



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

**CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL**

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

Nº 38



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

enero / diciembre 2005



Registro de la Propiedad Intelectual Registro N° 305618, Formulario N° 08253

Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas

San Lorenzo 1155, 8° “A”, Rosario (Código Postal 2000), Argentina

CUIT 30-68913973-2

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Córdoba 2020, 2000 Rosario - Argentina

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

Director responsable: Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani

Tirada: 100 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Dr. CP Ricardo Suárez

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ricardo I. Silberstein

Vicedecano: Dr. Carlos Hernandez

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

Daniel Erbetta
Ernesto Granados
Alfredo Althaus
Mario Chaumet
María Cristina Vélez
José María Lombardero
Miriam Pasquinnelli
Jorge Stähli
Martha Andrada
Daniel Bóccoli

Consejero No Docente

Ricardo Torrano

Consejeros Estudiantiles

Cristian Orbe
Lucas Giandoménico
Julieta Calógero
Malena Corvalán
Mauricio Malano
Gastón Garetto
Ignacio Baldarenas
Leticia Faccendini

Consejero Graduado

Edgardo D'Agostino

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL

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

Subdirectora: Dra. María Isolina Dabove (Investigadora de la UNR)

Secretario Técnico: Dr. Walter Birchmeyer (Docente de la Facultad)

Docente adscripta: Dra. Érika Nawojczyk

Árbitros científicos ad-honorem

Dr. Roberto H. Brebbia

Dra. Noemí L. Nicolau

Dra. Alicia M. Perugini

Dr. Nelson Saldanha

Dr. Jean-Marc Trigeaud

INDICE

DOCTRINA

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica 9

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

Aportes desde la teoría de las respuestas jurídicas y vitales al Derecho de la Educación 51

LAPENTA, Eduardo - GIOSA, Laura

El Derecho de la Universidad. Crisis y reconocimiento de las ramas jurídicas..... 57

MASCITTI, Matías

Aporte trialista para la integración de la axiología dikelógica y la Literatura 69

PEZZETTA, Silvina

La mediación y el imperio del positivismo-dogmático en las carreras de Abogacía..... 105

RAVIOLI, Ana

La familia monoparental como manifestación de la postmodernidad 121

TEMAS EN DEBATE

ZABALZA, Guillermina - SCHIRO, María Victoria

La maternidad subrogada y la mediatización del ser humano 141**NOTICIAS**

ALVAREZ, Gonzalo

Área y Curso de Derecho de la Educación 153

BIRCHMEYER, Walter

Tareas del Grupo de Enseñanza Personalizada 157

MEROI, Andrea - SALMÉN, Gabriel

Seminario sobre Teoría de la Decisión 159**RESEÑAS**

BIRCHMEYER, Walter

*ALTERINI, Atilio – NICOLAU, Noemí (Directores),
 HERNÁNDEZ, Carlos (Coordinador), “El Derecho Privado ante
 la internacionalidad, la integración y la globalización
 (Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani)”* 171

DOCTRINA

APORTES A LA CULTUROLOGÍA JURÍDICA. LOS HITOS Y LOS PARADIGMAS DE LA CULTURA JURÍDICA

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI (*)

A. Ideas básicas

1. La Culturología Jurídica

1. Sin entrar a sostener que la *cultura* sea una dimensión de lo humano totalmente distinta de la naturaleza, creemos que sí es una perspectiva de lo humano cuya consideración resulta relevante¹. Como hemos de reiterar más adelante, y sin desconocer que a nuestro entender para el hombre todos los objetos tienen sentido, entendemos que son sujetos u objetos culturales los que, con particular intensidad, tienen un *sustrato* y un *sentido*².

Sin ocuparnos de cómo debe ser la cultura, creemos que resulta esclarecedor plantear cómo *es* la cultura. Es cierto que la propia noción de cultura resulta compleja y discutible, pero entendemos que su “construcción” es difícil como lo es al fin, en diversos grados, la de

(*) Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador del CONICET.

