante complementar la tradicional referencia del jurista volcado al pasado, que se remite en mayor o menor medida a normatividades ya existentes, con la habilidad para la *construcción* de nuevas normas, dirigida al futuro (tarea para la cual la exégesis lo bloqueó y el kelsenianismo lo incapacitó), consideramos que la Historia del Derecho es imprescindible para comprender el objeto que nos interesa referir en la ciencia

⁴² Con palabras de Theodor Schieder es posible decir en general que "La historia es, pues, una forma especial de saber, aplicada a todos los objetos de saber que se encuentran en conexión con las creaciones del hombre y su aparición en el tiempo" (SCHIEDER, op. cit., pág. 16). Puede c. por ej. BERGER - LUCKMANN, "La construcción de la realidad", trad. Silvia Zuleta, Bs. As., Amorrortu, 1968.

Otros temas de gran significación son la *conciencia filosófica* y la *conciencia jurídica* (en relación con la Filosofía como autoconciencia de un pueblo cabe c. por ej. REALE, Miguel, "Pluralismo e Libertad", San Pablo, Saraiva, 1963, págs. 47 y ss.; acerca de la conciencia jurídica pueden v. por ej. COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2^a ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, acerca de la fuerza de convicción, por ej. págs. 179, 506, 623, etc.; WELZEL, Hans, "Introducción a la Filosofía del Derecho", trad. Felipe González Vicen, 2^a ed., Madrid, Aguilar, 1971, por ej. pág. 266).

⁴³ Es posible v. ORTEGA Y GASSET, José, Prólogo a SPENGLER, Oswald, "La decadencia de Occidente", trad. Manuel García Morente, Madrid, Calpe, t. I, 1925. Puede v. ZORRAQUIN BECU, op. cit., t. I, págs. 23 y ss.

⁴⁴ Cabe c. CID, Felipe, "Reflexiones sobre Historia de la Medicina", Barcelona, Anagrama, 1974, págs. 15 y ss.

⁴⁵ V. GOLDMANN, Lucien, "Las ciencias humanas y la filosofía", trad. Josefina Martínez Alinari, Bs. As., Nueva Visión, 1967, pág. 9.

⁴⁶ POUND, Roscoe, "Introducción a la Filosofía del Derecho", trad. Fernando Barrancos y Vedia, Bs. As., TEA, 1972, págs. 41 y ss. Habermas señala a su vez que "El valor atribuido a la categoría "derecho" durante los tres últimos siglos en el análisis del Estado y de la sociedad ha fluctuado al alza y a la baja según fuera la coyuntura científica" (HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y validez", trad. Manuel Jiménez Redondo, 2^a ed., Madrid, Trotta, 2000, pág. 106).

jurídica. Al fin, como hemos indicado, el futuro se relaciona hondamente con el presente y el pasado y la Historia se *vincula* de manera profunda con el presente y el porvenir.

Con miras a la mejor comprensión de la tensión histórica, es relevante considerar la *perspectiva dinámica* de todo el Derecho, en la que puede ser construido como la actividad repartidora descriptible e integrable mediante normas vinculada al *aprovechamiento de las oportunidades* para realizar la justicia⁴⁷. Las oportunidades se producen en la temporalidad y de cierta manera son históricas.

A la tensa relación entre pregunta y respuesta, propia de la Filosofía, y entre recuerdo y olvido, inherente a la Historia, el Derecho agrega la tensión entre lo "incorrecto" y lo "correcto", que parece tampoco ha de resolverse nunca de manera cabal.

La vinculación de la Historia y el Derecho es tan grande que éste suele construirse su *propia temporalidad*, como sucede con las cuestiones del *ámbito temporal* activo y pasivo de las normas, particularmente con los problemas del Derecho "Transitorio". También la prescripción y la caducidad brindan un claro panorama de la temporalidad de un sistema jurídico⁴⁸.

La relación entre Historia y Derecho no excluye que, para poder proyectarse al cambio de la realidad en el futuro, el Derecho suele "saltar" del cambio histórico de los casos, petrificándolos en los "antecedentes" normativos. Incluso a menudo se pierde la imprescindible conciencia histórica⁴⁹.

4. 1. 2. Para la mejor comprensión del Derecho y la Historia vale integrar al mundo jurídico dentro del *mundo político*, pues la apreciación de la complejidad de este mundo, compuesto por perspectivas convivenciales no sólo jurídicas, sino de la economía, la salud, la ciencia, el arte, la religión, la educación, etc., permite una mejor captación de la dinámica de los dos ámbitos⁵⁰. Uno de los problemas es la necesidad de superar la visión burguesa del Derecho Privado como un Derecho "apolítico"⁵¹. Creemos notorio que todo Derecho es *histórico y político*.

La posibilidad del trialismo de presentar *propuestas teóricas integradas* de lo jurídico,

⁴⁷ Puede v. nuestro "Derecho ..." cit., págs. 12/3.

⁴⁸ Es posible v. ROUBIER, Paul, "Le droit transitoire", 2^a ed., París, Sirey, 1960. Cabe c. nuestros artículos "Comprensión jusfilosófica de la prescripción", en "Investigación..." cit., N° 17, págs. 23 y ss.; "Aportes para la comprensión de los plazos de prescripción del Código Civil", en "El Derecho", t. 144, págs. 899 y ss.; también v. gr. "Jusfilosofía del plazo, la condición y el cargo", en "Revista de la Facultad ..." (UNR) cit., N° 12, págs. 69 y ss.

⁴⁹ Al hombre de Derecho suele serle especialmente ajena la polemizada enseñanza heraclítea de que "No se puede sumergir dos veces en el mismo río" (v. por ej. HERACLITO, "Fragmentos", trad. Luis Farré, 3^a ed. en BIF, Bs. As., Aguilar, 1968, párrafo 91, pág. 162).

⁵⁰ Puede v. nuestro estudio "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

⁵¹ V. RAISER, Ludwig, "Il compito del Diritto Privato", trad. Marta Graziadei, Milán, Giuffrè, 1990, págs. 238/9.

lo histórico y lo político es una de las manifestaciones de su riqueza esclarecedora del conjunto de la vida. Cuando se consideran estas posibilidades se aprecia que el despliegue trialista supera la célebre impugnación con que Goethe advierte sobre las desviaciones de la teoría: “gris es toda teoría, verde es el árbol de la vida”⁵².

4. 1. 3. La Filosofía, la Historia y el Derecho se *influyen entre sí* al punto que puede sostenerse que cada *manera de historiar* contribuye a una organización jurídica y responde a una filosofía. La exaltación del dominio de la Filosofía sobre la Historia se muestra en la afirmación de que la Historia es la Filosofía de enseñar con ejemplos. Podría reconocerse que, en una dominación semejante aunque a veces más oculta, para algunos la Historia resulta juridizar con ejemplos. La interrelación está presente además, por ejemplo, en la idea de Theodor Mommsen de que para historiar hay que conocer Derecho, lengua y Literatura⁵³.

En cuanto a la participación de la *conciencia* en la construcción de las nociones de Filosofía, Historia y Derecho, creemos que en la Filosofía y en la Historia es más significativa que en el Derecho. Pese a que en general el despliegue de conciencia es muy significativo en la vida jurídica, no obstante las diversidades según las concepciones de lo jurídico y sin olvidar que en general el tema no ha recibido aún la atención que merece, creemos que la conciencia es más importante en lo filosófico y en lo histórico⁵⁴. No sin razón suele decirse que el Derecho pertenece al reino de lo “objetivo”. Quizás por esto lo filosófico y lo histórico sean parte de la relativa profundidad individual y última del hombre tratada en las “Humanidades” en sentido estricto, en tanto lo jurídico pertenece más a las Ciencias Sociales⁵⁵.

4. 2. Es relevante atender a las vinculaciones de la Historia del Derecho con el *resto del Derecho*.

Hay que considerar la relación de la Historia del Derecho con el *Derecho Universal*. Para afirmar la necesidad de tratar esta perspectiva planetaria vale señalar que también la

⁵² V. GOETHE, Johann Wolfgang, “Fausto”, trad. José María Valverde, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1995, pág. 58.

⁵³ Theodor Mommsen, *Römische Geschichte*, <http://www.gutenberg.aol.de/mommsen/roemisch/roemisch.htm> (30-12-2001); Theodor Mommsen, 1817-1903, <http://emuseum.mnsu.edu/information/biography/klmno/mommsen-theodor.html> (30-12-2001). Es posible c. BIDART CAMPOS, Germán José, “La Historicidad del Hombre, del Derecho y del Estado”, Bs. As., Manes, 1965.

Acerca del papel del Derecho en la Historia puede v. por ej. Institut International d’Études Européennes “Antonio Rosmini”, L’Europa e il diritto, <http://rosmini.altea.it/rosm52.htm> (9-1-2002).

⁵⁴ Las corrientes del pensamiento del Derecho que atienden a la realidad social están más orientadas a considerar la conciencia jurídica.

⁵⁵ Cabe v. por ej. Fundación Puertorriqueña de las Humanidades, ¿Qué son las humanidades?, <http://www.fprh.org/index2.html> (6-1-2002), Liceus, El portal de las humanidades, <http://www.liceus.org/es/ace/> (6-1-2002).

Historia posee siempre una proyección universal. No obstante, se ha de tener en cuenta asimismo que los despliegues comunes de la Historia y el Derecho suelen estar referidos a un sistema especial, en general a nuestro sistema “Occidental”⁵⁶.

Es importante considerar además a la Historia en relación con *cada una de las ramas jurídicas*, en sí mismas y como partes del *conjunto*, que trata en una de sus perspectivas la *Teoría General del Derecho*⁵⁷. Las historias de las ramas jurídicas aisladas no son suficientes.

4. 3. La consideración *histórica* de los alcances del *Derecho Universal* y de las *ramas jurídicas* muestra la complementación de la *temporalidad*, la *espacialidad* y la *materialidad* de lo jurídico⁵⁸. En última instancia, se trata de fenómenos diversos de “contactos de respuestas” y de “recepción”, en relación con los cuales Savigny comprendió la profunda afinidad de los vínculos espacio-temporales⁵⁹.

Dada la hondura humana de los planteos filosóficos, históricos y jurídicos, no sólo es necesaria la vinculación de las tres perspectivas sino su esclarecimiento *interdisciplinario* con todos los saberes referidos al hombre⁶⁰.

⁵⁶ V. por ej. JASPERS, op. cit., págs. 322/3; TOYNBEE, Arnold, con la colaboración de Jane Caplan, “La Historia”, trad. Vicente Villacampa, Barcelona, Noguer, 1975; acerca de los diversificados alcances de la Historia pueden v. TOYNBEE, Arnold J., “Estudio de la Historia I”, Compendio de D. C. Somervell, trad. Luis Grasset, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; WEBER, Alfred, “Historia de la cultura”, trad. Luis Recasens Siches, 9^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968, págs. 12 y ss. Los sistemas jurídicos tienden a proponer una Historia del Derecho propia, con los riesgos que esto trae aparejados. Cabe tener en cuenta el Congreso Internacional Hegel “Die Weltgeschichte - das Weltgericht?”, http://www.dfg.de/aktuell/pressemitteilungen/Archiv/presse_1999_16.html (4-1-2002).

Entre la universalidad de los sucesos históricos y la de la conciencia de la Historia la diferencia suele ser todavía grande, pero creemos que la distancia entre el Derecho Universal como realidad y la conciencia respectiva sigue siendo más amplia.

Acerca del universalismo como “europeísmo” puede v. por ej. Literatura Argentina Contemporánea, Bipolaridad en la historia (Parte II), Noé Jitrik, <http://www.literatura.org/Jitrik/njT1b.html> (12-1-2002).

⁵⁷ Es posible v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 33/76.

⁵⁸ Cabe recordar por ej. FRAASEN, Bas. C. van, “Introducción a la Filosofía del tiempo y el espacio”, trad. Jan-Pedro Acorddagooicechea Goicoechea, Barcelona, Labor, 1978.

⁵⁹ V. SAVIGNY, F. C., “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch. Genoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 120 y ss. (párrafos CCCXLIV y ss.).

⁶⁰ Pueden v. por ej. ARNAUD, André-Jean, “Essai d’analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la pais bourgeoise”, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973; ZORRAQUÍN BECÚ, op. cit., t. I, págs. 21 y ss.; respecto de la relación entre historia y sociología, MOMMSEN, Wolfgang, «Max Weber: Sociedad, política e historia», trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Alfa, 1981. En última instancia todo nuestro saber, dirigido a lo que nos interesa, se relaciona con nosotros mismos (cabe referir HABERMAS, Jürgen, «Conocimiento e interés», trad. Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, Madrid, Taurus, 1982).

Acerca de la enseñanza de la Historia del Derecho puede v. por ej. Jurist, The legal Education Network, http://jurist.law.pitt.edu/cour_pgs.htm#History (31-1-2002).

d) El Derecho Privado

5. 1. Dedicamos especial atención a la Historia del *Derecho Privado*⁶¹. Aquí se agrega una nueva tensión, entre lo privado y lo público que, se admite o no, parece inherente a todo fenómeno jurídico. De las muy difíciles, casi trágicas, dificultades entre la pregunta y la respuesta, el recuerdo y el olvido, lo incorrecto y lo correcto, y lo privado y lo público, surgen muchos de los obstáculos de nuestro objeto.

La Historia se ha referido muy a menudo a los fenómenos gubernamentales, incluso en el área privatista⁶². Los actos públicos suelen hacerse con cierta aspiración histórica; los privados se construyen más con alguna “privacidad infrahistórica”, que al menos suele pretender no ser tomada como referencia de otras personas. Mucho se dice acerca de Napoleón como gobernante e incluso de la gran obra del Código que lleva su nombre y de su vida privada “publicizada”; es menos lo que se atiende a los actos privados de la época, en cambio a menudo mejor documentados en el arte.

Uno de los problemas específicos de la Historia del Derecho Privado es la superación de la perspectiva pública de lo privado sin caer en la referencia a lo meramente cotidiano. Sin desconocer antecedentes como los aportes de Plutarco al conocimiento de la vida privada de los grandes hombres y las advertencias de Macaulay respecto de la importancia de la Historia de la gente y no sólo la de los gobiernos, cabe señalar que para la Historia de lo privado es muy relevante el reciente desenvolvimiento de la Historia de la vida privada⁶³. Creemos claro que en los comienzos prehistóricos los datos del Derecho Privado son tanto o más significativos que los del Derecho Público.

⁶¹ En relación con la compleja caracterización del Derecho Privado pueden v. por ej. nuestros artículos “Filosofía del Derecho Privado”, en “Investigación...” cit., Nº 11, págs. 13 y ss.; “Derecho Público y Derecho Privado”, en “La Ley”, t. 1979-D, págs. 956 y ss.; “Perspectivas filosófico históricas del Derecho Privado”, cits.; “Notas para la comprensión axiológica del subsistema del Derecho Privado”, en “Investigación...” cit., Nº 11, págs. 29 y ss.; “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín...” cit., Nº 20, págs. 119 y ss. Respecto de la Historia del Derecho Privado es posible c. v. gr. COING, Helmut, “Derecho Privado Europeo”, trad. Dr. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996; ENNECCERUS, Ludwig, “Derecho Civil (Parte General)”, 13^a. Revisión por Hans Carl Nipperdey, en ENNECCERUS, Ludwig - KIPP; Theodor - WOLFF, Martín, “Tratado de Derecho Civil”, t. I, v. I, Barcelona, Bosch, 1934, págs. 1 y ss.; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”, t. I, Parte General, Bs. As., La Ley, 1979, págs. 55 y ss.; MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, “Lecciones de Derecho Civil”, trad. Luis Alcalá-Zamora Castillo, Parte Primera, vol. I., Bs. As., EJEA, 1976, págs. 51 y ss.; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Derecho Privado”, 1er. Curso, 2^a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, págs. 82 y ss.; en cuanto al Derecho Romano: BONFANTE, Pietro, “Historia del Derecho Romano”, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944. También cabe c. v. gr. BUNGE, C. O., “Historia del Derecho Argentino”, 3^a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1930. Es posible v. RAISER, op. cit.; SALDANHA, Nelson, “Sociología do Direito”, 2^a. ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, 1980, págs. 98 y ss.

⁶² La Historia elaborada en la Edad Antigua, los planteos históricos renacentistas de Maquiavelo y la Historia del siglo XVII son diversos ejemplos de fuerte relación con la política.

⁶³ Cabe c. por ej. PLUTARQUE, “Les vies des hommes illustres”, trad. Ricard, París, Garnier; T. B. Macaulay,

5. 2. Cada Filosofía de la Historia asigna más o menos relieve a la Historia del Derecho Privado en sus diversas manifestaciones. La referencia a lo privado patrimonial es significativa en el clima de la Ilustración, que incluye la Historia en un marco dirigido al comercio y la economía en general; en el sansimonismo, con su aspiración a la mera “administración de las cosas” y, al fin, en el marxismo, que sostiene una interpretación económica de la Historia⁶⁴. Pese a los aportes de la Escuela Histórica al Derecho Privado, éste tiene menos significación profunda en la remisión última del Romanticismo al místico “espíritu del pueblo”. En general, la perspectiva del Derecho Privado es especialmente relevante en las concepciones históricas antropocéntricas “humanas”.

La Historia del Derecho Privado tiene particular afinidad con la *organización democrática* y la *concepción igualitaria* de los individuos.

II) La Filosofía Menor de la Historia del Derecho Privado

1) La Filosofía Menor de la Historia del Derecho Privado en general

6. 1. A la *Filosofía Mayor de la Historia del Derecho Privado* le corresponde tratar la relación de la Historia de este Derecho con los objetos “externos”, es decir, con el resto del *Derecho, la economía, la ciencia, el arte, la religión, etc.*⁶⁵

History of England, Introduction, <http://www.strecorsoc.org/macaulay/m01a.html#1a1> (30-12-2001); ARIES, Philippe - DUBY; Georges (dir.), «Historia de la vida privada», trad. Francisco Pérez Gutiérrez y Georges Duby, t. I, 4^a. reimp., Madrid, Santillana, 1994. Durante largo tiempo la vida privada se ha mostrado como «tapiada», con grave perjuicio para la Historia del Derecho Privado y su Filosofía (DUBY, Georges, prefacio a la obra recién citada, pág.10). En cuanto a las relaciones entre vida privada y vida pública puede c. por ej. BEIGNIER, Bernard, «Vie privée et vie publique», en «Archives de Philosophie du Droit», t. 41, págs. 163 y ss.

Advertía Descartes «que incluso las historias más fieles, aunque no cambien ni aumenten el valor de las cosas para hacerlas más dignas de ser leídas, omiten por lo menos las circunstancias más bajas y menos ilustres: de aquí procede que el resto no parezca tal cual es y que los que rigen sus costumbres por los ejemplos que sacan de ellas están expuestos a caer en las extravagancias de los paladines de nuestras novelas y a concebir propósitos que superan sus fuerzas» (DESCARTES, op. cit., págs. 139/40 -7-).

⁶⁴ El sansimonismo es uno de los movimientos en los que la jerarquía histórica del Derecho Privado ha alcanzado el más alto nivel (v. por ej. SAINT-SIMON, “Catecismo político de los industriales”, trad. Luis David de los Arcos, 2^a. ed. en B.I.F., Bs. As., Aguilar, 1964). Puede v. SELIGMAN, Edwin R. A., “La interpretación económica de la Historia”, Nova, Bs. As., 1957.

⁶⁵ A veces se desarrolla la distinción entre “Filosofía de la Historia” en sentido estricto, dirigida a la reconstrucción del proceso integral de la evolución humana desde el punto de vista de la Filosofía y “Historia Universal”, encargada de expresar el proceso histórico bajo la forma de un concepto único que puede aclararlo completamente (puede v. Fin de l’histoire, Endre Kiss, Liberation. Le droit de la mondialisation, http://www.liberation.com/omc/dico/germ_histoire.php3 -25-12-2001). En ese marco, nuestro objetivo es más de Filosofía de la Historia en sentido estricto.

La visión integrada de lo histórico-jurídico en lo “intrajurídico” y lo “extrajurídico” favorece a su vez la integración entre lo biográfico y lo histórico propiamente dicho. Una historia excesivamente recortada es una “historia” muerta, ajena a lo “bio-gráfico” existencial.

6. 2. El desarrollo de la Filosofía de la Historia del Derecho Privado se enriquece al plantearla según se trate de las diversas *disciplinas filosóficas*. Es posible distinguir, por ejemplo, la Gnoseología, la Epistemología, la Lógica, la Ontología, la Axiología, la Antropología filosófica y la Metafísica de la Historia del Derecho Privado⁶⁶.

A título de muestra, cabe señalar que de acuerdo con la perspectiva gnoseológica puede preguntarse sobre la posibilidad del conocimiento histórico jusprivatista como realidad externa, creación o construcción del sujeto. El punto de vista epistemológico lleva a referirse al carácter filosófico o científico de la Historia del Derecho Privado. El enfoque lógico conduce, v. gr., a tratar la representabilidad del tiempo histórico jusprivatista como una recta, una semirrecta, una circunferencia o una espiral.

La consideración ontológica aborda, por ejemplo, el ser ideal o material de la Historia del Derecho Privado. La perspectiva axiológica trata, v. gr., los valores verdad, justicia, poder, etc., presentes en el área. El punto de vista antropológico atiende a la vinculación de la Historia del Derecho Privado con la caracterización del ser humano, por ejemplo como “ser” histórico-jurídico-privatista, sólo “con” Historia del Derecho Privado, etc.⁶⁷. El enfoque metafísico conduce a abordar si hay algún sentido esencial –por ejemplo de hazaña de la libertad, co-creación, cumplimiento de un plan divino, etc.- inherente a la Historia, en nuestro caso, a la perspectiva histórica jusprivatista⁶⁸.

En la difícil polémica entre el apego a los hechos y la elaboración filosófico-histórica, De Gubernatis dijo que entre el árido erudito y el filósofo de la historia, por lo común metafísico, aun cuando él quiera aparecer escéptico, está el verdadero historiador, que estudia una serie distinta de hechos, los indaga, los expone en una forma evidente, fascinadora, dramática, los colorea en el lugar y el tiempo, los coordina, y con la guía de un buen sentido no vulgar, los explica, obteniendo cuando sea necesario enseñanzas civiles y morales (DE GUBERNATIS, Angel, «Historia de la Historiografía Universal», prólogo de Rómulo D. Carbía, Bs. As., CEPA, 1943, pág. 24).

⁶⁶ Planteos de Filosofía Mayor importantes se producen cuando se desarrollan enfoques “de grados anteriores o posteriores”, como son los de la Filosofía de la Historia por una parte y los de la Historia de la Filosofía de la Historia del Derecho o la Filosofía de la Historia de la Filosofía de la Historia del Derecho por la otra. Vale preguntarse, como ejemplo de la Filosofía de la Historia, acerca de los problemas del tiempo, la temporalidad y la transtemporalidad y como muestra de Filosofía de la Historia de la Filosofía de la Historia del Derecho cuál es el significado filosófico de la aparición histórica de la Filosofía de la Historia del Derecho.

Es relevante reconocer, v. gr., el papel de la obra de pensadores como Savigny, que tanto hicieron por la formación de la ciencia jurídica e incluso en la comprensión de la historicidad del Derecho.

⁶⁷ Vale recordar que según Ortega y Gasset el hombre no tiene naturaleza sino historia (v. por ej. ORTEGA Y GASSET, José, “Historia como sistema”, en “Historia como sistema y Del Imperio Romano”, 2^a ed., Madrid, Revista de Occidente, 1942, por ej. págs. 33 y 63).

⁶⁸ Pueden v. por ej. GOMEZ PEREZ, Rafael, “La ley eterna en la historia”, Pamplona, Ediciones Universidad de

7. La *Filosofía Menor de la Historia del Derecho Privado*, parte de la “*Historiología*”, que constituye el objeto principal de nuestro estudio, se refiere a la Historia del Derecho Privado en sí misma. Aprovechando las propuestas de la *teoría trialista del mundo jurídico*, elaborada dentro de la concepción tridimensional del Derecho, es posible elaborar una *teoría trialista del mundo histórico* y, en nuestro caso, del *mundo histórico-jusprivatista*⁶⁹.

La teoría trialista del mundo histórico se construye con tres dimensiones: *sociológica*, *lógica* y *axiológica*⁷⁰. A semejanza de lo que ocurre en el Derecho, es posible reconocer uni, bi y tridimensionalismos históricos⁷¹. La teoría trialista puede ser referida a la historia como *objeto*, que abarca los sucesos, y a la *conciencia* dirigida a él. En nuestro caso, como ya señalamos, nos ocuparemos especialmente de la *conciencia histórica*.

2) *Filosofía de la conciencia de la Historia del Derecho Privado*

a) *Dimensión sociológica*⁷²

1') *Los hechos y los actos de historización aislados*

8. 1. 1. En la dimensión sociológica de la construcción de la conciencia histórica es posible diferenciar *hechos* y *actos de “historización”* que asignan “*re-presentación*” en las vidas y en nuestro caso en las conciencias de las personas que historian⁷³. Los hechos y los actos de *historización*, a los que nos referimos especialmente, son diversos de los hechos

Navarra, 1972; MASSUH, Víctor, “Sentido y fin de la historia en el pensamiento religioso actual”, 2^a.ed., Bs. As., Eudeba, 1966.

⁶⁹ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, cit.; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura ...” cit.

La cultura toda es susceptible de un planteo tridimensional de referencias trialistas.

⁷⁰ Se dice que Herodoto, llamado el padre de la Historia, fue no sólo un recopilador de hechos, sino un amante de la verdad, un moralista y un poeta ... (MGS, Historia, Documentos, Herodoto, <http://www.mgar.net/var/herodoto.htm> (9-1-2002).

⁷¹ Respecto del mundo jurídico puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., por ej. pág. X. Una muestra de unidimensionalismo sociológico en la Historia es el apego a los hechos del modelo empleado por Ranke (pueden v. por ej. Humboldt University, Berlin, Gallery of Historians at the Institute of History, Leopold von Ranke, <http://www.geschichte.hu-berlin.de/galerie/texte/ranke.htm> (30-12-2001); Encyclopedie.com, Ranke, Leopold von, <http://www.encyclopedia.com/articles/10785.html> (30-12-2001); CARR, op. cit., págs. 11 y ss.).

⁷² Nos referimos a una dimensión sociológica, intersubjetiva, porque creemos que una perspectiva meramente individual, radicalmente “biográfica” no debe ser considerada histórica.

⁷³ Cabe c. v. gr. History and Theory, Decembrer 1987, Beiheft 26, *The Representation of Historical Events*, <http://www.historyandtheory.org/histjrn/Archives/archives2.html#anchor1802945> (16-12-2001).

y los actos *históricos* en relación con los cuales al fin se producen, aunque en parte sean simultáneos. La Historia, a la que con más precisión llamaremos “historización”, es al fin un gran fenómeno de cierto modo “coexistencial”, en término más preciso “*subsistencial*”, de “*recepción*” de unas vidas en vidas y conciencias relativamente ajenas⁷⁴.

El origen de los *hechos* que historian (hechos de “historización”) es ajeno a la conducción de los seres humanos. Los hechos de historización se producen por las *influencias humanas difusas*, la *naturaleza* y el *azar*⁷⁵. En los niveles muy profundos de los hechos de la conciencia histórica están el “espíritu del pueblo” y el “inconsciente colectivo”, que tantas discusiones han motivado⁷⁶.

Los *actos* que historian (actos de “historización” o “historizadores”) son producidos por la *conducta* de seres humanos determinables⁷⁷. Se desenvuelven en una dinámica de *reconocimiento* de datos, *decisión* y *efectivización*⁷⁸. Acontecen en grandes marcos que incluyen otros actos y hechos de historización⁷⁹.

⁷⁴ Pueden v. nuestros artículos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Dereito Civil”, 8, págs. 73 y ss. (año 1979); “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín ...” cit., Nº 9, págs. 33 y ss.; también “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

⁷⁵ En cuanto a naturaleza y cultura cabe c. por ej. *Naturaleza-Hombre-Cultura-Objetos a través del Tiempo*, <http://sigma.eafit.edu.co/~jhrestre/Propuesta.htm> (31-1-2002). Acerca del azar en la Historia es posible c. v. gr. ARON, ed. 1946, págs. 19 y ss.; también HACKLING, Ian, “La domesticación del azar”, trad. Alberto L Bixio, Barcelona, ed. edisa, 1991.

⁷⁶ Puede v. por ej. Aldea Educativa, Domingo 16 de diciembre de 2001, Jung y la psicología analítica, el inconsciente desnudo, <http://www.aldeaeducativa.com/aldea/Tareas2.asp?which=676> (16-12-2001).

Quizás en sentido relativamente biológico pueda pensarse que la Historia se desenvuelve en el marco de una “memoria” y “contramemoria” de la especie.

En cuanto al desarrollo de la memoria en el hombre, puede v. por ej. Memoria y cognición, Luis Moreno Armella, ref. *Origins of the Modern Mind*, Merlin Donald, <http://cinvestav.mx/publicaciones/avayper/enefeb/LIBROS.pdf> (30-1-2002); Biología de la conciencia, Dr. Sergio Ferrer Ducaud, <http://www.uchile.cl/instituto/medicina/boletin/boletinxxxv/conf2.html> (30-1-2002); Gen Altruista.com, Psico-biología general de los instintos, Juan Cuatrecasas, <http://www.genaltruista.com/notas/00000222.htm> (30-1-2002); ámbito maría corral de investigación y difusión, Boletín Semanal nº3, <http://www.ua-ambit.org/soi/bol3.htm> (31-1-2002); Newton, Prof. Alberto Oliverio, <http://cubo.newton.res.it:8666/linea/oliverio.htm> (31-1-2002); también es posible c. v. gr. Denes Martos, El Desafío del Siglo XXI, Cap. IV: La memoria de la especie, <http://ar.geocities.com/ediciones2001/Literatura/Eldesafio/Paginas/Capitulo04.htm> (30-1-2002).

⁷⁷ Respecto de las posibilidades de conducción en el proceso histórico puede v. por ej. BERLIN, Isaiah, “Lo inevitable en la historia”, trad. Natan Lerner, Bs. As., Galatea - Nueva Visión, 1957.

⁷⁸ Acerca de la tensión entre dogmatismo y decisionismo, es posible c. por ej. KOCKA, Jürgen, “Historia social”, trad. Juan Faber, Barcelona, Alfa, 1989, págs. 11 y ss. El suceso histórico es siempre “decisivo” (puede v. FERRATER MORA, “Cuatro visiones ...” cit., pág. 33.). En cuanto a la búsqueda de la construcción de las situaciones es posible c. “Textos situacionistas. Crítica de la vida cotidiana”, ed. y trad. Eduardo Subirats, Barcelona, Anagrama, 1973. La dinámica del tridimensionalismo realeano puede aportar interesantes enfoques para la comprensión de la dinámica de los actos de historización (cabe c. por ej. REALE, Miguel, “Filosofía do Direito”, 5^a ed., San Pablo, Saraiva, 1969, esp. v. II, págs. 476 y ss.).

⁷⁹ Señalaba Ortega y Gasset que la estructura de la vida depende de las creencias en que se esté (ORTEGA Y GASSET, “Historia como sistema” cit., págs. 10 y ss.).

La vinculación entre hechos y actos de historización se expresa a menudo en los conflictos que suelen señalarse entre “*naturaleza*” e “*Historia*”, perspectivas cuyas interrelaciones profundas son muy importantes⁸⁰. La Historia ha sido considerada tradicionalmente parte del marco de la *libertad*, por eso hoy, cuando las posibilidades de condicionamientos genéticos por la biotecnología se hacen tan grandes, se encuentra ante una enorme transformación⁸¹.

8. 1. 2. Cada *acto historizador* debe ser estudiado según *quiénes historian* (son “historiadores”), *quiénes reciben* la historización, *qué* se historiza (objeto del acto), *cómo* se llega a decidir el acto (forma del acto) y cuáles son los *móviles* de los historiadores, las *razones alegadas* por ellos y las *razones* que atribuye la comunidad si considera que el acto es valioso⁸².

La existencia de una *persona* en sentido histórico se manifiesta en una *historización propia*. La *recepción histórica* puede producirse en despliegues más o menos *simétricos* de la vida, de modo que por ejemplo un suceso religioso puede ser recibido en términos de simetría religiosa o de asimetría en lo científico, artístico, jurídico, etc., y puede generar *asimilación* o *rechazo*. Sin desconocer los esfuerzos en aras de la pretensión de “*imparcialidad*”, que tanto caracterizaron a la escuela “científica” alemana de modelo “rankeano”, la historización produce siempre cierta “*absolución*” o “*condena*”⁸³.

En el marco de los pronombres personales, la Historia puede pensarse sobre todo como una subsistencia generadora de un “*nosotros*”, un “*vosotros*” o un “*ellos*”⁸⁴. En el nosotros hay identificación con el pasado; en el vosotros se produce una diferenciación pacífica, que de cierto modo incluye el reconocimiento de elementos comunes, y en el ellos se plantea una diferenciación “bética”. El Renacimiento vivió un “*nosotros*” con el mundo grecorromano y un ellos con el medievo.

Un tema de gran interés en cuanto a la forma de los actos es el de la *prueba* y la *persuasión*

⁸⁰ V. por ej. BURCKHARDT, op. cit., págs. 29 y ss.; JASPERS, op. cit., págs. 393/4. Los conflictos entre las creencias en la capacidad de conducción y en la necesidad de acatar el curso histórico separaron a la Ilustración y el Romanticismo. Afirmó Marx que algún día la Historia y la historia natural serán una sola (pueden v. “Manuscritos: economía y filosofía” (rec.), trad. Francisco Rubio Lorente, Madrid, Alianza, 1968, págs. 152/3).

⁸¹ En cuanto a Historia y libertad v. por ej. JASPERS, op. cit., pág. 311.

⁸² Acerca de la conjugación del verbo “historiar” puede v. por ej. GARCIA ELORRIO, Aurelio, “Diccionario de la conjugación”, 4^a ed., Buenos Aires, Kapelusz, 1955, , págs. 136, 138 y 242.

Respecto a motivos y razones v. por ej. NINO, Carlos S., “Introducción a la Filosofía de la acción humana”, Bs. As., Eudeba, 1987, págs. 79 y ss.

Toda historización es en relación con una concepción del hombre (puede v. por ej. SCHELER, Max, “La idea del hombre en la historia”, Siglo Veinte, Bs. As., 1959, por ej. págs. 17/8).

⁸³ Es posible c. por ej. las notas anteriores referidas a Ranke y VILAR, op. cit., págs. 18 y ss.

⁸⁴ Cabe c. nuestro artículo “Comprensión del “complejo personal” a través de los pronombres personales”, en “Boletín del Centro ...” cit., Nº 14, págs. 13 y ss.

en la historización⁸⁵. Los despliegues, a menudo discrepantes, de los móviles, las razones alegadas y las razones sociales pueden dirigirse más al pasado, el presente o el porvenir. Los móviles de la historización son siempre *intereses*, sean éstos económicos, religiosos, científicos, artísticos, etc. Los actos historiadores son promovidos con frecuencia por estados de insatisfacción con cualquiera de los momentos de la temporalidad⁸⁶. Se desarrollan en un complejo de conciencia colectiva emergente de diversas causas, entre las que, por ejemplo, además de la naturaleza, se hallan las fuerzas y las relaciones de producción. Sin embargo suele decirse, a nuestro parecer con acierto, que la Historia se produce por lo que los hombres *hacemos* y no por nuestras intenciones.

8. 2. 1. Los sucesos y la conciencia de la Historia, como hechos y como actos, son comprensibles también como *adjudicaciones jurídicas*, que brindan “potencias” e “impotencias”⁸⁷, respectivamente en los caracteres de *distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y de *repartos* originados por la conducta de seres humanos determinables. Como la noción de reparto alcanza hasta lo previsible por el protagonista, sea cual fuere la conciencia de éste historiar es “*repartir*” potencia e impotencia⁸⁸.

Respecto de cada reparto cabe reconocer *quiénes reparten* (son repartidores), *quiénes reciben* las potencias e impotencias (son recipientes, beneficiados o gravados), *qué* potencias e impotencias se reparten (objeto del reparto), *cómo* se llega a decidir el reparto (forma del reparto) y cuáles son los *móviles* de los repartidores, las *razones alegadas* por ellos y las *razones* que atribuye la comunidad al reparto cuando lo considera valioso. En consecuencia, en nuestro enfoque el historiador es repartidor, los receptores de la historia son recipientes beneficiados o gravados, lo que se historia es potencia e impotencia, la forma de decidir sobre la historización es la forma del reparto y los móviles, las razones alegadas y las razones del acto de historización son también del reparto.

Además, en el caso de la Historia del Derecho, se hace referencia a adjudicaciones jurídicas que, como hemos señalado, son también distribuciones y repartos. Los actos de historización y sus despliegues de reparto tratan distribuciones y otros repartos, sobre los que se pretende tener conciencia histórica. Puede decirse que hay *repartos acerca de repartos*, de alguna manera “de segundo grado”.

⁸⁵ Puede c. en relación con el tema *History and Theory*, December 1994, Theme Issue 33, *Proof and Persuasion in History*, edited by Anthony Grafton and Suzanne L. Marchand, <http://www.historyandtheory.org/histjnl/Archives/archives.html#anchor2080094> (16-12-2001).

⁸⁶ En cuanto a los estímulos para el conocimiento del pasado v. por ej. BURCKHARDT, op. cit., págs. 17 y ss.

⁸⁷ Se denomina “potencia” a lo que favorece al ser, y especialmente a la vida; “impotencia” a lo que los perjudica.

⁸⁸ Según Pierre Vilar es importante saber quién saca provecho y quién resulta amenazado (VILAR, op. cit., pág. 105). Creemos que las concepciones jurídicas de raíz cartesiana que procuran dar al marco jurídico nitidez matemática a través de la lógica del poder gubernamental resultan insuficientes.

Las semejanzas entre las posibilidades de análisis de los actos y los sucesos de historización y los repartos y las distribuciones son expresiones del hondo sentido histórico del trialismo. Sobre todo las nociones de “potencia” e “impotencia” tienen una clara proyección *biográfica e historizadora*.

8. 2. 2. El Derecho Privado está signado, en general, por los repartos autónomos, producidos por el acuerdo de los interesados, pero cabe analizar que al menos hasta ahora en el área patrimonial hay más repartos autónomos y en el marco familiar se desarrollan más repartos autoritarios.

Cuando un historiador historia el Código Civil, un contrato, un matrimonio, etc., realiza un acto de historización que reparte potencias e impotencias respecto de los repartos del Código, el contrato, el matrimonio, etc.⁸⁹

8. 3. 1. Para apreciar las diversidades entre los sucesos historiados y lo expuesto en la historización es posible emplear las categorías *transmudación* activa o pasiva (variación de los repartidores y los recipientes); *transustanciación* (cambio de los objetos); *transformación* (variación de la forma) y *transfiguración* (cambio de las razones)⁹⁰. Muchos han sido y serán los errores de la conciencia histórica⁹¹. Cuando esos cambios son voluntarios se produce el *fraude histórico*. Una muestra de transmudación activa entre los actos historizadores y los sucesos se produce, a nuestro parecer, cuando se asigna la paternidad exclusiva de la ciencia del Derecho Internacional Público a Hugo Grotius, sistematizador de la materia, prescindiendo de los importantes aportes previos de la Escuela Española⁹².

8. 3. 2. Pese a que en la Historia del Derecho Privado esos cambios pueden ser muy grandes, los riesgos mayores, sobre todo por fraude, suelen producirse en el enfoque jupublicista. Tal vez no sea irrelevante que la historización se ha ocupado menos de los despliegues privatistas⁹³.

⁸⁹ Así, por ejemplo, cuando Abel Chaneton historia el Código Civil argentino al biografiar a su autor reparte potencia e impotencia en relación, a su vez, con los repartos del Codificador (c. CHANETON, Abel, “Historia de Vélez Sársfield”, Bs. As., Eudeba, 1969).