- 1 Es posible v. FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, 5ª. ed., Bs. As., Sudamericana, t. I, 1965, págs. 390 y ss. Cabe recordar RICKERT, H., “Ciencia cultural y ciencia natural”, trad. Manuel G. Morente, Madrid, Calpe, 1922. Entendemos por “cultura” el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, (religioso, educativo, jurídico, etc.) en una época o grupo social (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 21ª. ed., Madrid, t. I, 1992, pág. 624, adaptación de la acepción 4; <http://www.rae.es/> (8-1-2006, acepción 3). También es posible v. por ej. DILTHEY, “Teoría de la concepción del mundo”, en “Obras de Wilhelm Dilthey”, trad. Eugenio Imaz, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1954; SCHELER, Max, “El puesto del hombre en el cosmos”, trad. José Gaos, 9ª. ed., Bs. As., Losada, 1971; REALE, Miguel, “Filosofia do Direito”, 5ª. ed., San Pablo, Saraiva, t. I, 1969, págs. 197 y ss.; “Teoria tridimensional do direito”, 4ª. ed., San Pablo, Saraiva, 1986, págs. 79 y ss.; Professor Miguel Reale, <http://www.miguelreale.com.br/>, 22-1-2006; numerosos trabajos de José Ortega y Gasset, v. por ej. Bibliografía de Ortega y Gasset, <http://www.ensayistas.org/filosofos/spain/ortega/biblio-de.htm>, 22-1-2006; CASSIRER, Ernst, “Las ciencias de la cultura”, trad. Wenceslao Roces, México. Fondo de Cultura Económica, 1951; Aspectos y problemas de la identidad cultural ..., Dr. Jaime Rodríguez Alba, “Notas Sociológicas”, N°3, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan, <http://www.geocities.com/Eureka/Mine/7903/antropo1.html>, 20-1-2006.

No entramos a sostener ni el subjetivismo ni el objetivismo, creemos que vale pensar en la “construcción del pensamiento” (en relación con el tema puede v. por ej. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas”, Bs. As., Colihue, 2004).

- 2 COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, págs. 54 y ss.

todos los conceptos que utilizamos.

Consideramos que el estudio de cómo es la cultura corresponde a una *disciplina científica* que es adecuado llamar *Culturología*³. A ella le corresponde estudiar desde el punto de vista descriptivo los sujetos y objetos culturales en general y, de cierto modo especial, v. gr., las relaciones que guardan fenómenos como el Arte, la Filosofía, la Ciencia, el Derecho, la Educación, la Religión, etc. Estimamos que, pese a su cercanía y posibles puntos comunes con otras disciplinas como la Sociología de la Cultura y la Filosofía de la Cultura, la disciplina que hemos referido debe ser estudiada de manera diferenciada porque en ella no se trata de considerar a la cultura como un fenómeno de la sociedad ni como un objeto del quehacer filosófico.

La relación con la Filosofía de la Cultura ha resultado especialmente difícil, porque a menudo este enfoque ha pretendido absorber el despliegue científico, pero estimamos que el punto de vista en que nos ubicamos es particularmente esclarecedor. De cierto modo, se trata