⁹⁰ Puede v. nuestro libro cit. “Derecho ...”, pág. 52.

⁹¹ Quizás el más famoso error histórico haya sido el de la creencia en el Descubrimiento de las “*Indias*” por Cristóbal Colón. En relación con debates sobre el tema es posible c. por ej. BBC Mundo, Africa versus América, Rolando Aniceto, http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_1683000/1683276.stm (6-1-2002); Profecías de daniel, <http://www.titi.net/usuarios/casalibertad/jrrf/prof-Daniel.htm> (6-1-2002).

⁹² Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. 506/7. C. VITORIA, Francisco de, “Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra”, trad. Armando D. Pirotto, 2º. ed., Bs. As., Espasa-Calpe Argentina, 1947.

⁹³ Entre los repartos que suelen historiarse respecto del dictado del Código Civil argentino y los que creemos reales hay una importante transmudación pasiva por exclusión de los recipientes gravados de la cultura gauchesca (es

9. Los sucesos históricos se desenvuelven en el despliegue de la fuerza y por eso, aunque hay acuerdos, son comprensibles en cierta perspectiva como el desarrollo del *poder*⁹⁴. La conciencia histórica y los actos historizadores que contribuyen a generarla pueden desarrollarse en relativo acuerdo con los sentidos de los sucesos historiados, pero contienen siempre un fenómeno de poder porque si bien quien historia no está en condiciones de cambiar lo historiado en sus hechos, está “después” de lo historiado y, por lo tanto, puede disponer, desde su presente, respecto del sentido del pasado ya de alguna manera concluido.

Es específicamente relevante el *poder de los historiadores* profesionales sobre quienes reciben su obra. Parafraseando a Hauser, cabe decir que la Filosofía y la Historia -a semejanza del Derecho- pueden ser concebidos como medios para apoderarse del mundo, bien sea por la violencia, bien sea por el amor⁹⁵.

Incluso el sujeto posterior puede “hacer” para que los sucesos cambien su sentido real. A su vez, el poder puede ejercerse, a través de la Historia, respecto de los receptores futuros de la vida pasada.

Es posible reconocer actos de historización más “*autógenos*” o “*heterógenos*”, según que la historicidad sea construida por los propios individuos o sea recibida de otros. Aunque la necesidad específica de erudición impone cierta “heterogeneidad”, adelantamos que a nuestro parecer es importante que cada individuo construya en la mayor medida posible su “propia” referencia histórica.

El temor de los protagonistas de los sucesos históricos respecto de los historizadores suele ser grande. Por eso, a menudo tratan de apoderarse de esta tarea forzando la apariencia de los sucesos, brindando versiones “con-venientes”, etc.

2') *El orden de historización*

10. 1. 1. La conciencia histórica puede ser *planificada* e incluso hay con frecuencia intentos de construir desde los gobiernos distintos contenidos al respecto, pero generalmente se desenvuelve también en el curso de la *espontaneidad* de lo que se considera razonable. Al fin surge como resultado de realidades muy profundas entre las que se encuentran las fuerzas y las relaciones de producción, las creencias religiosas, etc.⁹⁶.

possible v. nuestra “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro”” cit.; en 1871 entró en vigencia el Código Civil, en 1872 aparecía la primera parte del “Martín Fierro”, con el clamor de los gauchos).

⁹⁴ ROSINSKI, Herbert, “El poder y el destino humano”, comp. Richard P. Stebbins, trad. Ruben Masera, Bs. As., Paidós, 1967.

⁹⁵ HAUSER, “Introducción a la Historia del Arte”, trad. Felipe González Vicén, 3^a ed., Madrid, Guadarrama, 1973, pág. 152.

⁹⁶ Cabe recordar la defensa de la espontaneidad histórica frente a la planificación estatal que hizo Ortega y Gasset (ORTEGA Y GASSET, José, “La rebelión de las masas”, 16^a ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1964, pág. 111).

Los actos y los hechos historiadores generan normalmente un *orden de historización* en el que existen “claves” acerca de quiénes son los personajes y cuáles son al fin los criterios más influyentes y valiosos. El conjunto de los actos y hechos historiadores constituye la “*memoria*” de una cultura.

En concreto, cada cultura *construye* la conciencia histórica de diversas maneras. Entre los grandes instrumentos, diversos según los estilos culturales, se encuentran las solemnidades, tan difundidas en las historias teocéntricas y heroicas y en las dinámicas más lentas, y la comunicación masiva, diferente también según se haga en soporte papel, por radio, televisión, Internet, etc., que se desenvuelve más en la historia “humana” y en la aceleración histórica. Obviamente, los contenidos también son distintos, según los intereses respectivos.

Los hechos y los actos de historización como tales son *diacrónicos*, pues suceden a lo largo del tiempo, pero pueden ser considerados más *sincrónicos* o *anacrónicos* con el resto del régimen historizador.

En cierta medida, adueñarse de la conciencia histórica es hacerse dueño de la Historia. Los hombres y los pueblos dependientes tienen alienada su conciencia histórica, jurídica, económica, etc. y al fin se encuentra “enajenada” su conciencia cultural en general. Hay países, como la Argentina, en los que las tensiones culturales se manifiestan en conciencias históricas divididas⁹⁷.

10. 1. 2. Los órdenes de los sucesos y de la historización sufren *vicisitudes*, entre las que se destaca la *revolución*, cuando cambian los supremos personajes y los criterios supremos de los sucesos y de la historización, en este caso a menudo porque varían también los historiadores. Si sólo cambian los personajes supremos, hay un “*asalto*” en el acontecer y en la historización; cuando varían únicamente los criterios supremos se produce la *evolución* de los sucesos y de la historización. A nuestro parecer, los órdenes de sucesos y de historización demasiado “revolucionarios” son manifestaciones de “inmadurez”, sea por la “falsedad” de lo que se logra con la destrucción o de lo que se construye. En la revolución los sucesos y la historización se hacen imprevisibles, como diría Carlos Cossío, hay una *ruptura de la lógica* de los antecedentes⁹⁸.

⁹⁷ Puede v. por ej. nuestro estudio “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; también cabe mencionar v. gr. “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.

⁹⁸ Decía Cossío que “desde un punto de vista gnoseológico de limitación y subdivisión del objeto de la historia, tanto como sea imaginable, puede haber infinitas revoluciones y, en cierto sentido, cada hecho histórico ser una revolución ... A la inversa, desde un punto de vista contrario y tan general que no admitiera la limitación del objeto, ... no cabe hablar de revolución, y, en este sentido, es verdadera la frase de que todas las revoluciones integran la evolución de la Humanidad” (COSSÍO, Carlos, “El concepto puro de revolución, Barcelona, Bosch, 1936, ps. 68 y 69, asimismo v. ps. 46 y 48).

Un medio de “oxigenación” no sólo del curso de los sucesos sino de la conciencia es el proceso de vida y muerte de los individuos⁹⁹. El avance actual en el condicionamiento genético de los individuos puede significar un importante cambio al respecto.

Cuando no se conocen los supremos personajes ni los criterios supremos de la historización se produce “anarquía” de la conciencia histórica.

10. 2. Cada orden de sucesos y de conciencia de la Historia es de cierto modo también un *orden de repartos y distribuciones*¹⁰⁰.

La Historia del Derecho ha de *atender* a la constitución de los regímenes jurídicos no sólo según los *planes de gobierno* que indican quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, sino por la *ejemplaridad*, que se desenvuelve según el curso del modelo y el seguimiento. Es más, si bien no desconocemos a los grandes planificadores del Derecho, como Napoleón, creemos urgente reconocer, de acuerdo con Savigny, un fondo histórico de ejemplaridad de la constitución de los regímenes.

Los regímenes jurídicos pueden presentar *vicisitudes revolucionarias*, en los que cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto; de *asalto al poder*, en los que sólo varían los supremos repartidores, y *evolutivas*, cuando únicamente cambian los criterios supremos de reparto. Si no se conocen los supremos repartidores ni los criterios supremos de reparto hay *anarquía jurídica*.

Todo orden de repartos y distribuciones se apoya en un orden de sucesos y de conciencia de la Historia. A su vez, cabe considerar la ordenación jurídica de la construcción de los sucesos y la conciencia histórica.

10. 3. Para apreciar los cambios entre el orden de los sucesos historiados y lo expuesto en la historización es posible emplear la categoría *transmutación*¹⁰¹.

Aunque también en el Derecho Privado es posible la presentación transmutada del sentido del orden de los sucesos, mostrando como ejemplaridad lo que fue planificación o a la inversa, parece que en general ella es más frecuente en el Derecho Público¹⁰².

Las revoluciones jurídicas cabales han de abarcar no sólo el cambio del Derecho Público sino modificaciones en el Derecho Privado. Si las variaciones sólo se desarrollan en el ámbito público suelen ser meros asaltos al poder.

⁹⁹ Cabe c. por ej. MORIN, Edgar, “La méthode. 2. La Vie de la Vie”, du Seuil, t. II, 1980, págs. 31 y ss.

¹⁰⁰ Un orden de repartos es un régimen.

¹⁰¹ Es posible v. nuestro libro “Derecho ...” cit., pág. 56.

¹⁰² La Historia del Derecho Privado argentino suele exhibir, en mayor medida como ejemplaridad capitalista, el desenvolvimiento de la planificación de incorporación al modelo anglofrancés y norteamericano impuesta por el proyecto encabezado por los presidentes Mitre y Sarmiento.

3') Consideraciones comunes

11. 1. A veces los actos de historización encuentran *límites necesarios*, impuestos por la “naturaleza de las cosas”, que impiden historiar lo que se desearía: pueden ser físicos, psíquicos, políticos, económicos, etc. Las “distancias” humanas -espaciales, temporales, materiales, etc.- son obstáculos significativos para los actos de historización. Se llega a afirmar que el propio uso del lenguaje veda la neutralidad y el acceso¹⁰³.

Se sostiene que el historiador no es el humilde siervo ni el tiránico dueño de sus datos¹⁰⁴. En el campo del Derecho, los despliegues de la misma juridicidad, con las fuerzas internas, limitan la posibilidad de la conciencia histórica.

En muchos casos, los órdenes históricos, como los jurídicos, se derrumban desde *dentro*, no tanto porque en su relación externa sean incapaces de sostener un complejo de valores idóneo para las circunstancias, sino porque no son hábiles siquiera para sostener los valores que invocan, permitiendo la “*in-disciplina*” (anarquía) permanente¹⁰⁵. La “hipocresía” suele tener muy alto costo.

11. 2. Aunque el ocultamiento es más evidente en el campo juspublicista, las dificultades para historiar el Derecho Privado son grandes, entre otros motivos por el carácter menos expuesto de los hechos. Los sucesos de la Historia del Derecho Privado suelen producirse sin pretensiones históricas. Parece que, paradójicamente, la acentuación burguesa de la importancia de la viña privada capitalista, ha estado muy lejos del reconocimiento de su relevancia histórica.

12. 1. La historización se apoya en gran medida en la *finalidad “objetiva”* que “encontramos” en los acontecimientos y en la *causalidad*¹⁰⁶. Además, el sentido de la historización está impregnado de la referencia futuriza a la posibilidad. Dado que la “*pantomomía*” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) con que pensamos esas categorías está fuera de nuestro alcance, toda conciencia histórica es una conciencia “*fraccionada*”, con cortes que nos producen *certeza*¹⁰⁷.

¹⁰³ CARR, op. cit., pág. 34.

¹⁰⁴ Id., pág. 39.

¹⁰⁵ La “*in-disciplina*” por falta de referencia coherente a valores en el desenvolvimiento histórico y jurídico es a nuestro parecer una de las más graves causas de la actual inviabilidad argentina.

¹⁰⁶ Pueden v. nuestras “Bases categoriales de la estética y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967. Cabe c. BOCCHI, Gianluca, “Dal paradigma di Pangloss al pluralismo evolutivo: la costruzione del futuro nei sistemi umani”, en BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10^a.ed., Milán Feltrinelli, 1997, págs.414 y ss.

¹⁰⁷ La historia es una construcción incluso porque se escogen ciertos materiales y se excluyen otros (puede v. por ej. LACOMBE, Pierre, “Historia considerada como ciencia”, trad. Dr. Juan Luis de Angelis, Bs. As., Espasa-Calpe,

Seleccionamos sentidos y causas dentro de enormes “redes” que en su totalidad nos son inabordables. Construimos la historia mediante referencias a lo que, por diversas razones, nos parece significativo, y “olvidos” de lo que no creemos importante¹⁰⁸. Desde el punto de vista objetivista suele aclararse que, más que “construcción”, la historización es una “recreación” de un objeto que ya no existe, producida en la mente de quien historia¹⁰⁹. Por esto es tan significativo que se trate de una mente abierta a la comprensión de la vida, que incluye necesariamente las perspectivas del Derecho Privado.

12. 2. Asimismo son significativas las categorías de *duración* y *cambio*¹¹⁰, *conservación* e *innovación*, *dicha e infortunio*¹¹¹ y *estructura y coyuntura*¹¹². Aunque la referencia al cambio tiene en apariencia más sentido histórico, la comprensión profunda suele evidenciar importantes grados de duración, al menos en las líneas de causalidad histórica, que permiten construir síntesis relativas en términos de *continuidad* y *desarrollo*. En algunos casos se consideran también el *crecimiento gradual* y la *diversificación*¹¹³. Una de las tensiones

1958, pág. 11). Acerca de la tensión entre el todo y las partes c. v. gr., HERDER, J. G., “Filosofía de la Historia para la educación de la humanidad”, trad. Elsa Tabernig, Bs. As., Nova, 1950, págs. 144 y ss.; DILTHEY, op. cit., pág. 220. Cabe recordar, por ejemplo, los párrafos respecto de la complejidad histórica de Andrés Bello: Textos sobre la conciencia histórica de Andrés Bello, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/142179062435263962120747/p000001.htm#1> (16-12-2001).

¹⁰⁸ Nietzsche decía que es imposible vivir sin olvidar (NIETZSCHE, “Sulla storia ...” cit., pág. 95). Se afirma que la memoria es parcial, deformante e interesada (CRUZ, Manuel, “Filosofía de la Historia”, 1^a reimpr., Barcelona, Paidós, 1996, pág. 168).

¹⁰⁹ V. por ej. COLLINGWOOD, op. cit., págs. 322 y ss. y 344. Según Huizinga “La Historia es siempre, por lo que se refiere al pasado, una manera de darle forma, ...” (HUIZINGA, J., “En torno a la definición del concepto de Historia”, en “El concepto de Historia y otros ensayos”, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pág. 92). También es posible c. ARON, op. cit., pág. 9.

¹¹⁰ Acerca de la duración puede v. por ej. BAGOLINI, op. cit., págs. 114 y ss. En cuanto a la permanencia es posible c. PICARD, Edmond, “Les constates du droit”, París, Flammarion, 1921. Puede v. asimismo por ej. BLOCH, op. cit., pág. 23. Decía Jacob Burckhardt “Das Wesen der Geschichte ist die *Wandlung*”, Zitate, (<http://home.wtal.de/seyfert/zit.zit.htm> - 4-1-02-). En relación con la mayor lentitud del cambio en el Derecho Privado es posible c. por ej. LEICHT, op. cit., Parte Primera, reimpr., 1960, pág. 2.

¹¹¹ BURCKHARDT, op. cit., págs. 291 y ss.

¹¹² Es posible c. v. gr. VILAR, op. cit., págs. 51 y ss. y 81 y ss. También cabe reconocer desestructuraciones y reestructuraciones (VILAR, op. cit., págs. 64 y ss.). Acerca de la duración, el cambio, la evolución, el devenir, etc. cabe c. por ej. BERGSON, Henri, “La evolución creadora”, trad. María Luisa Pérez Torres, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985. La duración histórica depende de grados de *equilibrio* de fuerzas que pueden constituirse de diversas maneras. Es significativo advertir cómo con recursos técnicos limitados el Imperio Romano pudo mantener un espacio histórico interno extenso, esfuerzo en el que tuvieron menos éxito la tarea carolingia e incluso la obra napoleónica. En las actuales circunstancias, el espacio europeo integrado se constituye con recursos técnicos mucho más desarrollados.

¹¹³ Puede v. TEILHARD de CHARDIN, Pierre, “La visión del pasado”, trad. Carmen Castro, 6^a ed., Madrid, Taurus, 1967, esp. págs. 296/7.

importantes de la temporalidad se expresa en la categoría de *envejecimiento*¹¹⁴.

La construcción histórica puede ser más o menos biográfica. Siempre está en relación con la *finalidad subjetiva* con que historiamos.

Las referencias jurídicas a los repartos y su orden y en especial a las *potencias* y las *impotencias* permiten apreciar mejor las categorías históricas, por ejemplo, para reconocer el verdadero cambio y no confundirse cuando “todo cambia para que nada cambie”¹¹⁵.

La presencia de las categorías de finalidad objetiva, causalidad y finalidad subjetiva en la historización y en el Derecho facilita un relacionamiento que, sin pérdidas de las particularidades, da la historización de lo jurídico y la juridización de lo historizado.

b) Dimensión lógica¹¹⁶

1') Los juicios historizadores aislados

13. 1. 1. Los actos de historización son captados por *juicios historizadores* (juicios de historización o históricos) construidos desde el punto de vista de terceros que los describen e integran. Aunque los autores de los juicios históricos sean protagonistas de los actos de historización, para pensar en términos históricos de referencia a los sucesos producen una reubicación hacia el lugar de terceros. Los juicios de historización no indican directamente cómo son sino cómo serán concebidos los sucesos.

Pese a que la terminología es discutible, consideramos que el juicio historizador, referido de manera relativamente “futuriza” a la conciencia histórica, quizás pueda denominarse “*primario*”. Este juicio tiene subyacente otro juicio con proyección de pasado, que indica que la conciencia histórica corresponde a la realidad de los sucesos y tal vez pueda llamarse

¹¹⁴ En relación con el tema es posible v. por ej. nuestros artículos “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., N^o 20, págs. 35 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., N^o 25, págs. 7 y ss.; “Cuando se “conoce” el camino de la vida (análisis jusfilosófico de la plenitud de la edad adulta)”, en “Investigación ...” cit., N^o 22, págs. 17 y ss.; puede c. DABOVE, María Isolina, “Los derechos de la ancianidad, el Derecho de la Ancianidad”, tesis doctoral Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid. Con profundas palabras de Thomas Mann cabe decir que “la vejez no es más que pasado hecho presente, un pasado cubierto con una mera capa de presente” (MANN, op. cit., pág. 54).

Respecto de la decadencia es posible v. por ej. CHAUNU, Pierre, “Historia de la Decadencia”, trad. Josep M. Olomer, Barcelona, Granica, 1983.

¹¹⁵ Cabe recordar TOMASI DE LAMPEDUSA, Giuseppe, “El Gatopardo”, trad. Fernando Gutiérrez, Bs. As., Hyspamérica, 1982, pág. 38.

¹¹⁶ Cabe recordar la gran tensión entre las dimensiones sociológica y lógica de la Historia, que tanto separó a los historiadores profesionales de los filósofos de la Historia de estilos fichteano y hegeliano.

“secundario”¹¹⁷. El juicio primario “Cristóbal Colón descubrió América” pretende que la conciencia histórica acepte ese contenido; el juicio secundario del mismo tenor aspira a que ese contenido corresponda a la realidad de los sucesos.

Como los actos de historización son a su vez repartos, los juicios primarios son captaciones lógicas neutrales de repartos “proyectados”, de modo que, pese a la limitada “conciencia” de los autores, son también *normas jurídicas*¹¹⁸. También la afinidad entre los juicios de historización y las *normas jurídicas* como captaciones de la realidad social evidencia el profundo sentido histórico del trialismo.

13. 1. 2. Los juicios pueden ser *fieles*, cuando reflejan con acierto el contenido de lo pensado por los autores; *exactos*, si corresponden a la realidad de la conciencia producida (juicios primarios) o a la realidad de los sucesos (juicios secundarios) y *adecuados* cuando los conceptos empleados contribuyen a lo que pretendieron captar los autores y a las necesidades de lo captado.

La exactitud y la adecuación se vinculan especialmente con las relaciones entre la historización pretendida, la lograda y los sucesos. Los juicios inexactos e inadecuados pueden serlo porque hay fenómenos de *transmudación* activa o pasiva; *transustanciación*; *transformación*, *transfiguración* o *transmutación* de los actos y su orden. Lo expuesto respecto de las relaciones entre la historización y los sucesos en la dimensión sociológica sirve para ilustrar respecto de la inexactitud de las captaciones históricas secundarias.

Las categorías de fidelidad, exactitud y adecuación que deben tener las *normas jurídicas* son sendas de apertura desde el Derecho a la historización.

13. 2. Por su estructura de juicios, las captaciones lógicas de los actos de historización se constituyen con un *antecedente*, que capta la situación básica¹¹⁹ y una *consecuencia historizadora*, que capta la conciencia a producir.

En los juicios históricos secundarios, donde la referencia se dirige a los sucesos históricos, hay un antecedente y una *consecuencia histórica*.

La construcción de una estructura de las *normas jurídicas* también dotada de antecedente y consecuencia, con respectivas *características positivas y negativas* que deben estar respectivamente presentes o ausentes para que ellas funcionen, es otra vía de apertura a la captación de las tensiones de la *dinámica histórica*.

¹¹⁷ Al optar por estas asignaciones de las expresiones “primario” y “secundario” jerarquizamos el valor de la conciencia histórica.

¹¹⁸ Acerca de la importancia de los principios en la Historia, v. por ej. ROSMINI, Antonio, “The Philosophy of Right”, trad. Denis Cleary - Terence Watson, Durham, Rosmini House, v. I, “The Essence of Right, 1993, págs. 4/5.

¹¹⁹ El “caso histórico”.

13. 3. 1. Los juicios históricos pueden ser más *universales* o *individuales*, aunque suele afirmarse que en todo conocimiento histórico real existe una relación inseparable entre los dos enfoques¹²⁰. En cuanto a la generalidad o individualidad respectiva del *futuro* y el *pasado*, el tiempo de la consecuencia de la historización se expresa en pasado, pero tiene pretensión de futuro; el de la consecuencia histórica es pasado. Esta complejidad contribuye a la complementación de los dos enfoques.

Entre los criterios para considerar a las *normas jurídicas individuales* o *generales* se encuentra el “tiempo” en que se sitúa su antecedente. En las primeras el Derecho depende más de lo acontecido en la Historia, en las segundas se lanza a construir más la Historia futura.

13. 3. 2. Las normas del Derecho Privado tienen menos vocación de larga construcción futuriza, y su respeto a la Historia suele ser recompensado con mayores posibilidades de esquivar la utopía.

14. 1. Los actos de historización son *fuentes de conocimiento* de los sucesos históricos. A su vez, constituyen *fuentes reales* de los juicios historizadores.

Dentro de las fuentes reales de los juicios historizadores cabe distinguir las *fuentes materiales* que son los actos de historización mismos y las *fuentes formales*, de carácter historiográfico, en las que los autores de los actos de historización “escriben” la historia. Los tratados de Historia son formalizaciones historiográficas.

A su vez, existen las *materializaciones*, que en este caso son realidades personales o no personales que toman significados especiales en virtud de los juicios de historización primarios o secundarios. Algunas materializaciones son hechas para promover la difusión de los juicios historizadores, como sucede con los *monumentos*. Las obras artísticas, religiosas, filosóficas, científicas, etc. son en sus casos materializaciones asumidas¹²¹.

¹²⁰ Pueden v. en relación con el tema por ej. CROCE, op. cit., págs. 41 y ss.; COLLINGWOOD, op. cit., págs. 225 y ss.; CARR, op. cit., págs. 84 y ss.; JASPERS, op. cit., págs. 310 y ss., STERN, op. cit., págs. 123 y ss. Suele decirse que los historiadores y los científicos sociales se pueden dividir en “joiners” y “splitters”, es decir, los que prefieren englobar fenómenos en categorías lo más amplias posibles y los que prefieren hacer análisis cada vez más diferenciados e ir creando más y más distinciones en sus planteos (puede c. por ej. HEINE, Jorge, “¿Choque, fin u otro Chernobyl?”, en “Estudios Internacionales”, año XXXIV, N° 136, pág. 13).

¹²¹ “Facundo” y “Martín Fierro” son obras literarias de gran valor como materializaciones básicas para los actos historizadores del Derecho Privado argentino (pueden v. nuestra “Comprensión ...” cit.; también nuestros estudios “Comprensión jusfilosófica de “Facundo””, en “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 186 y ss. y “Notas de un “diálogo” del “Facundo” y el “Martín Fierro””, en “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss.). Las materializaciones filosóficas que influyeron en la Historia del Derecho Privado general son referidas en SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50.

Dado que el mundo jurídico tiene un gran complejo de fuentes materiales y formales y de materializaciones, en la conciencia histórico-jurídica la complejidad respectiva es especialmente importante. Así, por ejemplo, las leyes son fuentes formales del mundo jurídico que además adquieren sentidos de materializaciones históricas. Los documentos son materializaciones jurídicas, pero también poseen sentido histórico.

La riqueza de las formalizaciones jurídicas como indicios de la vida jurídica general no suele ser suficientemente aprovechada. Las formalizaciones son presentadas a menudo en aislamiento respecto de las fuentes materiales. La historización cabal ha de atender a todas las clases de fuentes y a todos los tipos de fuentes formales y de conocimiento. La explicación trialista de las fuentes del mundo jurídico que las refiere al fin a la materialidad de la *vida social* es una apertura de destacado valor para la integración histórico-jurídica.

En la medida que las fuentes formales ocultan los sucesos historiados se hace necesario *correr el velo historizador*. Sin desconocer la multivocidad de la expresión, las historizaciones que lo intentan pueden ser denominadas “re-visionistas”.

14. 2. Las fuentes formales y las materializaciones para la construcción de la Historia del Derecho Privado suelen ser más difíciles de localizar que las empleadas en el marco histórico juspublicista. En muchos casos, durante largo tiempo no existieron constancias o fueron destruidas. A menudo el trabajo en los archivos tiene grandes obstáculos.¹²²

Si siempre es importante que además de la historización de las constituciones formales, los tratados, las leyes, etc. se historien los contratos, los matrimonios, los nacimientos, etc., en estos días, en que sobre todo los contratos poseen papel muy destacado, esa historización es especialmente significativa.¹²³

15. 1. 1. En su pretensión de mantenerse en el tiempo, los juicios historizadores suelen plantear problemas de *funcionamiento*, por ejemplo, de reconocimiento de las fuentes, interpretación, aplicación a las nuevas realidades donde deben realizarse, determinación imaginativa de los lazos entre los sucesos, reconocimiento de carencias (“lagunas”) “históricas” por no haber juicio existente y producción de carencias (“lagunas”) axiológicas cuando se lo rechaza por considerarlo “disvalioso”. Los datos suelen ser aislados, los vacíos

¹²² V. por ej. Novedades del A.G.N., ¡La Memoria del Mundo en peligro!, http://www.archivo.gov.ar/novedades_agn/novedades_agn.htm (8-1-2002); no obstante Memory of the World, Programa Memoria del Mundo de la UNESCO, http://www.unesco.org/webworld/mdm/survey_index_es.html (8-1-2002); 2^a. Conferencia Internacional sobre Memoria del Mundo, http://webworld.unesco.org/mow/conf2000/es_index.html, también <http://infolac.ucol.mx/novedades/mow3.html> (8-1-2002); Archivo General de la Nación, República Argentina, http://www.archivo.gov.ar/mc_general.htm (8-1-2002).

¹²³ Es posible c. nuestro estudio “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación ...” cit., N° 26, págs. 20 y ss.

entre ellos son llenados mediante presunciones¹²⁴. Entre el funcionamiento de los juicios primarios y los secundarios existe la gran diferencia de que los primeros se aplican a la formación de la conciencia, en tanto los segundos a la correspondencia entre lo historiado y los sucesos. Las diferencias entre lo que debió ser historiado y su historización requieren la producción de carencias axiológicas.

En relativa semejanza con el funcionamiento de las normas jurídicas, apoyado a menudo en el pasado pero orientado siempre a su aplicación en el porvenir, el funcionamiento de los juicios historizadores transita hacia el relativo porvenir de la conciencia receptora. Sin embargo, en los juicios secundarios la remisión está dirigida al fin al pasado de los sucesos.

Si en las normas jurídicas se ha defendido tradicionalmente la preeminencia de los repartidores que produjeron las normas que funcionan (v. gr. los legisladores), pero hay una fuerte tendencia realista e incluso hermenéutica a potenciar a los repartidores encargados del funcionamiento (v. gr. los jueces), en los juicios historizadores primarios la preeminencia de los encargados del funcionamiento y receptores de la historización puede ser más intensa¹²⁵. En cambio, en los juicios secundarios cabe defender más la preeminencia de los autores de los sucesos historiados¹²⁶. Suele decirse que el historiador es un “creyente” en la autoridad de la fuente¹²⁷.

El funcionamiento de los juicios de historización es al fin de cierto modo un funcionamiento jurídico y, a la inversa, el funcionamiento de las *normas* posee un alto sentido historizador.

15. 1. 2. La Historia del Derecho Privado es muy “lagunosa”, por lo menos en los aspectos concretos de la falta de propuestas historizadoras. La historización privatista está en especial medida “por hacerse”.

15. 2. 1. Un despliegue importante de la construcción de cualquier objeto, también en el caso de la Historia, es el del *método*¹²⁸. Junto a las perspectivas historizadoras deductivas

¹²⁴ Cabe recordar por ej. KANT, op. cit., pág. 67.

¹²⁵ Pueden v. por ej. RECASENS SICHES, Luis, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, México, Porrúa, 1963; KAUFMANN, Arthur, “Filosofía del Derecho”, trad. Luis Villar Borda - Ana María Montoya, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1999, v. gr. págs. 98 y ss.; también cabe c. por ej. LARENZ, Karl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, págs. 203 y ss.; GADAMER, op. cit., págs. 363 y ss.; SANCHEZ VAZQUEZ, Rafael, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, 3^a. ed., México, Porrúa, 1998, págs. 269 y ss.

A nuestro parecer, para lograr una comprensión más cabal del funcionamiento vale colocarse en la posición del encargado del mismo.

¹²⁶ Suele decirse que “Diferenciándose del historiador, el jurista-intérprete (sea juez o teórico del derecho) quiere no sólo conocer la realidad sino modificarla” (puede v. D’AGOSTINO, Francesco, “Hermenéutica y Derecho Natural”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.), “Las razones del derecho natural”, Bs. As., Abaco, 2000, pág. 312).

¹²⁷ COLLINGWOOD, op. cit., pág. 271.

¹²⁸ Pueden v. por ej. CASSANI - PEREZ AMUCHASTEGUI, “Del “epos” ...” cit., esp. págs. 35 y ss. y 277 y ss.; LACOMBE, op. cit., págs. 53 y ss.; LANGLOIS - SEIGNOBOS, op. cit.; HABERMAS, Jürgen, “Un enfoque

e inductivas y progresivas o regresivas, cabe señalar, por ejemplo, la referencia a lo *individual*, atenuada en la Filosofía de la Historia, y la diversidad del *análisis*, que va desde lo histórico a lo biográfico, y la *síntesis*, que transita desde lo biográfico a lo histórico¹²⁹. El predominio radical de lo biográfico en sus partes, sin “puentes” de denominadores comunes, es lo cotidiano, que a nuestro parecer es en sí obviamente no histórico, pero es base del relacionamiento histórico¹³⁰.

Con referencia al rigor metódico, cabe considerar que cualquier idea puede ser desarrollada de manera “clara y distinta”, pero a muchos eso no nos resulta siempre suficiente. Por ejemplo, en el campo de la historización, las ideas “claras y distintas” no están en condiciones de explicar las particularidades de la cultura anglosajona o la formación del régimen soviético¹³¹. Los saltos de la comprensión de la realidad que significaron los sistemas totalitarios del siglo XX evidencian una “ahistoricidad” ahora notoria, que estimamos significativo atender.

Una de las pruebas del carácter profundamente satisfactorio que asignamos a la teoría trialista del mundo histórico y a la teoría trialista del mundo jurídico es la capacidad de las dos metodologías de enriquecerse recíprocamente.

15. 2. 2. La Historia del Derecho Privado requiere un respeto de la individualidad y un despliegue del análisis especialmente fuertes, que no siempre se han desarrollado¹³². Los

bibliográfico (1967): La lógica de las ciencias sociales”, en “La lógica de las ciencias sociales” (rec.), trad. Manuel Jiménez Redondo, 3^a ed., reimp., Madrid, Tecnos, 2000, págs. 81 y ss.; DROYSEN, Johann Gustav, “Histórica”, trad. Ernesto Garzón Valdés - Rafael Gutiérrez Girardot, Barcelona, Alfa, 1983, págs. 23 y ss.; desde el punto de vista de la enseñanza es posible c. v. gr., VERNIERS, L., “Metodología de la Historia”, trad. María Luisa Navarro de Luzuriagá, 2^a ed., Bs. As., Losada, 1958.

¹²⁹ Rickert destacó que las ciencias históricas en el sentido más amplio de la palabra quieren exponer la realidad en su individualidad (v. por ej. RICKERT, H., “Ciencia cultural y ciencia natural”, trad. Manuel G. Morente, Madrid, Calpe, 1922, págs. 57 y ss.; también “Introducción a los problemas de la Filosofía de la Historia”, trad. Walter Liebling, Bs. As., Nova, 1961, págs. 54 y ss.)

¹³⁰ El “cada día” aislado no es histórico (respecto del significado de “cotidiano”, puede v. COROMINAS - PASCUAL, op. cit., t. II, pág. 225).

En cuanto desarolla un saber que en lo general ya se tiene, el método deductivo corresponde más a una intemporalidad o a un tiempo más representable como una recta sin sentido de cambio o una circunferencia. En cambio, al abrirse a lo que no se tiene, el método inductivo corresponde más a una temporalidad dinámica, representable mediante una semirrecta o una espiral. Esto contribuye a explicar que el método deductivo predominara en la Edad Antigua e incluso en la temporalidad revelada de la Edad Media y el método inductivo ganó gran importancia en la modernidad.

¹³¹ Con miras a evitar el exceso en el rigor metódico y a la atención al “todo sirve” o “todo pasa” es posible c. v. gr. FEYERABEND, Paul, “Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento”, trad. Diego Ribes, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 1992, págs. 7 y ss.

¹³² Cabe c. COING, Helmut, “Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)”, trad. Antonio Merchán, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977.

desenvolvimientos jusprivatistas, sobre todo del campo patrimonial, ayudan a salvar los recortes del mero rigor metódico adhiriendo a la “concreción” de la realidad social.

16. 1. Las captaciones de los juicios historizadores *integran* la realidad de los actos de historización. Decía Ortega y Gasset que la vida sólo se vuelve un poco transparente ante la razón histórica, aunque quizás se trate de la transparencia que le integramos nosotros mismos¹³³.

La Historia se apoya en *mediciones* y *divisiones* del tiempo que también integran la realidad con sentidos propios de los juicios históricos y de las historizaciones. Las mediciones se valen de la conexión de la Astronomía con la Matemática¹³⁴. Entendemos que la insatisfacción que produce la medición del tiempo para dar cuenta de la temporalidad no es una muestra de la falta de valor científico de la Historia, sino de la *insuficiencia* de la medición para captar las cuestiones más significativas de la vida.

Cada manera de medir el tiempo se desenvuelve en relación con una *cultura*, en la que se desarrolla una perspectiva histórica determinada. La precisión en la medida del tiempo y el recorte de los términos son rasgos que caracterizan al Occidente capitalista. Los conceptos de las eras, edades y generaciones de las periodizaciones de la Historia incorporan sentidos que contribuyen a caracterizar estilos de vida¹³⁵. También son significativas las integraciones que producen las categorías antes referidas, por ejemplo, las de duración y cambio.

Los conceptos históricos dan sentidos a los hechos del Derecho y los conceptos jurídicos dan sentidos a las facticidades de la Historia¹³⁶. En la línea de compromiso entre

¹³³ ORTEGA Y GASSET, “Historia como sistema” cit., pág. 61.

¹³⁴ Puede v. por ej. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, El Tiempo y la Humanidad, La medida del tiempo, por María Luisa Cabanes Catalá, <http://cervantesvirtual.com/historia/TH/tiempo.shtml> (26-12-2001).

¹³⁵ Es posible c. v. gr. VICO, op. cit., t. II, esp. págs. 139 y ss.; RAMA, op. cit., págs. 174 y ss.; Introducción a la Historia, Aproximación a la Historia de España, Lourdes Guerrero-Strachan y Juan Carlos Guardiola, <http://www.educar.org/guardiolapage2/Aproximaci%C3%B3n.htm> (14-1-2002); la formación del historiador, El problema de la periodización de la historia y la contemporaneidad, Dr. Constantino O. Torres Fumero, Revista de Historia y Ciencias Sociales Morelia, Michoacán, México, Primavera, 1996, <http://www.ccu.umich.mx/univ/publica/formacion/num11/el-problema.html> (14-1-2002); Historia, <http://www.memo.com.co/fenonino/aprenda/historia/evoluci%F3n-cultural.html> (14-1-2002); Telepolis, El conocimiento histórico. Tiempo histórico y categorías temporales, Temas de Historia, Santiago Pastrana, <http://club.telepolis.com/pastranec/rt20.htm> (14-1-2002); TREVISAN, Héctor - SINLAND, José, “Historia de la Civilización”, Bs. As., 1923, págs. 5 y ss.; ORTEGA Y GASSET, José, “El tema ...” cit., págs. 11 y ss. (también: Antología del Ensayo, José Ortega y Gasset, “La idea de las generaciones”, 1^a parte de “El tema de nuestro tiempo”, José Luis Gómez-Martínez, <http://ensayo.rom.uga.edu/antologia/XXE/ortega/ortega3.htm> -14-1-2002-; Primera parte de *El tema de nuestro tiempo*, 1923, José Ortega y Gasset, http://espanol.geocities.com/gruposer_cl/eltema.htm -14-1-2002-).

¹³⁶ En el primer sentido se inscriben las divisiones del tiempo en años, meses, días, etc., que dan sentidos al Derecho; en el segundo se hallan los períodos y los términos jurídicos que dan sentidos a la Historia.

los conceptos jurídicos existentes, a menudo formados en el pasado, y las nuevas realidades se instalan a veces las ficciones¹³⁷.

El abuso de los conceptos conduce a las *fantasías históricas*¹³⁸.

16. 2. Al menos en Occidente, las referencias al tiempo que hace el Derecho Privado son generalmente más breves y también más dinámicas que las del Derecho Público.

2') *El ordenamiento historizador*

17. 1. Los juicios de historización son partes de conjuntos que captan los órdenes historizadores y pueden denominarse *ordenamientos historizadores*. Cada juicio es parte de una “lógica histórica” con pretensiones más o menos exhaustivas, que está lejos de agotarse en los juicios historizadores. El ordenamiento historizador se compone en gran medida de *principios* que superan los juicios. Más allá de los juicios, de los principios y del propio ordenamiento historizador está la complejidad de la vida.

También los ordenamientos historizadores pueden ser fieles, exactos y adecuados. Las categorías de exactitud y adecuación son semejantes a las de los juicios aislados. La fidelidad de los ordenamientos depende de lo que desea concebir la comunidad respectiva y puede ser referida al fin a la expresión del “espíritu del pueblo”. Un ordenamiento puede ser fiel para una comunidad o una parte de ella e infiel para otras.

Los juicios y los ordenamientos historizadores pueden tener *fuerza de manifestación* y *fuerza de convicción* respecto de la comunidad. El conjunto del ordenamiento historizador contiene una “*herencia*” histórica y posee lo que suele denominarse “*imperativo*” histórico¹³⁹. Aunque no necesariamente se corresponden, la fidelidad contribuye a la exactitud y tal vez al fin ésta contribuya a la fidelidad.