- 3 En relación con la disciplina y la *complejidad de las perspectivas* con es que encarada pueden v. por ej. REALE, obras citadas; Culturologia, Giuseppe Ghini, <http://www.uniurb.it/lingue/matdid/ghini/2005-06/Culturologia.doc>, 21-1-2006; WHITE, Leslie A., "La ciencia de la cultura", trad. Gerardo Steenks, Barcelona, Paidós, 1964; Culturologia & Educazione, <http://www.cultureducazione.it/culturologia.htm>, 18-1-2005; Universidad Pedagógica Estatal de Moscú, <http://www.mpgu.ru/es/12es.shtml>, 18-1-2006; SCHERRER, Jutta, "Kulturologie. Russland auf der Suche nach einer zivilisatorischen Identität", Gotinga, Wallstein, 2003; Wallstein Verlag, <http://www.wallstein-verlag.de/3892444749.html>, 18-1-2006; Recherches franco-russes en sciences sociales et humaines, Lettre du centre franco-rousse de sciences sociales et humaines de Moscou N°17, janvier 2003, intervention de J. Scherrer, http://www.obsmoscou.net/lettres/Lettre_17.doc, 21-1-2006; La République des Idées, Archives de la vie des idées, Novembre/décembre 2003, Olivier Remaud, Russie: La «culturologie», nouvelle science des civilisations?, http://www.repid.com/article.php3?id_article=135, 21-1-2006; Sage Publications, Diogenes, vol. 51, N° 4, págs. 21 y ss., The Discipline of Culturology, Marlene Larouelle, <http://dio.sagepub.com/cgi/content/abstract/51/4/21>, 18-1-2006; Mikhail Epstein, Culture - Culturology - Transculture, <http://www.emory.edu/INTELNET/af.culturology.html>, 18-1-2006; eSamizdat, <http://www.esamizdat.it/temi/epshtejn2.htm>, 18-1-2006; Centro Ruso de Ciencia y Cultura, Enseñanza superior en Rusia, Becas de Estudio 2005 en Centros Universitarios de Rusia financiadas por el presupuesto federal de la Federación Rusa, <http://www.centroculturalruso.org.pe/obrazovE.htm>, 21-1-2006; Amazon.co.uk, Culturologia e fenomenologia degli stili, <http://www.amazon.co.uk/exec/obidos/ASIN/B0000D5XJ6/202-9447350-4093408>, 18-1-2006; Verein für Kulturwissenschaften und Kulturanalyse, <http://www.kulturwissenschaft.at/>, 20-1-2006; Eberhardt Karls Universität Tübingen, Ludwig-Uhland-Institut für Empirische Kulturwissenschaft, <http://www.uni-tuebingen.de/kultur/>, 20-1-2006; Paginadigital, Cultura y medioambiente, Fernando Silva Santisteban, <http://www.paginadigital.com.ar/articulos/2005/2005prim/educacion4/cultura-medioambiente-060505.asp>, 19-1-2006; Diálogos, La insignia, Naturaleza y cultura, Fernando Silva Santisteban, http://www.lainsignia.org/2005/mayo/dial_004.htm, 18-1-2006; en general Cultural Studies Central, <http://www.culturalstudies.net/>, 17-1-2006; Proyecto Filosofía en Español, Gustavo Bueno, El mito de la cultura, Bibliografía, <http://www.filosofia.org/gru/sym/syms002.htm>, 18-1-2006; DAWKINS, Richard, "El gen egoísta", trad. Juana Robles Suárez y José Tola Alonso, Barcelona, Salvat, 2000; ¿Qué son los memes?, Jordi Cortés Morató, <http://www.sindominio.net/biblioweb/memetica/memes.html>, 18-1-2006; Antropología Filosófica, El meme egoísta, una simple gran idea, Jorge Wagensberg, <http://filoantropologia.webcindario.com/noticias6.htm>, 18-1-2006; Glosario de Carlos von der Becke, <http://club.telepolis.com/ohcop/memetica.html>, 18-1-2006; Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al Derecho, Ernesto Grün, http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero8/2-8_ficha.htm, 18-1-2006.

de una “metacultura” desarrollada con propósito descriptivo, no prescriptivo.

Uno de los enfoques de la Culturología ha de ser, a nuestro entender, la *Culturología Jurídica*, que estudia científicamente al Derecho en su despliegue cultural. Como consecuencia de lo ya expuesto, aquí -vale reiterarlo- no se trata de decir cómo debe ser la Cultura del Derecho, sino de exponer cómo ella *es*.

El despliegue de la Culturología Jurídica lleva a considerar los sujetos y los objetos culturales en general como elementos jurídicos y los elementos jurídicos como sujetos y objetos culturales. En el primer enfoque están los sentidos jurídicos de los *hitos* y los *paradigmas* culturales, de que aquí nos ocupamos de manera principal. En el segundo es relevante considerar el significado cultural que poseen las diversas *construcciones del objeto* de la ciencia jurídica y de sus temas específicos, incluyendo sus distintas ramas.

Los planteos referidos acercan a la Culturología Jurídica con la Epistemología Jurídica⁴ e incluso pueden otorgarle áreas compartidas, pero la Epistemología Jurídica se refiere a la ciencia del Derecho y la Culturología Jurídica se ocupa de todo el fenómeno de lo jurídico como objeto y como ciencia.

La Culturología Jurídica tiene perspectivas más *abstractas* y *concretas*. Respecto de estas últimas puede utilizarse el nombre *Culturografía Jurídica*. La Culturografía Jurídica contribuye a mostrar la importancia de la Culturología Jurídica general. Los desarrollos que efectuaremos acerca de los paradigmas anglofrancés e hispánico tradicional de la cultura jurídica argentina son despliegues de Culturografía Jurídica.