Uno de los graves problemas culturales es la imposición de ordenamientos historizadores que no expresan a los pueblos cuya vida se capta¹⁴⁰. Tema de significación son las relaciones, a menudo conflictivas, entre las lógicas de diversos ordenamientos históricos regionales, nacionales y mundiales¹⁴¹. También son relevantes las relaciones entre las perspectivas

¹³⁷ V. en relación con el debate al respecto por ej. GENY, François, “Science et Technique en droit privé positif”, París, Sirey, Parte Tercera, págs. 375 y ss.; BERGEL, Jean-Louis, “Méthodologie juridique”, París, Presses Universitaires de France, 2001, págs. 81 y ss.

¹³⁸ Respecto de las fantasías históricas cabe c. MGS, Historia, Documentos, Leyendas medievales, <http://www.mgar.net/var/leyendas.htm> (9-1-2002)

¹³⁹ Es posible v. GANDIA, Enrique de, “Introducción al Estudio del Conocimiento Histórico”, Bs. As., Claridad, 1948, págs. 283 y ss.

¹⁴⁰ En la Argentina este problema ha sido bastante intenso.

¹⁴¹ Una nación suele ser de cierta manera una lógica histórica.

biográficas. La Historia es en gran medida resultado de conflictos por el poder que trae consigo la explicación de los acontecimientos.

Los ordenamientos historizadores tienden a constituir *sistemas* que rechazan los juicios que resultan incoherentes, aunque sean exactos en la conciencia y en los sucesos. Sin embargo, pensamos que la *transgresión* a los ordenamientos históricos, la superación de la lógica, es de gran importancia para que exista lo que nos interesa considerar Historia¹⁴².

Todos los ordenamientos normativos jurídicos llevan consigo referencias a ordenamientos históricos y a la recíproca¹⁴³. La existencia de despliegues no desarrollados a nivel de normas, como los principios¹⁴⁴, da *elasticidad histórica* al ordenamiento normativo¹⁴⁵.

17. 2. A veces en el Derecho Privado hay subordenamientos historizadores infieles. Así lo es parcialmente en la Argentina la historización “panegírica”, de la obra de la codificación civil respecto del sector “hispánico tradicional”. Los esfuerzos para hacerla al menos exacta en la obra educativa no han dado los resultados esperados y a veces han traído consecuencias negativas por desconocimiento de la realidad.

c) *Dimensión axiológica*¹⁴⁶

1') *Consideración general*

¹⁴² En relación con la vinculación tensa entre historia y sistema puede v. por ej. LUHMANN, op. cit., por ej. págs. 128 y ss.

¹⁴³ Acerca de la historia de la codificación, por ej. La Codificación: impulso moderno de la familia romana, Carlos Ramos Núñez, Revista Derecho & Sociedad, N° 8-9, <http://comunidad.derecho.org/pandectas/no20003/cramos.htm> (3-2-2002).

¹⁴⁴ Es posible v. por ej. ESSER, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado”, Barcelona, Bosch.

¹⁴⁵ Cabe c. por ej. nuestra presentación al 7º Congreso Internacional de Metodología Jurídica “La Aplicación del Derecho por la Administración Pública y la Justicia: Problemas de los Conceptos Jurídicos Indeterminados” (Asociación Internacional de Metodología Jurídica e Instituto Nacional de Administración Pública de España; Madrid, 20 y 21 de septiembre de 2001) sobre “El funcionamiento de los conceptos jurídicos indeterminados en la teoría trialista del mundo jurídico”.

¹⁴⁶ Dado que Cronos era la divinidad del tiempo, podría llamarse dimensión “*cronológica*”, de modo análogo a las designaciones “dikelógica”, “erológica” o “ateneológica”, pero la expresión “*cronología*” ha sido ocupada con el significado de la ciencia que tiene por objeto determinar el orden y fechas de los sucesos históricos (es posible v. por ej. Diccionario Mitológico Griego, <http://members.es.tripod.de/Cornucopia/dicciogrec.html#Cronos> - 20-12--2001 - ; Monografías.com, EXPOSICIÓN TEMPORAL MAGNA GRECIA Y SICILIA; EL ORIGEN MITOLÓGICO DEL MUNDO; <http://www.monografias.com/trabajos/mitologico/mitologico.shtml> -20-12-2001-; “Diccionario de la Lengua ...” cit., t. I, 1992, pág. 600).

Un tema de interés respecto de la dimensión axiológica de la Historia es si explicar es justificar.

18. 1. 1. 1. Aunque las nociones de Historia y en nuestro caso de historización pueden construirse con diversos alcances, también en cuanto a los valores a realizar, el valor que se ha considerado tradicionalmente más específico de este ámbito es la *verdad*, dirigida a los sucesos de la temporalidad¹⁴⁷. Pese a que lo que ha de considerarse verdad es muy discutible y discutido, parece que importa historizar según un paradigma científico y en tal sentido corresponde referirse a lo que se construya como verdad.

La verdad histórica sólo puede alcanzarse con una apertura equilibrada a los sucesos estudiados, es decir, con cierto grado de *amor*¹⁴⁸. Cabe decir que en alguna medida hay un “*eros histórico*”. Aunque resulta parcialmente admisible que “sólo respecto al porvenir existen para nosotros “conocimientos útiles””¹⁴⁹, creemos que la expresión puede ser aceptada en el único sentido de que la utilidad, con su relación de “medio a fin”, es futuriza, pero lo útil está también en gran medida en el pasado, en nuestro caso, en la Historia. El conocimiento del pasado y el presente es de gran beneficio para “pre-decir” el futuro¹⁵⁰. Los sucesos se producen con miras al menos parciales a la *utilidad* y al historizar se realiza ese valor.

La remisión a la verdad en la transtemporalidad coloca a la Historia en relación con todos los otros valores que pueden realizarse en ella, sean de carácter jurídico, como nos interesa especialmente en este caso, económico, científico, artístico, religioso, etc.¹⁵¹ La verdad histórico-jurídica ha de integrar la verdad con los valores del Derecho que, a nuestro parecer deben culminar en la *justicia*. Además de la referencia de la verdad a la justicia, la realización de la verdad histórica es en sí un acto de justicia. A esto se refiere la “historiografía dikelógica” defendida por Werner Goldschmidt, que pretende reescribir toda

¹⁴⁷ En la medida que la Historia como ciencia esté requerida por las exigencias de una verdad diferenciada del simple conocimiento podría hacerse referencia a una dimensión “ateneológica”, ya que Palas Atenea era divinidad de la ciencia (ALBIZU, José Luis (adapt.), “Diccionarios Rioduero. Mitología griega y romana”, Madrid, Rioduero, 1984, págs. 32 y ss.; OTTO, Walter F., “Los dioses de Grecia”, trad. Rodolfo Berge y Adolfo Murguía Zuriarain, 2^a ed. Bs. As., Eudeba, 1976, págs. 33 y ss., 199 y ss. y 212 y ss.). Sería posible referirse también a una dimensión “aletológica” o “aletelógica” (de verdad) de la ciencia histórica (cabe referir por ej. nuestro estudio “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad ...” (UNR) cit., Nos. 2/3, págs. 89 y ss.).

En cuanto a las distintas posiciones sobre objetividad y subjetividad en la Historia puede v. por ej. RICOEUR, Paul, “*Histoire et vérité*”, 3^a ed., París, du Seuil, 1955, esp. págs. 23 y ss.

Un testimonio pictórico sobre la verdad, la historia y el tiempo puede v. en Info.96.Goya, <http://goya.unizar.es/InfoGoya/Obra/Catalogo/Pintura/349.html> , <http://goya.unizar.es/InfoGoya/Obra/Catalogo /Pintura /350p.html>, [www.artehistoria.com,](http://www.artehistoria.com/) <http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/genios/cuadros/2676.htm> (8-1-2002).

¹⁴⁸ V. en relación con el tema por ej. JASPERS, op. cit., pág. 312.

¹⁴⁹ JOUVENEL, op. cit., pág. 19.

¹⁵⁰ En relación con el tema, v. íd., págs. 101 y ss.

¹⁵¹ Croce destacaba que la Historia es siempre Historia de valores (CROCE, op. cit., págs. 30 y ss.). Es posible c. DUJOVNE, León, “Teoría de los valores y Filosofía de la Historia”, Bs. As., Paidós, 1959. Sobre la posibilidad del abuso del sentimiento estético en la Historia v. por ej. HUIZINGA, J., “Problemas de historia de la cultura”, en “El concepto de la Historia ...” cit., págs. 36 y ss.

la Historia Universal desde el punto de vista de la justicia e injusticia de las adjudicaciones, premiando y castigando así a “buenos” y “malos”¹⁵².

Todos los valores cuya realización suele exigirse a los seres humanos integran un complejo tenso compuesto por diversos *valores parciales*, como la salud, la verdad, la belleza, la utilidad, la justicia, la santidad, etc., y un valor de conjunto que es la “*humanidad*”, el deber ser cabal de nuestro ser. Esta tensión está también presente en la Historia. Toda historización resuelve de alguna manera la relación entre tales valores.

En tiempos más cortos, se requieren más en concreto los valores parciales; en tiempos más largos hay que asegurar la realización del valor *humanidad*. Si no se tienen en cuenta los valores parciales, con una excesiva invocación de la *humanidad*, o no se respeta este valor, atendiendo exclusivamente a los valores parciales, se produce la detención de la Historia por “asfixia”.

Las categorías *progreso* y *retroceso* manifiestan la pretensión de integrar la verdad con otros valores que reclaman su realización en la temporalidad¹⁵³. El relacionamiento axiológico entre distintas temporalidades suele expresarse en categorías de *atraso* y *adelanto* históricos. En la medida que se comparten posiciones más constructivistas o subjetivistas de los valores, esas categorías pierden fuerza.

La permanente necesidad de integrar la verdad y la justicia constituye un espacio para la riqueza complementaria de la teoría trialista del mundo histórico y la teoría trialista del mundo jurídico¹⁵⁴.

18. 1. 1. 2. En el caso del Derecho Privado, el panorama de valores jurídicos se especifica por una particular referencia a la *utilidad*, sobre todo en el área patrimonial, y al *amor*, señaladamente en el marco familiar. La historización jusprivatista ha de remitirse a la realización del complejo de valores jurídicos, que culminan en la justicia, con especial consideración de los ámbitos específicos de mayor afinidad con la utilidad y el amor.

18. 1. 2. En el Derecho Privado hay un valor particularmente significativo que la Historia tiende a menudo a ignorar, la *felicidad*. Aunque no siempre ha recibido la atención que merece, en gran medida por los impactos judeocristiano y estoico, la felicidad es, a nuestro

¹⁵² GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. 411 y ss.

¹⁵³ La voz “pro-greso” significa “Acción de ir hacia delante”, “Avance, adelanto, perfeccionamiento”; andar en “pro”, en utilidad (pueden v. “Diccionario de la Lengua ...” cit., t. II, pág. 1676; COROMINAS - PASCUAL, op. cit., “agredir”, t. I, 1980, págs. 76/7, “pro” t. IV, 1^a reimp., 1985, págs. 656/7, “progreso”, t. IV, pág. 659). Acerca del progreso pueden v. por ej. KANT, op. cit., págs. 95 y ss.; COMTE, Augusto, “Discurso sobre el espíritu positivo”, trad. Consuelo Bergés, 5^a ed. en B. I. F. Bs. As., Aguilar, 1965, págs. 63 y ss.; RICKERT, “Introducción ...” cit., págs. 110 y ss.; JASPERS, op. cit., pág. 323; DURANT, Will y Ariel, “Las Lecciones de la Historia”, trad. Miguel de Hernani, Bs. As., Sudamericana, 1969, págs. 107 y ss.; JUSTO, op. cit., págs. 5 y ss.

¹⁵⁴ Es posible c. nuestro artículo “*Justice et vérité*”, en

parecer, uno de los valores más importantes que podemos satisfacer. El Derecho Privado es un ámbito particularmente vinculado a su realización.

Más allá de la familia, que fue en especial judeocristiana y estoica, y del estoicismo del contratante, incluso más allá de la utilidad, es relevante la tan difícil de conceptuar, pero a nuestro parecer imprescindible, felicidad. Creemos que una historización satisfactoria ha de atender a la felicidad y debe procurar su realización; construirla depende en mucho de la consideración que se brinde al Derecho Privado.

18. 2. 1. Estimamos que la historización y los sucesos históricos deben construirse desde la perspectiva de las *relaciones de coadyuvancia* o de legítima *sustitución* entre los valores parciales y de *coadyuvancia* de dichos valores parciales y el valor de conjunto humanidad¹⁵⁵. No obstante, a menudo se historia y se obra con miras al poder *subvertido* contra valores que estimamos superiores, incluso frente a la humanidad¹⁵⁶.

18. 2. 2. La referencia al poder, acompañada a menudo por la consideración del orden, resulta afín al Derecho Público, pero en general el planteo histórico jurídico debe controlar que entre esos valores y los despliegues más propios del Derecho Privado, donde ocupa un lugar importante la cooperación, haya relaciones axiológicas de *contribución*¹⁵⁷.

18. 2. 3. Un desarrollo histórico que se desentienda de los despliegues privatistas puede significar la *subversión* o la *arrogación* respecto del lugar que corresponde a la utilidad, al amor o la cooperación por valores más desenvueltos en el ámbito público: el poder y el orden pueden ser subversivos contra la utilidad y el amor; el lugar de éstos puede arrogárselo la justicia¹⁵⁸. Por el contrario, la excesiva consideración del despliegue privado puede significar una subversión o una arrogación respecto de la posición que corresponde a la justicia, el poder y el orden: la cooperación puede ser subversiva respecto de la justicia y es posible que el material de ésta se lo arroguen la utilidad y el amor.

En algunos casos, como ocurre en ciertas historias institucionales juspublicistas, la subversión y la arrogación del poder, el orden y la justicia abstracta de las grandes declamaciones se hace notoria¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Denominamos coadyuvancia a la relación de apoyo recíproco entre valores que se consideran del mismo o diferente nivel. Llamamos sustitución a la vinculación en que se considera que un valor ocupa legítimamente el espacio de otro valor.

¹⁵⁶ Denominamos *subversión* a la ubicación de un valor considerado inferior en el lugar que se estima corresponde a otro tenido como superior.

¹⁵⁷ Entendemos por *contribución* la relación considerada legítima entre valores que se estiman de diferente o el mismo nivel.

¹⁵⁸ Llamamos *arrogación* a la situación ilegítima de un valor en lugar de otro que es considerado del mismo nivel.

¹⁵⁹ Así suele ocurrir en algunos casos en cursos de Historia Constitucional que no tienen en cuenta la relación del Derecho Constitucional con el resto del Derecho Público y, en nuestro enfoque, con el Derecho Privado.

Estimamos que las referencias historizadoras que dan resultados de equilibrio jurídico más satisfactorios son al fin las de la justicia, propias de todo el Derecho, integradas con la utilidad y el amor y contribuyendo, a su vez, los tres valores a la humanidad.

2') Consideración especial

a') La Axiología de la historización en sentido estricto¹⁶⁰

19. 1. En cuanto a los caminos para descubrir la justicia, denominados “clases de justicia”, la historización suele presentarse con demasiadas perspectivas de conjunto y con excesivas aspiraciones *absolutistas*, cuando vale que también tenga enfoques referidos a las partes y respete la *relatividad* de las perspectivas. No compartimos que haya “la Historia”, sino Historia en relación con ciertos puntos de vista¹⁶¹. Estimamos que respetando y superando los puntos de vista de modo permanente puede alcanzarse el ideal de una historización verdaderamente “universal”¹⁶².

19. 2. 1. En general la historización parece demasiado orientada a tener en cuenta los despliegues de la *justicia general*, que reclama el bien común y cuyas exigencias caracterizan al Derecho Público, en cierto predominio sobre la *justicia particular*, que caracteriza al Derecho Privado. Es más: la relativa perdurabilidad de varias instituciones jusprivatistas, que no debe llevar a desconocer ni su cambio ni el significado diverso según las circunstancias, llevó durante largo tiempo a pensar en cierto carácter suprahistórico del Derecho Privado¹⁶³. De aquí la particular dificultad para constituir la Historia del Derecho Privado. Sin embargo, *no hay una Historia del Derecho cabal si no se tienen en consideración los despliegues privatistas*.

19. 2. 2. La relación entre el Derecho Privado y el Derecho Público es una de las líneas más significativas de la Filosofía de la Historia del Derecho Privado, al menos desde la perspectiva “continental” europea.

¹⁶⁰ Por Axiología en sentido estricto entendemos la forma de los valores.

¹⁶¹ Incluso cabe tener en cuenta por ej. RUSSELL, Bertrand, “El ABC de la relatividad”, trad. Manuel Simas, Bs. As., Compañía General Fabril, 1964, págs. 52 y ss. (también es posible c. v. gr. Ciudad Futura, El Sitio de Albert Einstein, Espacio-tiempo, <http://www.ciudadfutura.com/einstein/html/espaciem.html> -14-1-2002-)

¹⁶² Con expresión de Fichte puede decirse que “... después que todo lo útil que se ha encontrado en un confín de la tierra haya sido conocido por todos y se haya transmitido a todos, entonces la humanidad se levanta ininterrumpidamente, sin descanso ni retroceso, con fuerza común y de una vez, hacia una cultura para la que nos faltan conceptos” (FICHTE, Johann G., “El destino del hombre”, trad. Vicente Romano García, Aguilar, 1963, pág. 142). Es posible c. DAWSON, Christopher, “Dinámica de la Historia Universal” (selección John J. Mulley), trad. Rosalía Vázquez, Madrid, Rialp, 1961.

Algunas posiciones, como la de Locke, marcan un fuerte predominio de lo privado, e incluso el historicismo mostró el importante proceso de relativa continuidad del Derecho Privado a través de los siglos y los cambios del Derecho Público. Se desarrolló una tendencia que, desde diversos enfoques, sostenía la “completitud” del Derecho Privado¹⁶⁴. En cambio, otros puntos de vista, como los que se apoyan en la referencia estatal de Hegel, se orientan al predominio del Derecho Público¹⁶⁵.

En nuestros días hay cierta orientación a debilitar la diferenciación, a veces porque junto a la libertad y la autonomía del individuo, de mayor sentido privatista y de referencia lockeana o kantiana, se desenvuelve, al menos en teoría, el concepto del individuo como parte de la comunidad, en otros casos porque se oculta el avasallante predominio de lo privado mundializado sobre lo público estatal tradicional¹⁶⁶.

19. 2. 3. La consideración de cierto modo diferenciada del Derecho Privado y el Derecho Público resulta imprescindible para reconocer la tensión entre *mercado* por un lado y *democracia y derechos humanos* por el otro, tan significativa en la temporalidad de nuestros días de globalización/marginación¹⁶⁷.

Aunque no creemos que el Derecho Privado deba abarcar todo el Derecho de la Economía, estimamos que la distinción es muy esclarecedora¹⁶⁸. Negarla bloquearía el camino para comprender las tensiones entre la globalización del Derecho Privado, incluso como radical “privatización”, y el pasaje publicista más lento desde el Estado moderno-nacional a una quizás “pre-estatalidad” mundial¹⁶⁹.

Creemos que en la comprensión de la importancia del carácter íntimo y privado de la felicidad está uno de los grandes bastiones de la preservación de la relativa distinción entre lo privado y lo público.

¹⁶³ V. por ej. RAISER, op. cit., v. gr., págs. 231/2.

¹⁶⁴ Cabe íd., págs. 215 y ss.

¹⁶⁵ Pueden v. SOLARI, op. cit.; CIURO CALDANI, “Lecciones de Historia ...” cits.; RAISER, op. cit., págs. 171 y ss. y 221.

¹⁶⁶ Es posible c. RAISER, op. cit., págs. 215 y ss.

¹⁶⁷ Pueden v. por ej. nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 24, págs. 41/56; también v. gr. FERRER; Aldo, “Historia de la Globalización. Orígenes del orden económico mundial”, 3^a. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 1998; “Historia de la Globalización II. La Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial”, México, Fondo de Cultura Económica, 2000; “Travesías”, año I, N° 1, págs. 11 y ss.; “Archives de philosophie du droit”, t. 45, “L’americanisation du droit”. Cabe c. v. gr. eldial.com, Córdoba, La mundialización financiera, Efraín Hugo Richard, <http://www.eldial.com.ar/nuevodial/edicion/cordoba/doctrina.asp> (7-3-2002).