La Culturología Jurídica se vincula con el *Derecho de la Cultura*⁵. Sin embargo, éste es una despliegue general de la constitución del Derecho Positivo y la Culturología Jurídica es una ciencia que estudia el Derecho como fenómeno cultural. A su vez, la teoría que considera el complejo de las ramas jurídicas es la perspectiva “*abarcativa*” de la *Teoría General del Derecho*, distinta del enfoque que se refiere a lo “general” común al Derecho y por su parte diversa del Derecho de la Cultura y la Culturología Jurídica⁶.

La Culturología Jurídica permite un despliegue histórico y otro comparativo que constituyen la *Historia de la Cultura Jurídica* y la *Cultura Jurídica Comparada*. Las referencias al tiempo y el espacio aportan asimismo al *Derecho Intertemporal* y al *Derecho*

4 Por otra parte, cabe considerar la relación de la Epistemología con la Hermenéutica (c. por ej. SALDANHA, Nelson, “Filosofía: temas e percursos”, Río de Janeiro, UAPÊ, 2004, págs. 84 y ss.)

5 A diferencia de las ramas jurídicas tradicionales (Derecho Constitucional, Administrativo, Civil, Comercial, etc.) y de las nuevas que las enriquecen de modo “transversal” (Derecho de la Salud, Bioderecho, Derecho de la Ciencia y la Tecnología, Derecho del Arte, Derecho de la Educación, etc.) el Derecho de la Cultura tiene características análogas a ellas, es también una pretensión de orientar la vida, pero considerando a ésta en su conjunto.

6 Es posible v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 33/76; cabe c. asimismo, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

Internacional. Los paradigmas que estudia la Culturología Jurídica son bases de gran relieve para estos cuatro despliegues del tiempo y el espacio.

A través de la Culturología Jurídica el Derecho puede reconocer lazos con el Arte, la Religión, la Ciencia, la Educación, la Medicina, etc. Sin desconocer las orientaciones a veces de carácter ya filosófico, creemos que planteos como los de Hegel⁷, Marx⁸, Reale, etc. y los que venimos realizando, en el marco de nuestras posibilidades, en el estudio de las Bases Culturales del Derecho argentino⁹, ilustran sobre la Culturología Jurídica y sus vinculaciones.

Sin ignorar los *peligros* que puede traer aparejado y a menudo trae el “encandilamiento” cultural y los *debates* generales acerca de la Culturología, creemos que la Culturología en general y la Culturología Jurídica en especial no han recibido toda la *atención que merecen*, sea por encontrarnos en el mundo en tiempos de un *cambio de era de la historia* y de múltiples fenómenos de *multiculturalismo y plurijuridismo*¹⁰, sea por ser nuestro propio país un marco *multicultural*¹¹.

- 7 HEGEL, G. W. F., “Fenomenología del Espíritu”, trad. Wenceslao Roces, México-Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 1966; “Filosofía del Derecho. Introducción de Carlos Marx”, trad. Angélica Mendoza de Montero-Francisco Messineo, 3ª. ed., Bs. As., Claridad, 1944.
- 8 Es importante v. Marxists Internet Archive, Sección en Español, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/> (17-1-2006).
B. Jasinowski sostuvo que hay un despliegue diacrónico entre el Arte, la Filosofía y la Ciencia como lo muestra su sucesión en la cultura griega (el arte griego tuvo su expresión máxima en el siglo V a. JC., la Filosofía lo tuvo en el siglo IV a. JC. y la Ciencia lo alcanzó en el siglo III a. JC.) (es posible v. FERRATER MORA, op. cit., t. I, pág. 391).
- 9 Cabe c. nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, págs. 113/126; “Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 12, págs. 29 y ss.; “Bases culturales de la relación de la Unión Europea en el mundo actual, con especial referencia al Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 14, págs. 23/33; “Bases culturales de la ampliación de la Unión Europea y de la relación de la Unión Europea con América Latina”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 27, págs. 101/112.
- 10 Es posible v. nuestro artículo “Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 9/14; podrá v. nuestro estudio “Contribution de la Théorie Générale des Réponses Juridiques au Plurijuridisme”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 28, págs. 11/20. Cabe c. asimismo Hechos de la justicia, Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual, Noemí Lidia Nicolau, <http://hechosdelajusticia.org/sexta/PLURIJURIDISMO.pdf>, 21-1-2006. En cuanto a las tensiones entre esos temas, cabe c. por ej. ELOSEGUI, María, “Ein votum für den Interkulturalismus gegen den Multikulturalismus”, en “Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie”, vol. 67, fasc. 2, págs. 168 y ss.
- 11 En relación con los debates de Política Cultural, tema distinto del que tratamos en el estudio, es posible v. por ej. Valoración de la democracia y resignificación de “política” y “cultura”: sobre las políticas culturales como metapolíticas, Laura Maccioni, <http://168.96.200.17/ar/libros/cultura/maccioni.doc>, 18-1-2006.