¹⁶⁸ Es posible c. por ej. RAISER, op. cit., por ej. pág. 229.

¹⁶⁹ Pueden v. nuestro trabajos “Privatización ...” y “Estudios de Historia ...” cits.

19. 3. Las tensiones entre “*justicia de partida*” y “*de llegada*” y la crisis de la regla general en la *equidad*, como justicia del caso concreto, son altamente significativas para enriquecer la comprensión de la historicidad en general y de la referida a lo jurídico en especial¹⁷⁰. La apreciación del devenir jurídico es afín al devenir histórico, el reconocimiento de la particularidad jurídica se relaciona con la particularidad de los sucesos históricos.

20. 1. 1. 1. La verdad y la justicia son categorías “*pantónomas*”, que pensamos con proyección a sus totalidades aunque, dado que no somos ni omniscientes ni omnipotentes, cuando no es posible conocerlas o realizarlas con mayores alcances es necesario “*fraccionarlas*” para ponerlas a nuestro alcance. Los fraccionamientos de la verdad y la justicia producen respectivamente *certeza* y *seguridad*. La Historia del Derecho debe referirse a la pantomía de la transtemporalidad jurídica, adaptándola mediante fraccionamientos.

Las influencias de la verdad y de la justicia provienen principalmente del pasado, el presente y el porvenir, del complejo personal, temporal y real. Las referencias al pasado pueden ser generales o dirigidas de modo especial a los antecedentes de los casos a resolver.

20. 1. 1. 2. La vinculación entre los tres momentos del tiempo, como respuestas a la transtemporalidad, puede brindar, por ejemplo, historizaciones más equilibradas, más integradas o más dominadas por el pasado, el presente o el porvenir¹⁷¹.

En cada historización es necesario el equilibrio entre las perspectivas de la temporalidad que se tienen en cuenta. Así, por ejemplo, si en un curso “progresista” la historización de un suceso se produce con demasiada referencia a los sucesos posteriores, puede producirse una indebida reducción de su importancia; en cambio, si hay una desmedida consideración del pasado puede exagerarse la significación.

Suele reclamarse que no se confine el pasado en el pasado, y el entrelazamiento del tiempo permitió decir a Croce que toda Historia es *Historia contemporánea*¹⁷². La conciencia histórica que pretendemos debe ser *abierta a la temporalidad*, y no enclaustrada en el pasado.

La vinculación de la Historia con el presente y el porvenir genera, sin embargo, grandes discusiones. Creemos que las objeciones son fundadas cuando el futuro es de ultratumba y

¹⁷⁰ Es posible c. nuestros artículos “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.; “Comprensión jusfilosófica de la equidad”, en “El Derecho”, t. 155, págs. 685 y ss.

¹⁷¹ Cabe c. nuestros “Aportes ...” cits., págs. 59 y ss.

Nos indica Herodoto: “Esta es la exposición de las investigaciones de Herodoto de Halicarnaso, para que no se desvanezcan con el tiempo los hechos de los hombres, y para que no queden sin gloria grandes y maravillosas obras ...” (HERODOTO, “Los nueve libros de la historia”, antología de Natalia Palomar Pérez, trad. María Rosa Lida, Madrid, Orbis, 1984, pág. 11, Libro Primero).

¹⁷² CRUZ, op. cit., págs. 13 y ss.

se concreta en una escatología¹⁷³.

Si la instalación valorativa en el pasado domina indebidamente al presente y el porvenir, se produce una regresión, cuando el porvenir se impone al presente y al pasado hay escape de la realidad; en ambos casos sucede una alienación¹⁷⁴. La posibilidad de un elemento histórico de superar el transcurso del tiempo lo convierte en un “clásico”.

La historización se proyecta más hacia el pasado y el Derecho se orienta más al porvenir, por eso el Derecho genera siempre, y en las épocas de cambio histórico con más intensidad, una mayor *angustia*¹⁷⁵.

20. 1. 1. 3. La historización fracciona el *complejo real* de los sucesos historiados e incluso puede llegar a un horizonte de “fabulación”. La pantomomía de la verdad y la justicia conduce a requerimientos de que las consecuencias de los actos de historización y de los sucesos sean recibidas puntualmente por quienes corresponda. Sin embargo, también suele hablarse de que inocentes paguen un “*precio histórico*”.

Aunque los sucesos del pasado sean en sí inmodificables, la conciencia histórica va cambiando, con una representación *selectiva*. La necesidad del fraccionamiento de los hechos y los valores de la Historia promueve la gran tensión entre la historicidad en sentido relativamente estricto, que tiene una pretensión de verdad respecto de los *sucesos*, y los otros valores, que suelen requerir construcciones más independientes. Es relevante encontrar la manera de seleccionar y construir sin “fraguar” la Historia¹⁷⁶.

20. 1. 1. 4. Creemos que el reconocimiento de la pantomomía de la verdad y la justicia, a nuestro parecer a menudo gravemente marginado, puede contribuir a aliviar la tensión del debate entre objetividad y subjetividad de los dos valores.

Nuestras posibilidades de historización y de obrar histórico son restringidas. Con conciencia de la limitación, decía Herder “;Feliz de aquél que después de eso no se arrepiente de su fragmento de vida!”¹⁷⁷

20. 1. 2. A diferencia de las características generales de la Historia y de la Historia del Derecho centrada en la perspectiva pública, el Derecho Privado, incluso en los derechos reales

¹⁷³ Aunque la sujeción de la Historia a la escatología se ha desarrollado en largos períodos, compartimos el parecer de que lo escatológico es perturbador en la Historia (COLLINGWOOD, op. cit., pág. 70).

¹⁷⁴ Puede v. Vocabulario de Psicología General, RedPsi, http://www.galeon.com/pcazau/voc_psgral.htm, especialmente http://www.galeon.com/pcazau/voc_psgral_rz.htm (3-1-2001).

¹⁷⁵ Es posible v. por ej. CARBONNIER, Jean, “Flexible droit”, 4^a ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, págs. 125 y ss.

¹⁷⁶ La reconstrucción de la historización del pasado, que suele denominarse revisión, suele invocar una historización falsificada (es posible v. por ej. JAURETCHE, Arturo, “Política nacional y revisionismo histórico”, Bs. As., Peña Lillo, 1959).

¹⁷⁷ HERDER, op. cit., pág. 146.

o en las sucesiones, tiene referencias temporales relativamente fraccionadas y procura fuertes desfraccionamientos de las consecuencias. De aquí varias de las dificultades de la construcción de la Historia del Derecho Privado. Sin embargo, tal vez esa característica contribuya a que las obras del Derecho Privado, especialmente en los aspectos patrimoniales, alcancen con más facilidad el nivel de “clásicos” jurídicos, como lo es el *Corpus Juris Justiniano*.

Las áreas *patrimonial* y *familiar* del Derecho Privado, a menudo en conflicto entre sí, reflejan en sus tensiones más atención respectiva al complejo real o personal. A su vez, la diversa ubicación de las *sucesiones* y su referencia al complejo temporal, más próxima a un ámbito u otro, expresa la potenciación temporal diferente de lo patrimonial o lo familiar.

Las diversidades de los recortes de la pantomomía necesarios para el desarrollo del comercio y la protección de los trabajadores fueron motivando la aparición medieval del *Derecho Comercial* y el surgimiento contemporáneo del *Derecho del Trabajo*, pero parece que hoy el fuerte predominio del comercio analogiza todos los fraccionamientos privatistas incrementando la seguridad mercantil.

20. 2. La regularidad temporal permite elaborar *criterios generales orientadores* respecto de la verdad y la justicia. Cabe recordar que desde Cicerón se viene afirmando que la Historia es *vida de la memoria y maestra de la vida*. Sin embargo, urge aclarar que los criterios generales pueden resultar falsos o no adecuados a circunstancias distintas. El apego excesivo a los criterios generales orientadores es negación del valor de la individualidad histórica.

b') La Axiosofía de la historización¹⁷⁸

21. Aunque no creemos que se pueda demostrar la objetividad de un contenido de exigencias de verdad o justicia para servir de base de un planteo científico, consideramos de destacado interés que, desde el punto de vista lógico y sobre la base de principios que pueden adoptarse por *consenso* real o eventual, se desenvuelva la científicidad respectiva. Para la referencia científica a la justicia, el maestro Werner Goldschmidt empleó el nombre “*dikelogía*”; para la consideración científica de la verdad hemos empleado la palabra “*ateneología*” (también “*aletología*”).

Si se adopta, como proponemos, el *principio supremo* de justicia indicado por Goldschmidt, de adjudicar a cada individuo la *esfera de libertad* necesaria para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se *personalice*, resulta notorio que la Historia del Derecho debe incluir todos los despliegues de las posibilidades de personalización, entre los que ocupa un lugar destacado el Derecho Privado.

¹⁷⁸ Por Axiosofía entendemos el estudio del contenido de los valores.

Vale recordar en cierto sentido que para Marx el hombre se va *creando a sí mismo* a lo largo de la Historia¹⁷⁹. Al fin, la historización no ha de ser una mera “subsistencia” con sentido de “muerte”, sino una “*subvivencia*” con sentido pleno de vida.

1") La axiología de los actos de historización aislados

22. 1. En correspondencia con el análisis de los actos de historización, pero desde el punto de vista axiológico, importa poder analizar la *legitimación* para *historiar* y para *recibir* la historización, *qué* se debe historiar, *cómo* se ha de escuchar, y cuáles han de ser los *móviles*, las *razones alegadas* y las *razones sociales* de la historización.

En la Historia del Derecho se juegan importantes despliegues del equilibrio entre los distintos títulos de legitimidad de los repartos, con la respectiva tensión, a veces no suficientemente atendida, entre la legitimidad de los repartos privatistas y publicistas.

22. 2. 1. 1. En cuanto a la legitimación de los *historiadores*, creemos que importa que todos los hombres puedan actuar y actúen en la historización. Podría decirse que todos los seres humanos deben ser “*historiadores*” de la historia que requiere su personalización. En el despliegue individual es relevante la *autonomía histórica*, individual, a través de la perspectiva *biográfica* y, en el enfoque colectivo, es importante la edificación *democrática*. Al menos se ha de atender a los sujetos historiados y los receptores de la historización en una relación de “*criptoautonomía*”, porque se historia lo que ellos hubiesen deseado o desearían. *Todos los hombres tienen derecho individual y colectivo a participar en la construcción de la conciencia histórica y, sobre todo, de su propia conciencia histórica*.

Es relevante que quien historia para otros sea un “*aristócrata*” por su calificación moral, científica y técnica. El perfil del historiador por profesión requiere cualidades muy especiales¹⁸⁰.

22. 2. 1. 2. Aunque la historización suele atender de manera especial a la legitimación publicista de los gobernantes, que ha hecho progresos en el curso de la “*infraautonomía*” de la democracia y de aristocracias crecientemente tecnológicas, vale destacar que también existe una importante legitimación privatista, que en el Derecho Privado patrimonial se apoya en mucho en la autonomía de las partes y en el marco familiar se remite tradicionalmente, en gran medida, a la relativa aristocracia familiar de las generaciones anteriores respecto de las nuevas.

¹⁷⁹ RUBIO LORENTE, Francisco, “Introducción” a MARX, “Manuscritos ...” cits., por ej. pág. 38.

¹⁸⁰ A veces se invoca a la aristocracia como título para historiar, por ejemplo diciendo, con afinidades nietzscheanas, que sólo quien construye el futuro tiene derecho a juzgar el pasado.

22. 2. 2. 1. La historización trae consigo *responsabilidad* de los historiadores, por la conciencia histórica y por los sucesos historiados. A su vez, ejerce la responsabilidad de los protagonistas de los sucesos, por éstos y ante la conciencia histórica. En relación con la responsabilidad por los sucesos suele hablarse del “*tribunal de la Historia*”.

La responsabilidad histórica se vincula con los reclamos de “conciencia de clase”, nación, raza, religión, etc.¹⁸¹

22. 2. 2. 2. El carácter limitado de la referencia temporal que suele tener el Derecho Privado, al menos en el accionar de los particulares, hace que predomine cierta conciencia biográfica, pero haya limitada conciencia histórica.

22. 3. 1. Los sujetos historiados y aquellos para los cuales se historiza son de ciertos modos “*extranjeros*” en el tiempo en que se historia, de aquí que se presenten dificultades de vinculación, de alguna manera análogas a las que ha considerado respecto de los “elementos extranjeros” en el espacio el Derecho Internacional Privado clásico.

Uno de los problemas históricos muy relevantes en cuanto a la relación con los valores es el referido a la decisión acerca de si se historia para “*juzgar*” o, como creemos preferible, para “*comprender*”¹⁸². Sólo se puede comprender el pasado a través del cristal del presente, pero también a la recíproca¹⁸³. Así como hay que respetar al elemento extranjero hay que respetar, comprender, a veces se llega a decir “amar” al pasado, aunque nunca se pueda ser extranjero ni estar en el pasado respecto del propio espacio y el propio tiempo. También hay que comprender y de cierto modo amar a los sujetos para los que se historia, que tal vez sean los *recipienarios más calificados* de la historización.

De acuerdo con el principio de justicia propuesto, todos los seres humanos tienen, no necesariamente por igual, *derecho a ser historiados* y *derecho a la Historia*. Si bien los actos de historización suelen referirse a los *méritos* o “*deméritos*” de la *conducta* de los hombres más descollantes, en realidad todo ser humano tiene, por *necesidad*, *merecimiento* de Historia.

Creemos que una historia que omite referirse a las *superioridades* morales, científicas y técnicas en que se basan las verdaderas “*aristocracias*” oculta la verdad de los sucesos. Sin embargo, al fin, todo ser humano tiene el derecho y el deber de poseer una historia desde su punto de vista, una *historia biográfica*¹⁸⁴. Decía Dilthey que “La autobiografía es la forma

¹⁸¹ Además de las referidas a la actuación de hombres hay otras más remitidas al protagonismo de las clases, las razas, las religiones, las culturas, etc. La noción marxista de clase tiene, por ejemplo, una importante composición de dinámica histórica (puede v. por ej. MARX, Karl, “Le capital”, Giard y Brière, París, III, 1901/2, págs. 493/4).

¹⁸² Puede v. BLOCH, op. cit., págs. 108 y ss., asimismo c. pág. 112.

¹⁸³ Por ej. CARR, op. cit., v. gr. pág. 33.

¹⁸⁴ Es posible v. nuestro artículo “Integración trialista de la aristocracia y la democracia”, en “El Derecho”, t. 147, págs. 897 y ss.

suprema y más instructiva en que se nos da la comprensión de la vida”¹⁸⁵.

22. 3. 2. La Historia del Derecho Privado posee gran importancia no sólo para complementar las perspectivas de los grandes protagonistas, sino por brindar más perspectivas a los hombres “comunes”.

22. 4. 1. En cuanto a los *objetos*, desde el punto de vista axiológico la representación histórica se convierte en “*re-cuerdo*”¹⁸⁶ y, quizás, con la máxima jerarquía, en *transpersonalización*. La Historia que a nuestro parecer es interesante sólo “vive” en la persona que la recibe en su existencia y, en nuestro caso, en su conciencia histórica. Por eso la historización ha de ser *constantemente renovada*¹⁸⁷. En todo caso, importa tener en claro si se piensa en *reconocer* “el” sentido de la Historia desde el sujeto o en *asignar* un sentido voluntariamente. La Historia debe desplegar una perspectiva de sujeto, pero la “*convivencia*” exige a su vez la *pretensión de objetividad* de lo que se historie¹⁸⁸.

Un problema importante es la tensión entre el tiempo biográfico y el tiempo histórico; cuando se llega a no estar a la “altura de los tiempos” no se está en profundidad donde se está de manera física. Un problema es encontrarse a espaldas (a la “*retaguardia*”) de la Historia, otro a menudo no menos cruel es hallarse a la “*vanguardia*”.

La historización jurídica debe referirse, con pretensión de objetividad, a todas las potencias e impotencias de la *vida*. Se suscitan importantes tensiones por las diversidades de criterios de relevancia y por los conflictos entre las esferas de *secreto* y de *intimidad* y la relativa “*publicidad*” histórica. Parece que la afinidad de la historización con lo público legitima para penetrar, al menos luego de cierto lapso, en los secretos de la vida pública. Más dudas surgen acerca de si la historización está “*habilitada*” (legitimada) para “*publicizar*” toda la vida íntima¹⁸⁹.

¹⁸⁵ DILTHEY, op. cit., pág. 224.

¹⁸⁶ En relación con el recuerdo, v. por ej. JASPERS, op. cit., pág. 315.

¹⁸⁷ Cabe c. v. gr. DROYSEN, op. cit., pág. 327.

¹⁸⁸ El propio Dilthey afirmaba que la vivencia y la comprensión de unos son importantes en relación con la comprensión de la vida de los otros (DILTHEY, op. cit., pág. 229).

¹⁸⁹ Mientras la legitimación gubernamental dependió de la familia y la vida íntima, las dudas fueron menos intensas, pero la cultura actual diferencia la legitimación gubernamental de la familia y los interrogantes sobre la habilitación para avanzar en la historización sobre la vida íntima se acrecientan. Sin abrir juicio sobre la exactitud de lo afirmado, pueden v. por ej. Número 27 de La Aventura de la Historia, Inconfesable secreto de Carlos V, <http://www.el-mundo.es/ladh/numero27/incesto.html> (12-1-2002) (en cuanto a las biografías de Carlos V, v. por ej. PEREZ, Joseph, “Carlos V”, Madrid, Temas de Hoy, 1999, esp. págs. 34 y ss.); Los Flemáticos Ingleses y sus Escándalos, <http://www.el-mundo.es/ladh/numero27/incesto.html> (12-1-2002; también <http://www.el-mundo.es/ladh/numero27/incesto.html> -12-1-2002-); Caudillos en la initimidad, Los archivos de Borja, El Compatriota Borja http://www.gapsnet.com/coyoacan/borjadir/03_02.htm (12-1-2002).

Como hemos señalado, suele repetirse desde hace largo tiempo que la Historia es maestra de la vida, pero creemos que es más que eso, porque debe evidenciar la *riqueza infinita* de las posibilidades vitales. Consideramos que una de las mayores ilegitimidades históricas es la inevitable, pero en alguna medida superable, sujeción de las diversidades históricas al “lecho de Procusto” de unos puntos de vista y unos despliegues vitales sobre otros.

La Historia como sucesos y como conciencia suele contener múltiples despliegues “disvaliosos”, al punto que ha podido decirse que es el sueño sangriento de una fiera¹⁹⁰. Sin embargo, cabe afirmar con Hannah Arendt que “permanece la verdad de que cada final de la Historia contiene necesariamente un nuevo comienzo” y que el comienzo “antes de convertirse en un acontecimiento histórico, es la suprema capacidad del hombre”¹⁹¹.

22. 4. 2. También en esta perspectiva, de los objetos, hay cierto predominio de la historización publicista sobre la privatista. Aunque se vienen haciendo avances desde el predominio de las historizaciones gubernamentales, militares, religiosas, etc. hacia la inclusión de despliegues artísticos, tecnológicos, científicos, económicos, etc., suelen prevalecer los grandes números y los fenómenos descollantes, que en alguna medida bloquean no sólo en general la historización de casos concretos cotidianos sino sobre todo las perspectivas privatistas.

La Historia del Derecho Privado es una perspectiva de la Historia del Derecho en general y no puede ser legítimamente planteada fuera de ella, pero su desarrollo tiene importancia decisiva para el conjunto histórico-jurídico. No hay historia personalizada sin una perspectiva jusprivatista.

22. 5. 1. Un tema de gran interés, no siempre considerado, es el de *forma* de los actos historizadores en cuanto a la *audiencia histórica*. Las “distancias” entre quienes historian y quienes son historiados o reciben la historización dificultan esa audiencia. La audiencia exige “ponerse en el lugar del otro”, pero el lugar del sujeto historiado o receptor de la historización se hace inalcanzable por la “distancia temporal”, podría decirse también por el “ruido histórico”¹⁹².