II. Los hitos y los paradigmas jurídicos

2. A semejanza de los espacios físicos, los espacios culturales también se organizan en relación con “*hitos*”, nombre con el cual en general designamos, en un sentido, a las indicaciones de la *dirección* o la *distancia* en los caminos y de la delimitación de los terrenos y, en otro sentido, a los *sucesos, personas o cosas clave y fundamentales* dentro de un ámbito o contexto¹². Las *direcciones clave y fundamentales (principales)* dan sentidos a los *sucesos, personas o cosas clave y fundamentales (principales)*. Puede decirse que, como objetos culturales, poseen un *sustrato* y un *sentido*.

Los hitos son elementos de *formación y transformación* y de *significación y resignificación* de la “*realidad*”¹³. Tienen aspectos *fácticos y conceptuales*. Además pueden ser más *abstractos* o *concretos*. Los más abstractos, indicadores finales de “*direcciones*” clave y fundamentales son “*primarios*” (por ej. el “*deber ser ideal puro*”, la mera exigencia de un valor: v. gr. debe realizarse la justicia). Los más concretos, constituidos por sucesos, personas o cosas clave y fundamentales, porque las direcciones así lo establecen, son “*secundarios*” (formados en gran medida por la aplicación del valor a la realidad, por el “*deber ser ideal aplicado*”: v. gr., debe existir la propiedad privada y, sobre todo, en esta situación debe existir la propiedad privada).

Los hitos son *bases de referencia de la cultura*, en nuestro caso, de la *cultura jurídica*. Se constituyen en diversas relaciones con la naturaleza, con más o menos referencia natural; pueden resultar *secundum natura, praeter natura y contra natura*. A medida que se remiten más a la naturaleza suelen pretender mayor solidez y pueden ser más crueles. Pese a que los dos nos parecen filosóficamente ilegítimos, creemos que es más cruel el reproche por razones raciales que el que se remite a razones de clase: se puede abandonar una clase, no una raza.

Los hitos tienen, según las circunstancias, comportamientos más *estáticos* o *dinámicos*, pero en principio siempre tienden a desenvolverse en la *materia*, el espacio y el tiempo *posibilidades expansivas, no solo relativas sino exponenciales*¹⁴. La expansividad de los hitos hace que a menudo sus consecuencias vayan más allá de lo que quienes los establecieron o consintieron pensaron: salvando las distancias, cabe recordar por ejemplo que sentados

12 Puede v. REAL ACADEMIA ..., op. cit., págs. 1115 y 1879; <http://www.rae.es/>, 26-12-2005; en ambos casos “*hito*” y “*significar*”.

Es posible v. nuestro trabajo “Comprensión jusfilosófica de los roles sociales y la estratificación de la sociedad y de su crisis en nuestro tiempo”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 15, págs. 20 y ss.