22. 5. 2. Aunque la Historia del Derecho Privado suele presentar las dificultades de escuchar la vida cotidiana, hecha habitualmente sin pretensiones históricas, su importancia es decisiva para completar la Historia del Derecho.

¹⁹⁰ Goldschmidt se remitía a Hebbel para considerar así a la Historia Universal (v. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., pág. 411; acerca de las ideas de Hebbel en tal sentido, puede c. no obstante por ej. Der Mensch und die Geschichte, <http://www.gutenberg.aol.de/hebbel/gedichte/geschich.htm> -4-1-2002-).

¹⁹¹ ARENDT, Hannah, “Los orígenes del totalitarismo”, trad. Guillermo Solana, Madrid, Taurus, 1974, pág. 580.

¹⁹² Puede hablarse de la comunicación histórica (cabe c. WIENER, Norbert, “Cibernética y sociedad”, trad. José Novo Cerro, 3^a ed., Bs. As., Sudamericana, 1988).

22. 6. 1. Otra perspectiva de gran significación en la legitimidad de los actos de historización es su *fundamentación*. Creemos que todos estos actos deben ser fundamentables y fundamentados en relación con las personas que reciben la historización respectiva¹⁹³. La perspectiva biográfica tiene gran relevancia al respecto. La falta de fundamentación suele ser una de las causas del desinterés de los estudiantes en la Historia en general.

22. 6. 2. La Historia del Derecho Privado puede contribuir a acercar, con más fundamentación, los actos de historización a los despliegues biográficos de los recipientes.

2") La axiología del orden de historización

23. 1. 1. 1. Aunque la generalidad hacia la que tiende la Historia suele impulsar al sacrificio de los individuos, estimamos que debe hacerse una historización *humanista* y no totalitaria, entendiendo por tal a la que tome a cada hombre como un fin y no como un medio¹⁹⁴. No admitimos que "la Historia" sea un fin en sí; las referencias de ese tipo son uno de los títulos en que a veces se apoya el totalitarismo. Sin desconocer los despliegues del heroísmo, vale señalar que la sujeción del individuo a la Historia produce *alienación histórica*.

23. 1. 1. 2. La perspectiva de la Historia del Derecho Privado, que atiende en especial a tantos individuos anónimos, posee alto valor al respecto humanista.

23. 1. 2. 1. Para que un régimen sea humanista ha de respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. Si bien la historización predominante tiende a considerar los conjuntos humanos, atendiendo sólo a la unicidad de los hombres descollantes, compartimos con Jaspers que un individuo es histórico cuando es considerado único, incanjeable e irrepetible y por eso creemos necesario que se considere la *unicidad* respecto de todos los seres humanos¹⁹⁵.

23. 1. 2. 2. La Historia del Derecho Privado, tan vinculado a la unicidad de los individuos, es un aporte relevante para el desarrollo de la historicidad jurídica y de la historicidad general.

¹⁹³ En relación con los motivos para hacer la Historia v. por ej. UNESCO, Centre National de Documentation pédagogique, "Enseignement de l'histoire et compréhension entre les peuples".

¹⁹⁴ En cuanto al hombre como fin de la naturaleza, v. por ej. KANT, op. cit., págs. 95 y ss.

¹⁹⁵ JASPERS, op. cit., pág. 311.

23. 2. 1. Con miras a la realización del régimen humanista es necesario que los individuos sean *protegidos* contra los demás individuos como tales y como régimen, respecto de sí mismos y contra todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). La historización tiene funciones de protección, pero también puede agredir. Hay que amparar mediante la historización y contra ella.

Werner Goldschmidt pensó a la Historia como un instrumento de protección y por eso, como ya indicamos, señaló la necesidad de la *historiografía dikelógica*.

Una manera de resguardar a los individuos contra los demás es la división del poder. La historización *divide el poder histórico* y, además, es conveniente que haya *diversas versiones historizadoras*.

23. 2. 2. La Historia del Derecho Privado, por ejemplo, en cuanto a la opresión económica, laboral, familiar, etc. o incluso rescatando el olvido de la vida privada, puede ser una manera de la *historiografía dikelógica*. La conciencia histórica jusprivatista ayuda a equilibrar la excesiva referencia publicista a los poderosos.

III) Horizonte de investigación y docencia

24. La filosofía de la conciencia histórica posee gran significación para la cultura toda y, desde nuestra esfera de especial interés, en la *investigación* y la *docencia* de la Historia del Derecho en general y la Historia del Derecho Privado en especial¹⁹⁶.

A su vez, esas actividades de investigación y docencia son relevantes para que la Historia del Derecho en general y la Historia del Derecho Privado en especial tengan raíces en las proyecciones "biográficas" y democráticas. Con miras a que tales perspectivas sean posibles, la investigación y la docencia han de ser permanentemente replanteadas.

Se acreditan así las *autonomías* científica, docente y pedagógica de los dos despliegues de la Historia. Si se desea reforzar el aspecto educativo de formación, ha de predominar un enfoque histórico más "global", con preferente ubicación al comienzo de la Carrera de Derecho; si se procura avanzar más en la información, debe dominar un enfoque más sistemático, prefiriéndose la situación al final del plan de estudios.

¹⁹⁶ Respecto de los Institutos de Investigaciones de Historia del Derecho es posible c. v. gr. <http://www.an-historia.org.ar/> (8-1-2002).

BASES FILOSÓFICAS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INTEGRACION INTERNA Y EXTERNA DE LA ARGENTINA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL MERCOSUR (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

I. La Filosofía para la “elaboración de normas” del Derecho Internacional Privado del Mercosur

1. En la actualidad la Argentina se encuentra ante diversas posibilidades de integración, de modo principal el *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR), que motiva nuestro especial interés, y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)¹. El *Derecho Internacional Privado* en sentido amplio, sobre todo en la perspectiva específica del *Derecho Privado de la Integración*, es una pieza de gran importancia para los procesos integradores, al punto que va siendo asumido en el marco del Derecho Comunitario europeo².

(*) Estudio elaborado en el marco del proyecto de investigación Derecho Internacional Privado para la Integración del Mercosur, subsidiado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(**) Profesor titular de Derecho Internacional Privado y director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ Acerca del Mercosur pueden v. por ej. Mercosur, <http://www.mercosur.org.uy/> (28-7-2002); Aporte a la comprensión del: Mercosur, Red Académica Uruguay, <http://www.rau.edu.uy/mercousur/> (28-7-2002). Respecto del Alca, v. gr. ALCA - FTA - ZLEA, <http://www.fta-alca.org/> (28-7-2002).

² Puede v. nuestro estudio “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998 (también c. “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, en “Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional”, 14, 1999, págs. 77/136). Cabe c. el importante curso de Erik JAYME “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 254, págs. 9 y ss.; también v. gr. FALLON, Marc, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, en “Recueil ...” cit., t. 253, págs. 9 y ss.; El abc del Derecho Internacional Privado de la integración: una mirada al Mercosur, de Sara Lidia Feldstein

Un curso de integración adquiere cabal significado cuando se refiere no sólo a las vinculaciones “externas”, sino a las mismas estructuras “internas” de los países y esto lleva a pensar el Derecho Internacional Privado desde las dos perspectivas. En nuestro caso, importa pensar nuestra materia desde los enfoques de la integración externa e interna de la Argentina.

A nuestro parecer, la Filosofía del Derecho indica que en todo proceso de elaboración de normas y al fin en toda normatividad, también en el Derecho Internacional Privado, se han de considerar los *datos* reales, históricos, ideales y racionales, para *construir* sobre ellos lo que corresponda. Se debe atender a las diversas perspectivas del análisis tridimensional *socio-normo-axiológico*, en el que tienen destacada importancia los *condicionamientos sociales* y la referencia a los *recipiendarios beneficiados y gravados*³.

Como lo señala la teoría trialista del mundo jurídico, el Derecho se compone siempre de *repartos* de “potencia” e “impotencia” (lo que favorece o perjudica al ser y la vida), captados por normas y valorados, los repartos y las normas por un complejo de valores que culmina en la justicia⁴. Cabe tener en cuenta la afirmación del filósofo tridimensionalista Miguel Reale de que el Derecho es una realidad *histórico-cultural* ordenada de forma bilateral atributiva según valores de convivencia en la cual el campo genético de las normas puede representarse como un rayo luminoso (impulsos y exigencias axiológicas) que, incidiendo sobre un prisma (el complejo dominio de los hechos sociales, económicos, técnicos, etc.), se refracta en un conjunto de normas posibles, una de las cuales se convertirá en norma jurídica dada la interferencia del poder⁵.

En nuestro caso, nos ocuparemos en particular de las *bases culturales* y de la *constitución material* sobre las que se apoyan las posibilidades de integración argentina, con sus consecuencias beneficiosas y perjudiciales, para señalar los rasgos que, en consecuencia, debe tener el Derecho Internacional Privado⁶. El desconocimiento de esas realidades trae consigo es, al menos, edificar en el vacío.

de Cárdenas y Mónica Sofía Rodríguez, <http://noticias.juridicas.com/areas/70-Derecho%20Internacional/10-Art%EDculos/200109-1555134810122461.html> (27-7-2002). Asimismo es posible v. Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber amicorum Jürgen Samtleben, [http://www.mppriv-hh.mpg.de%2Fdeutsch%2Fmitarbeiter%2FSamtlebenJürgen%2FFestschrift%2FIndice.html](http://www.mppriv-hh.mpg.de/scripts/url/page.pl?page=http%3A%2F%2Fwww.mppriv-hh.mpg.de%2Fdeutsch%2Fmitarbeiter%2FSamtlebenJürgen%2FFestschrift%2FIndice.html) (27-7-2002).

³ Pueden c. por ej. GÉNY, F., “Science et technique en droit privé positif”, París, Sirey; GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 50 y ss.

⁴ Pueden v. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Dentro de la teoría trialista se desenvuelven corrientes objetivistas acerca de los valores, como la de su fundador, Werner Goldschmidt, y otras constructivistas, como la que adoptamos.

⁵ REALE, Miguel, “Filosofia do Direito”, 5^a ed., San Pablo, Saraiva, t. II, 1969, págs. 615 y 485/6.

⁶ Puede v. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

II. Las bases culturales y los condicionamientos sociales del Derecho Internacional Privado para la integración del Mercosur

2. La realidad mercosureña tiene múltiples aspectos culturales positivos y negativos para la integración. Como suele ocurrir en los países relativamente dependientes, los del Mercosur están divididos en dos sectores culturales, uno más afín con la cultura dominante y otro con características más autóctonas. En nuestra región hay, así, un *sector “anglofrancesado”* nutrido con despliegues “norteamericanos”, afín con la cultura dominante, y otro “ibérico tradicional” alimentado con aportes de otras culturas relativamente marginales, por ejemplo, itálicos meridionales.

El sector “anglofrancesado”, heredero de influencias filosóficas de Occam e incluso de Descartes, emparentado con la fe en la razón de la Ilustración y nutrido por aportes religiosos calvinistas, es relativamente individualista. Entre las figuras paradigmáticas de su historia peninsular figuran Carlos III y Pombal. En cambio, sin desconocer las diversidades entre los despliegues hispánicos y lusitanos, el sector “ibérico tradicional”, heredero de más influencias literarias que filosóficas, evidenciadas por ejemplo por el sentido calderoniano de la “vida es sueño”, y ligado a la Contrarreforma, tiene vocación paternalista. En el terreno filosófico se ha expresado en afinidades románticas y hegelianas. El exponente más nítido de este sector en la historia peninsular es Felipe II.

La expulsión de los jesuitas por las monarquías peninsulares, a través de la obra de Carlos III y Pombal, es mucho más que un conflicto circunstancial, expresa las raíces últimas de la cultura de la región. El sector “ibérico tradicional” está lejos del estilo de la cultura capitalista anglosajona. Sin embargo, no hay que desconocer que el propio sector “anglofrancesado”, pese a algunos rasgos calvinistas, posee cierto “inconsciente colectivo” católico, que lo distancia de las posibilidades capitalistas. El conflicto cultural y el sentido del “perdón” católico son factores que han confluido en la dificultad de la región, y de modo destacado de dos de los países hispánicos, para asumir un estilo social disciplinado⁷.

En la historia argentina, entre los mayores exponentes del sector “anglofrancesado” figuran Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento, Roca y los dirigentes de la llamada “Revolución Libertadora”. Entre los mayores representantes del sector “ibérico tradicional” se hallan Saavedra, Rosas y Perón⁸.

Respecto de la identidad cultural y el Derecho Internacional Privado (quizás sea preferible hablar de individualidad cultural) puede v. por ej. JAYME, op. cit., págs. 167 y ss.

⁷ Cabe c. nuestros trabajos “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Biela, vol. VI, págs. 21 y ss. y “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

⁸ En el campo literario, cabe referirse respectivamente a “Facundo” y “Martín Fierro” (es posible v. nuestra “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984;

Dentro de la cultura “ibérica tradicional” se cruzan perspectivas diferentes, porque la cultura histórica *española* es más “castellana”, de tierra de castillos, en tanto la cultura histórica *lusitana* se vincula a la idea de un “puerto”⁹. La consistencia política y económica de las élites portuguesas y brasileñas ha sido crecientemente mayor que las de las élites hispánicas y argentinas. En términos más aplicables a lo hispánico de Castilla, decía Hegel que “Los ríos de España tienen en Portugal su desembocadura. Podría creerse que España, poseyendo los ríos, debería tener también el nexo y relación con el mar; sin embargo, en este sentido se ha desarrollado mucho más Portugal.”, y proseguía afirmando que el mar engendra, en general, una manera propia de vivir porque da la representación de lo ilimitado e infinito, invita a la ganancia¹⁰. Sin embargo, las diversidades peninsulares son mucho menores que las que, no sin un grado importante de dictadura, ha superado el dominio inglés en la Gran Bretaña.

3. En general, nuestro país ha adoptado muchas veces una actitud “*parasitaria*” respecto de su enorme y muy rico territorio, que de cierto modo proviene de la propia constitución del Virreinato del Río de la Plata, cuando las necesidades de Buenos Aires eran provistas en gran parte por las riquezas de Potosí¹¹. Podría decirse que, pese a una importante producción agrícola, hemos sido más un país de ganaderos y “comerciantes” que de “industriales”. Es muy difícil la asunción del modelo capitalista, no sólo en el marco “ibérico tradicional”, sino también en el espacio “anglofrancesado”. Las enormes riquezas que en gran medida reunió el sector “anglofrancesado” con la incorporación del país a la esfera económica inglesa, fueron destinadas en mucho a la construcción de magníficos palacios, que a veces ni siquiera eran ocupados por sus dueños, y no a la construcción de fábricas.

De cierto modo, la integración interna de la Argentina es relativamente débil, y su crisis actual, motivada por factores internos y externos, a los que no es ajena la usura globalizada, parecería hasta llegar a amenazas para su integridad territorial real. La Argentina es un país quasi-capitalista que no tiene una estructura capitalista capaz de vincular suficientemente a sus diversas regiones.

“Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss.). En la arquitectura, interesa considerar en los barrios porteños por una parte los rasgos de la Recoleta y el área de rascacielos de Retiro y las Catalinas y, por otra, las características de San Telmo y la Boca. En general, en cuanto a las urbes, a Buenos Aires y Salta, con un intento coexistencial de los dos sectores en Córdoba.

⁹ Es posible v. nuestro artículo “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 113 y ss.

¹⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 3^a ed. en Alianza Universidad, Madrid, Alianza, 1982., pág. 168.

¹¹ Puede v. nuestro estudio “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación y Docencia”, N° 34, págs. 59/65.

4. Como hemos señalado, hoy la Argentina se encuentra ante diversas posibilidades de integración, de modo principal el *Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*, actualmente en crisis por influencias internas y externas, y el *Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*¹².

El Mercosur, pensado con cierta afinidad con la Unión Europea, se basa no sólo en la pretensión de un mercado común; responde a ideales más profundos de integración regional económica y cultural, quizás confluyentes en una confederación. Su estructura es relativamente más afín a la estatalidad.

A nuestro parecer, el Tratado de Asunción, base normativa del proceso integración mercosureño, posee objetivos especialmente valiosos para el país y la región; estimamos que, pese a grandes dificultades, esos fines pueden y deben realizarse. Consideramos que, porque la constitución material de nuestra zona parecería arrojar al avasallante predominio de los Estados Unidos de América, un manejo hábil y decidido de la situación podría revertir la situación a favor del Mercosur. Es cierto que también pueden hacerse reclamaciones atractivas en otros sentidos, pero nos importa, como lo indica el Convenio, la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales de los países de la región a través de la integración como condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social.

No cabe ignorar que en el marco político del ALCA puede reconocerse la Organización de los Estados Americanos, pero tampoco corresponde desconocer que, pese a sus nobles expresiones, en los hechos ésta suele esconder la enorme dominación de los Estados Unidos de América sobre sus vecinos del Sur¹³.

En principio, el Mercosur es relativamente más compatible con la idiosincrasia del sector “ibérico tradicional”. Es más: es una realización *iberoamericana*. En cambio, el ALCA, con su particular referencia al intercambio económico, en el que siempre tendría preeminencia

En relación a los vínculos entre el Virreinato del Río de la Plata y el Brasil en el período colonial es posible v. p. ej. MARTIRÉ, Eduardo, “Una historia de la integración económica argentino-brasileña”, en “Revista de Derecho del Mercosur”, año 1, N° 1, págs. 7 y ss.

¹² Puede v. RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto (comp.), “Mercosur-Unión Europea”, Asunción, Intercontinental ECSA-AI, 2001. Cabe c. asimismo RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, “Mercosur, Integración y Derecho”, Bs. As., Ciudad Argentina - Intercontinental, 1998; DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado”, Bs. As., Zavalía, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Angel (coord.), “Del Mercosur - Aduana - Jurisdicción - Informática - Relaciones Intercomunitarias”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1996; LATUCA, Ada - CIURO CALDANI, Miguel Angel (coord.), “Economía Globalizada Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998; STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofelia (coord.), “El Mercosur en el siglo XXI”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998; DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (sist.), “Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional. Fuentes Convencionales”, Bs. As., Zavalía, 1996; Protocolos y Acuerdos Internacionales entre los Estados Partes del Mercosur, www.mercosur.org.uy/espanol/sn/or/normativa/acuerdosinternacionalesestadospartes.htm (27-7-2002).

¹³ Puede c. Organization of American States, <http://www.oas.org/> (28-7-2002).

la economía norteamericana, es un proyecto difícil de asumir no sólo por el sector “ibérico tradicional” sino por el propio sector “anglofrancesado”. Si bien en el ámbito mercosureño existen importantes asimetrías, éstas son mucho más grandes en el ALCA¹⁴.

En un país con escaso desarrollo industrial hoy en grave crisis, como la Argentina, el comercialismo del ALCA puede resultar la sujeción a un poder hegemónico de enormes y graves ambiciones. El problema central de nuestra zona incluye necesariamente la *producción*. No sin razón se pasó oportunamente, aunque en ambos casos sin el éxito deseado, de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)¹⁵ a la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)¹⁶.

Hasta la venida de los españoles y los portugueses las tierras sudamericanas del Mercosur fueron ocupadas en parte significativa por una misma familia lingüística, la *unidad “tupí-guaraní”*¹⁷. Nuestras fronteras obedecen a tensiones europeas que no son las de nuestras propias vidas. La división de la península ibérica es, a nuestro parecer, una herida que puede curarse en el Mercosur.

El proceso de globalización/marginación, plasmado en gran medida en la Organización Mundial del Comercio, parece inevitable, en parte por los alcances de las fuerzas y las relaciones de producción, pero opinamos que ha de ser encarado con miras a la “*universalización*” que preserva las individualidades de los distintos pueblos y, para lograrla, es tal vez imprescindible el Mercosur¹⁸.

La integración mercosureña favorece la *recomposición interna* de los países de la región, superando la concentración en las grandes ciudades y, en el caso de la Argentina, en la portuaria Buenos Aires. Para gran parte del territorio argentino, la integración del Sur es un camino para encontrar nuevas comunicaciones con el mar.

El desarrollo del mundo presente requiere para países con las aspiraciones de los nuestros un importante *desarrollo económico*, pero si bien se ha de lograr ese despliegue también es necesaria la integración con los *otros aspectos de la vida*. Incluso los dos cursos se alimentan recíprocamente.

El español y el portugués, tal vez un día confluyentes en el “*portoñol*”, constituyen la

¹⁴ Cabe c. nuestro artículo “Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 8, pág. 27 y ss.

¹⁵ V. el Tratado de Montevideo de 1960 por ej. en <http://www.aladi.org/NSFALADI/SITIO.NSF/VSITIOWEB/ALALCTRATADO> (27-7-2002).

¹⁶ V. el Tratado de Montevideo de 1980 por ej. en <http://www.aladi.org/NSFALADI/SITIO.NSF/INICIO> y en general <http://www.aladi.org/> (27-7-2002).

¹⁷ Es posible v. nuestro artículo “Tres reflexiones filosófico históricas sobre la vida de los guaraníes”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 4, pág. 63 y ss.

¹⁸ Acerca de la globalización/marginación pueden v. por ej. nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 24, pág. 41/56; también v. gr. FERRER, Aldo, “Historia de la Globalización. Orígenes del orden económico mundial”, 3^a reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1998; “Historia de la Globalización II. La

manera más honda de expresión que tienen nuestros países¹⁹. Como lo señaló la escuela histórica, la lengua y el Derecho son manifestaciones profundas de los pueblos²⁰. Cuidando de no caer en soluciones “chauvinistas”, cabe afirmar que una lengua y una cultura comunes resultan de cierto modo particularmente relevantes para que haya una valiosa economía común. Algun día, el Mercosur debería ser base para la *confederación* de los Estados Unidos del Sur.

Sin marginar que muchas de las afirmaciones históricas hegelianas resultan en la actualidad muy discutibles, cabe recordar que el propio filósofo de la historia decía que América es el país del porvenir y en tiempos futuros se mostraría su importancia histórica, acaso en la lucha entre América del Norte y América del Sur²¹.

A diferencia de las necesidades de nuestra zona, el ALCA se encaminaría al fin sólo a afirmar los poderes comerciales existentes, incluso con la adopción de una lengua poderosa que nos es ajena. La división económica y política de nuestra región, que es un instrumento para su dominación, quedaría al menos intacta²².

Estimamos valioso estar presentes en la negociación y eventualmente en el desenvolvimiento del ALCA, pero en tanto eso favorezca los propósitos últimos del Mercosur²³.

Podría decirse que se debe alcanzar cierta “*simplicidad pura*” de la economía, pero también es necesaria la “*complejidad pura*” de ésta en el conjunto de la cultura²⁴. El Mercosur puede llevar a dicha “*complejidad pura*”, el economicismo del ALCA no.

Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial”, México, Fondo de Cultura Económica, 2000; “Travesías”, año I, Nº 1, pág. 11 y ss.; “Archives de philosophie du droit”, t. 45, “L’americanisation du droit”. Cabe c. v. gr. eldial.com. Córdoba, La mundialización financiera, Efraín Hugo Richard, <http://www.eldial.com.ar/nuevodial/edicion/cordoba/doctrina.asp> (7-3-2002). Cabe c. JAYME, Erik, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, en “Recueil ...” cit., t. 282, pág. 9 y ss. V. asimismo, por ej., en la página de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el informe sobre Globalización y desarrollo <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/6/10026/P10026.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl> (27-7-2002).

¹⁹ Con miras a la aproximación lingüística en la región puede v. por ej. Universo Portunol, <http://www.matrix.com.br/barra/barramatrix.inc?url=http://www.portunol.matrix.com.br/index.html> (28-7-2002); Portuñol = portugués + español, <http://www.mk.ecei.tohoku.ac.jp/~osino/lenguas/portunhol.html> (28-7-2002).

²⁰ SAVIGNY, F. de, “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho”, trad. Adolfo G. Posada, Bs. As., Atalaya, 1946, pág. 43.

²¹ HEGEL, op. cit., pág. 177.

²² En cuanto a los problemas de las economías pequeñas, v. por ej. la exposición de José Antonio Ocampo, Secretario Ejecutivo de la CEPAL, en <http://www.eclac.cl/noticias/noticias/6/10186/discursoJAOCayman140502-rev.pdf> (27-7-2002).

²³ Es posible v. por ej. diversos planteos relacionados con la estrategia de la negociación Estados Unidos de América, Mercosur y ALCA en “Temas del Mercosur”, Nº 4, pág. 79 y ss.

²⁴ En cuanto a la “*complejidad impura*”, la “*simplicidad pura*” y la “*complejidad pura*” puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. XVII/XVIII; también es posible c. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, traducciones Gianluca Bocchi - María Maddalena Rocci, 10^a ed., Milán, Feltrinelli, 1997.

III. Características generales del Derecho Internacional Privado para la integración del Mercosur

5. Según señalamos, todo el Derecho Internacional Privado, en su *parte general* y en su *parte especial*, puede pensarse de diversas maneras según los distintos modelos de integración que se pretendan realizar. Hay modos de resolver nuestra materia especialmente necesarios para la integración del Mercosur.

6. La complejidad del proceso integrador mercosureño requiere que se considere *objeto* de su Derecho Internacional Privado a la diversidad del Derecho de *fondo*, conflictual y material, la perspectiva *jurisdiccional* y la *transposición procesal*, con su importante aspecto de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos²⁵. La complejidad de los propósitos reclama una complejidad de perspectivas jusprivatistas internacionales.

La aspiración de aproximación profunda del Mercosur requiere que se consideren no sólo las vías de *armonización* e incluso *unificación* de lo conflictual, enfoque éste que predomina en la “internacionalidad” de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, sino despliegues de armonización y “*unificación*” del Derecho Interno, principalmente en ciertas áreas patrimoniales. Cabe reconocer que por el momento las diferencias entre los desarrollos jusprivatistas patrimoniales de los países mercosureños, quizás en especial entre Brasil y la Argentina, son importantes. No obstante, a medida que avanza un proceso de integración han de progresar las normas *materiales* armonizadas o unificadas.

De cierto modo, el desarrollo de la integración requerirá que el Derecho Internacional Privado se adecue a ciertas ideas básicas, quizás “*principios*”, no sólo emergentes de los Derechos de los países integrados sino incrementados por la integración o tal vez propios de ésta, como serían los de eficacia de las decisiones y de relativa “*fungibilidad*” de los Derechos regionales²⁶.

7. En la perspectiva de las fuentes *formales* y su *jerarquización*, el desarrollo del Derecho Internacional Privado de la integración mercosureña reclama que los tratados internacionales tengan un nivel elevado, semejante al que les asigna la Argentina, distinto sobre todo del que todavía les adjudica Brasil.

Aunque pueden utilizarse tratados de “internacionalidad”, como los de Montevideo de

1889 y 1940 o la CIDIP y urge evitar una “*inflación normativa*”, como la que de cierto modo se ha producido sin contar con la base económica necesaria, parece necesario que al fin se elaboren *normas propias* de la integración.

8. En cuanto a los problemas generales, la aproximación entre países necesaria en un proceso de integración como el del Mercosur conduce a que, en cuanto a jurisdicción y transposición procesal, se brinde especial atención a la *inexistencia de litispendencia* y de *cosa juzgada*, pero debilita la necesidad de rechazar el “*fraude*” jurisdiccional. Requiere con particular intensidad que se atienda a la *no denegación de justicia* y se considere que el foro sea *conveniente*.

Las afinidades culturales del proceso de integración mercosureño amplían las posibilidades de reducir las tensiones de los problemas de las *calificaciones*, el *fraude a la ley* y el *orden público*. En tanto la aproximación sureña hace que dichas cuestiones se atenúen de manera normal por las afinidades entre las culturas relacionadas, la comercialización del proceso continental puede llevar a sendas de disolución, con especial detrimento de las posiciones de los países del Sur.

9. Una integración amplia y profunda, como ha de ser la mercosureña, debe pensar todos los *tipos legales* jusprivatistas internacionales y sus *soluciones*, no sólo los referidos al comercio.

En cuanto a los *puntos de conexión conductistas*, la posibilidad integradora de la *autonomía de las partes* respecto a leyes y a sujeción jurisdiccional, que se tornan intercambiables dentro del marco integrado, e incluso la autonomía material pueden tener muy diversos significados si se trata del Mercosur, donde son viables afinidades relevantes e incluso pueden concretarse políticas de apoyo a los sectores más débiles, que si se desenvuelven en el ALCA, espacio en el cual las enormes asimetrías abren camino a graves consecuencias difícilmente equilibrables.

Aunque la cuestión es discutible, pensamos que pese a la limitada capacidad negociadora de nuestras “*pymes*” y de muchas empresas del interior puede ser aconsejable mantener y desarrollar la autonomía de las partes siempre que se logre *compensar* el desequilibrio con medidas de asistencia nacionales²⁷. Sin desconocer los obstáculos, creemos que una autonomía mercosureña, compensada por la decisión política integradora profunda, es muy diversa que la autonomía en el ALCA. Vale tener en cuenta que la autonomía de las partes

²⁵ Cabe tener en cuenta nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

²⁶ V. RUIZ DIAZ LABRANO, op. cit., pág. 121; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 3^a ed., Madrid, Trivium, 1997, págs. 503/4.

²⁷ Es posible v. nuestro artículo, en colaboración con Alfredo M. SOTO, Jorge STAHLI, Norberto RODRIGUEZ, Walter BIRCHMEYER, Andrea A. STRAZIUSO y Felipe Juan AMORMINO, “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”, en “Investigación...” cit., N° 31, págs. 59 y ss.; también cabe c. v.gr., OLIVERA, Noemí Luján, “Actuación mercantil de las pymes en el Mercosur”, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, año 29, págs. 467 y ss.

en las negociaciones del Estado es una de las causas jurídicas de la dependencia económica en que se encuentra nuestro país en el marco financiero internacional, cuyas consecuencias vienen resultando tan perniciosas para el Mercosur.

En cuanto a los puntos de conexión *personales*, es aconsejable el mantenimiento de las referencias *domiciliarias* o de residencia habitual, excluyendo el sentido diferenciador de la nacionalidad.

La movilidad de las situaciones en la integración hace necesario un adecuado sistema de solución del *cambio de estatutos*.

10. El proceso de integración requiere, con intensidades diversas, que se adecuen las *soluciones contractuales* e incluso *societarias* y que los procesos “universales”, como la *sucesión* y el *concurso*, atiendan a las características propias de la universalidad, evitando los fraccionamientos nacionalistas.

Un despliegue de gran interés en la integración mercosureña es la común cultura del trabajo, la ciencia y la técnica, por ejemplo, a través de un ordenado pasaje a la libre circulación del *ejercicio profesional*.

11. Un Derecho Internacional Privado para una integración honda ha de acentuar la *imitación de oficio* del Derecho de los otros países integrados y debe afirmar la *transposición procesal*, sea como cooperación judicial internacional o reconocimiento y ejecución de pronunciamientos de los otros ámbitos de la integración. Una práctica interesante puede ser el cumplimiento de diligencias procesales *a distancia*. Las diferencias procesales entre extranjeros y nacionales deben desaparecer, por ejemplo, mediante la exclusión del arraigo.

Es también importante que se continúe el afianzamiento de los órganos de *solución de controversias* del proceso integrador²⁸.

12. Según la experiencia europea, de éxitos diversos, y la lógica del mercado, la *estrategia mercosureña* debería comenzar por intervenir en las áreas procesales y de la contratación²⁹.

²⁸ Es posible v. nuestra “Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

²⁹ Puede v. nuestro artículo “Estrategia jusprivatista internacional en el Mercosur”, en “Investigación ...” cit., Nº 27, págs. 62 y ss

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL DIÁLOGO INTERCULTURAL COMO INICIATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA*

JORGE STÄHLI^(**)

Marco general

Las relaciones exteriores de la Unión Europea contemplan como uno de sus ejes principales la cooperación con los países del Mediterráneo, con los que se ha propuesto llegar a un área de libre comercio hacia el 2010¹.

Desde ese espacio la Unión Europea se propuso una iniciativa ambiciosa: el “diálogo intercultural”. Con ella está buscando reforzar un aspecto hasta el momento no considerado central en sus relaciones con el sector del Mediterráneo².

La iniciativa tiene un soporte de acciones económicas orientadas a la cooperación y la promoción de proyectos conjuntos (partenariado), pero evidencia la comprensión de la relevancia que tiene el factor cultural para el éxito de un proceso integrador. Evidentemente la propuesta lanzada en esta ocasión se distingue de la cooperación cultural tradicionalmente impulsada desde la Unión Europea (de la que el Módulo Jean Monnet es un ejemplo).

Dos situaciones de partida motivan la preocupación: a) la profunda diversidad cultural existente entre los integrantes de la zona; y, b) la escala de violencia internacional, en particular los atentados del 11 de Septiembre del año próximo pasado.

Las reflexiones volcadas en los encuentros sobre el diálogo intercultural se orientan al reconocimiento de las particularidades de cada cultura, el respeto a las diferencias y la búsqueda de denominadores comunes.

* El presente trabajo fue elaborado con motivo de la “Mesa Redonda sobre el Diálogo Intercultural” organizado por el Módulo Jean Monnet (Comisión Europea Acción Jean Monnet - Universidad Nacional de Rosario) dirigido por el Prof. Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, el 7 de junio de 2002 en el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ La iniciativa tuvo un desarrollo discontinuo desde la “Declaración de Barcelona” surgida del seno de la Conferencia Euro-Mediterránea de noviembre de 1975 hasta el Encuentro de Ministro de Relaciones Exteriores del área del pasado 22 y 23 de Abril del corriente año.

² Especialmente valioso para la comprensión de sus alcances resulta el “Symposium on Intercultural Dialogue” organizado por la Dirección General de Educación y Cultura de la Comisión Europea en Bruselas los días 21 y 22 de Marzo.

Se trata de un análisis de las culturas que pretende escapar al discurso uniforme de lo que llaman “la versión estadounidense de la globalización”. El diálogo busca así constituirse en la propuesta superadora de la tensión generada entre aquella visión “simplificada” del mundo y la afirmación de las particularidades que surge como reacción.

Respecto del Derecho de la Integración

En caso de avanzar la línea propuesta, aún cuando se limitase al espacio mediterráneo, es razonable esperar algún impacto en el Derecho de la Integración, tanto en sus aspectos técnicos como en el horizonte de sus alcances más profundos.

El “diálogo intercultural” nos aproxima a una actitud de reflexión sobre la cultura de los pueblos que acompañan el proceso integrador, en términos más ricos que el concepto tradicional de “socio”. Ello así más allá de la orientación que en definitiva se le imprima a la iniciativa en sus cursos de acción más concretos, e incluso de las dudas que puedan plantearse respecto del significado último del diálogo entre dos culturas.

Al Derecho de la Integración le exigirá sin dudas un aporte en relación con el “instrumental” del diálogo intercultural, multiplicando los actores de la integración y sus instancias de encuentro. Ello dará lugar a la aparición de nuevos productos de las normas del ordenamiento comunitario, que den el marco normativo apropiado para su desarrollo.

Según parece, el diálogo requeriría algo más de que lo que los gobiernos y los grupos económicos dominantes pueden otorgarle. Muy probablemente, en el caso de la Unión Europea ello lleve a desarrollar el esquema de “multi level governance” a esferas extra regionales como una respuesta concreta a la necesidad de “escuchar” otras voces.

A su vez, quizás como efecto secundario, seguramente potenciará el rol de la cooperación cultural en los procesos integradores.

En otro sentido, el reconocimiento de las diferencias y el diálogo entre las culturas posiblemente traiga consigo la exigencia de reforzar -o al menos replantear- su relación con el Derecho Internacional Privado.

Possible impacto sobre la política de la UE

Son muchas las opiniones vertidas en el marco de los encuentros organizados por la Comisión Europea y en especial por la Acción Jean Monnet, que resaltan la importancia potencial de la iniciativa como herramienta de la política exterior de la Unión³.

³ p.v. “Globalisation and Solidarity: Europe’s new duty in intercultural dialogue”, Bekemans, Léonce; en el marco del “Symposium on Intercultural Dialogue” citado (respecto del cual es de destacar la participación activa del

En efecto, la Unión Europea encuentra en el diálogo intercultural un espacio para ocupar, un rol para desempeñar en la escena mundial. El diálogo tiene potenciales interlocutores en todo el mundo, identificables al hilo de criterios bien dispares como su diversidad en el plano cultural o en su nivel de desarrollo económico⁴.

Desde allí reclama la democratización de las instituciones internacionales, diferenciándose de su actual “propietario”, como principio de acción y con la legítima pretensión de obtener adherentes.

En un punto de vista más inmediato, la propuesta lanzada contribuirá a reducir las tensiones posibles con Oriente Medio, disminuyendo para Europa el riesgo potencial de convertirse en un escenario de la escalada de violencia.

En relación al Mercosur

La diferencia de culturas en el Mediterráneo no es la del Mercosur, donde comparativamente existen mayores distancias en los planos internos que entre los Estados.

Con independencia de la iniciativa europea, el tema en sí mismo desafía un Mercosur que ha evidenciado la misma dificultad de diálogo, en tanto actitud, tanto en las negociaciones como en el cumplimiento efectivo de los acuerdos. En otro sentido, en razón de las disparidades internas antes apuntadas, la interculturalidad podría llevarnos a valorar una consideración regional del espacio, hoy reservada al tratamiento de cada uno de los Estados Nacionales.

El Mercosur enfrenta hoy la presión de la Iniciativa para las Américas, que seguramente se acentuará en los próximos meses a raíz de los avances del Ejecutivo estadounidense en su Congreso y la crisis económica que afecta el Cono Sur. La riqueza del planteo del diálogo intercultural en la Unión Europea contrasta con la discusión que suele darse en nuestro país entre Mercosur y Nafta, presentados como opciones excluyentes.

Directamente vinculado al grado de avance que la iniciativa tenga en la Unión Europea y del papel que en definitiva desempeñe en su política exterior, el diálogo intercultural podría representar una oportunidad para el bloque, así como para los países, las regiones y las organizaciones independientes dentro del escenario mundial que se plantea la Unión.

En cualquier caso, el desarrollo del diálogo propuesto y el consecuente comportamiento de sus actores constituirá sin dudas una pantalla para mirar un estilo diferente de resolución de tensiones como las representadas por los binomios “global/local”; “utilidad/justicia” e “integración económica/identidad cultural”.

Presidente de la Comisión Europea y del Presidente del Parlamento Europeo).

⁴ Si bien el espacio territorial al cual se dirige la propuesta está delimitado por el Mediterráneo, algunas intervenciones refieren de modo genérico a los países en vías de desarrollo o incluyen a América Latina.

NOTICIA

NOTICIA

MODULO JEAN MONNET

Por convenio de la Comisión Europea con la Universidad Nacional de Rosario se ha constituido en nuestra Facultad un Módulo Jean Monnet.

La Acción Jean Monnet de la Comisión Europea contribuye mediante co-financiaciones a la puesta en marcha por las Universidades de Cátedras, Cursos Permanentes y Módulos en Derecho Comunitario, Economía Europea, Estudios Políticos de la Construcción Europea e Historia de la Integración Europea. Asimismo sostiene la creación de Polos Universitarios Jean Monnet.

Es responsable de este Módulo el doctor Miguel Angel Ciuro Caldani y colaboran en la realización de las tareas respectivas los doctores Ada Lattuca, Jorge Stähli, Walter Birchmeyer y Felipe Amormino. El Módulo viene organizando cursos de grado y de posgrado referidos al Derecho de la Integración y específicamente el Derecho Comunitario y en su marco ha tenido lugar un Panel sobre Diálogo Intercultural.

Más información sobre la Acción Jean Monnet puede obtenerse en http://europa.eu.int/comm/education/ajm/index_fr.html .

Este libro se terminó de imprimir en octubre de 2002
en Acquatint Evolución Gráfica
Alem 2254 - S2000FML Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: info@acquatint.com