13 A veces los hitos poseen características simbólicas.

14 Parafraseando expresiones de Leibniz y de Comte podemos decir que los hitos “*contienen*” su expansión, incluso que en cada uno de ellos “*está*” el paradigma (Cabe recordar, de cierto modo: LEIBNIZ, “*Monadología*” cit., pág. 46, parág. 56 –Teodicea, parág. 130; 360-; COMTE, Augusto, “*Discurso sobre el espíritu positivo*”, trad. Consuelo Bergés, 5ª. ed. en B.I.F., Bs. As., Aguilar, 1965, pág. 64 (capítulo II). Es posible v. El portal educativo del Estado argentino, Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas, http://www.educ.ar/educar/superior/biblioteca_digital/verdocbiblio1.jsp?url=S_BD_PROYECTOAMEGHINO/SOCIALES-4.HTM&Padre=, 30-12-1005-).

los hitos de la “maldad” de los burgueses, los judíos, los blancos o los negros se llega a la sorprendente crueldad de algunos regímenes que la invocaron.

En un sentido de “*síntesis*”, en *relación* con los hitos, relativamente “*originarios*”, se constituyen de cierto modo el resto de la cultura y específicamente de la cultura jurídica.

3. Los hitos en su conjunto llevan a menudo a la formación de complejos que son “*paradigmas*”, “universos fácticos y significativos” de carácter cultural y, en nuestro enfoque, de carácter específicamente jurídico¹⁵. Cada hito proyecta su influencia en todos los otros y en el paradigma respectivo. Sin embargo, en un sentido de “*análisis*” los paradigmas generan la constitución de hitos “*derivados*”, nacidos de los paradigmas. Las partes producen el todo, y éste a las partes. También se presentan “subparadigmas” culturales y jurídicos que, como los paradigmas, pero con alcance interior a ellos, son complejos de hitos culturales y jurídicos.

Sin atarnos a las afirmaciones de Kuhn, ni desconocer que el terreno jurídico es distinto del científico al que se refiere, creemos que parafraseando a ese autor puede señalarse que los paradigmas jurídicos son realizaciones jurídicas generalmente reconocidas que, durante cierto tiempo y en cierto espacio, proporcionan modelos de “problemas” y “soluciones” a una comunidad jurídica¹⁶.

Los paradigmas jurídicos indican lo que en su circunstancia es “normal”, en cuanto

15 Puede v. por ej. KUHN, Thomas S., “La estructura de las revoluciones científicas”, trad. Agustín Contín, 8ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Según Kuhn los paradigmas son realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (v. KUHN, op. cit., por ej. pág. 13). Cabe c. asimismo, en relación con el pensamiento de Kuhn y la noción de paradigma: Estudios. Filosofía-Historia-Letras, Thomas Kuhn, La estructura de las revoluciones científicas, http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio02/sec_11.html, 26-12-2005; La Estructura de las Revoluciones Científicas, <http://www.cibernous.com/autores/kuhn/teoria/index.html>, 7-1-2006; Monografías.com, ¿Sabés realmente qué es un paradigma?, Lic. Francisco Acosta Ruiz, <http://www.monografias.com/trabajos16/paradigma/paradigma.shtml#CONCLU>, 7-1-2006; La Filosofía en el Bachillerato, Historia de la Filosofía Contemporánea, Thomas Samuel Kuhn, <http://www.webdianoia.com/contemporanea/kuhn.htm>, 7-1-2006; V Foro de Investigación Europea en Comunicación, La Comunicación: Nuevos Discursos y Perspectivas, Los weblogs ante los paradigmas de la eComunicación, José Luis Orihuela Colliva, http://mccd.udc.es/orihuela/foro/orihuela_weblogs_paradigmas.pdf, 7-1-2006; De Epistemes y Paradigmas, <http://deepistemesyparadigmas.blogspot.com/estructuralismo/>, 5-1-2006; Grupo de Estructura de Datos y Lingüística Computacional, http://www.gedlc.ulpgc.es/libro1_gedlc.htm, 5-1-2006. En cuanto a la noción de paradigma y su crítica puede v. asimismo el trabajo de Berent Enç, “Paradigm”, en AUDI, Robert (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, 2ª. reimp., Cambridge University Press, 1997, págs. 557/8. Respecto a la palabra paradigma puede v. además, por ej. REAL ACADEMIA ..., op. cit., t. II, pág.1515, <http://www.rae.es/>, 4-1-2006.

En relación con el pensamiento de Castoriadis y en especial los imaginarios sociales, puede v. por ej. Magma, <http://www.magma-net.com.ar/linksvar.htm#Links%20de%20pensamiento%20social,%20político,%20cultura> 1, 10-1-2006.

En el horizonte psicológico de los paradigmas es posible v. por ej. JASPERS, Karl, “Psicología de las concepciones del mundo”, trad. Mariano Marín Casero, Madrid, Gredos, 1967.

16 KUHN, loc. cit.

al *objeto* y en cuanto a la *ciencia*. Tienen además despliegues *fácticos y conceptuales*. Sus perspectivas más importantes son *estructuras*, entendidas como distribución y orden de las partes más relevantes de una cultura y una juridicidad¹⁷. Tal vez sea posible considerar a los paradigmas como *constelaciones* de hitos. Cada cultura jurídica *se construye* con la base de un paradigma jurídico. Para que se constituya un paradigma es necesario que haya al menos un *hito supremo* que le dé origen. Los hitos supremos son “*sustentos*” del paradigma¹⁸.

Los hitos y los paradigmas poseen *soportes fácticos*, pero a su vez son los puntos originarios de la “*lógica de la cultura*”, en nuestro caso, de la “*lógica del Derecho*”. Están dotados de una “*fuerza propia*” y una “*lógica propia*”. Pueden ser, sin embargo, “*homó-géneos*” o “*hetero-géneos*” y “*homó-logos*” o “*heteró-logos*” y resultan diferenciados unos de otros en el tiempo y el espacio. En relativa semejanza con la norma hipotética fundamental kelseniana, puede decirse que cada paradigma cultural y cada paradigma jurídico se constituyen sobre *sustentos de afirmaciones de hechos, juicios lógicos y valores fundamentales* que sirven de base al desenvolvimiento posterior. Como hemos de señalar, la norma hipotética fundamental es un hito fundamental (sustento) de la normatividad. La homogeneidad y la homología significan *denominadores comunes*; la heterogeneidad y la heterología significan *denominadores particulares*¹⁹.

No creemos en una “*lógica fuerte*” en el desenvolvimiento de la cultura, en parte porque sostenemos una posición *relativamente “historicista”* y porque vivimos en la “*lógica débil*” de la *postmodernidad*, pero consideramos que la fijación de un hito se proyecta en alguna medida, en los hechos y en la lógica, en su conjunto paradigmático²⁰. Los hitos y los paradigmas establecen sus criterios de “*corrección*”, pero siempre (de modo análogo a lo que sucede en la Agrimensura) es necesario contar en la mayor medida posible con pautas externas de evaluación y criterios de “*corrección diferencial*” para suplir sus deficiencias²¹.

17 REAL ACADEMIA ... cit., op. cit., t. I, 1992, pág. 921; <http://www.rae.es/> , 4-1-2006 (en ambos casos, “estructura”).

Puede v., por ej., el desarrollo de una concepción de la estructura jurídica en REALE, Miguel, “O Direito Como Experiência”, San Pablo, Saraiva, 1968, págs. 34 y ss. y 147 y ss.

18 El sustento mantiene y alimenta, da vigor y permanencia, sostén y apoyo REAL ACADEMIA... cit., op. cit., t. II, 1992, pág. 1925; <http://www.rae.es/> , 10-1-2006 (en ambos casos, “sustento”).

19 Respecto de los denominadores comunes y particulares es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, t. II, 1984, págs. 205 y ss.

20 En cuanto a la mayor o menor fuerza de la lógica de la sociedad, cabe recordar por ej. MANNHEIM, Karl, “Ensayos de Sociología de la Cultura”, trad. Manuel Suárez, 2ª. ed., Madrid, Aguilar, 1963.

Pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 19, págs. 9 y ss. y, en colaboración con Mario CHAUMET, “Perspectivas jurídicas “dialécticas” de la medievallidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 21, págs. 67 y ss.

21 University of Minnesota, National IPM Network, CICP, MIP Específico para el Sitio, Ian V. MacRae, <http://ipmworld.umn.edu/cancelado/Spchapters/gisSp.htm> , 17-1-2006.

Los paradigmas necesitan equilibrio entre la homogeneidad y la heterogeneidad y la homología y la heterología. Una perspectiva significativa de la vida de los hitos y los paradigmas es su *adaptabilidad*. Esta es una de las claves de la pervivencia del capitalismo. Sin embargo, la adaptabilidad puede resultar “unidimensional” y asfixiante²².

Aprovechando palabras de Marcuse es posible decir que se cree erróneamente que al “asimilar todo lo que toca, al absorber la oposición, al jugar con la contradicción (la sociedad) demuestra su superioridad cultural”²³. Figuras que le fueron al menos relativamente ajenas, como Ernesto (Che) Guevara y la Madre Teresa de Calcuta terminan al fin resultando asimiladas por la sociedad de consumo.

Ganar las bases de la cultura y el Derecho mediante el establecimiento de hitos y paradigmas es ganar la construcción de la *temporalidad* del pasado, el presente y el porvenir y de la *espacialidad* de lo interior y lo exterior. Al hablar de los paradigmas y su sucesión importa atender que el terreno jurídico y la cultura en general pueden tener un desenvolvimiento más “circular” y menos “recto” que el que a veces se adjudica a las ciencias “naturales”. El logro de la fijación de un hito, específicamente de un sustento y sobre todo de la constitución de un paradigma en la cultura en general y el Derecho en particular son despliegues de gran significación en la *estrategia cultural* y la *estrategia jurídica*²⁴.

4. Según hemos indicado, los hitos pueden ser considerados en aspectos más *estáticos* o *dinámicos*: en el primer caso nos referimos a “*baluartes*”, en el segundo a “*arquetipos*”. Los *baluartes* son puntos fundamentales relativamente estáticos de una cultura; los *arquetipos* son puntos de partida de la marcha cultural que, con sentido más activo, modelan el curso de la realidad²⁵. Los sustentos tienen necesariamente capacidad arquetípica. Los hitos y los paradigmas forman parte del “inconsciente colectivo”.

Existe una interacción entre los hitos y los paradigmas, por un lado, y *los hechos, quizás principalmente bélicos, económicos y religiosos*, la *educación*, la *prensa* y, en nuestro tiempo, la *comunicación de masas*, por el otro. Cuando los hitos y los paradigmas llegan a hacerse

22 MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969, pág. 114.

23 Íd. “La comercialización total une esferas de la vida que eran antagónicas anteriormente, y esta unión se expresa a sí misma en la suave conjunción lingüística de las partes en oposición del lenguaje” (MARCUSE, op. cit., pág. 119).

24 Cabe c. nuestros trabajos “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 25/6; “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 23, págs. 17/29.

25 REAL ACADEMIA ..., op. cit., t. I, págs. 273 y 193, <http://www.rae.es/>, 4-1-2006, en ambos casos “bastión” y “arquetipo”. Los arquetipos son, más allá de la posición platónica adoptada a veces por la Teología, que no compartimos, modelos dinámicos originales, generadores de proyecciones significativas. En cuanto a la etimología de la palabra “arquetipo” puede v. por ej. COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, 1ª. reimp., Madrid, Gredos, t. I, 1984, pág. 345.

de cierto modo “indiscutibles” constituyen “mitos”. Los hitos considerados incommovibles son “*bastiones*”.

Cada persona es productora y receptora de hitos y, al fin, de *perspectivas* del paradigma. También lo son los sucesos y las cosas. Los sucesos abarcan en tal sentido diversidades que van desde las batallas hasta los espectáculos. Las cosas que llegan a ser hitos van desde los monumentos a los objetos de nuestra sociedad de consumo. El ataque a las Torres Gemelas expresa con claridad cosas y sucesos tomados como hitos. A través del reconocimiento de los hitos y el paradigma la persona puede tomar conciencia de su *situación* en el plexo jurídico. Así se desenvuelve mejor el sentido *vital propio* que el Derecho debe tener para cada ser humano. Al fin, en cada suceso, cada persona y cada objeto de la cultura está permanentemente presente la *cultura toda*.

5. Los hitos y los paradigmas son en nuestro caso *respuestas* jurídicas y en general culturales de diverso alcance que se *expanden*, *retroceden* y son *sustituídas*, en lo conceptual y lo fáctico. En esos sentidos puede hablarse de “*plusmodelación*”, “*minusmodelación*” y “*sustitución*” de los hitos y los paradigmas como respuestas²⁶.

La fijación de hitos, sobre todo si tienen carácter de sustentos y la construcción de paradigmas facilita la *dominación cultural*. La dominación se manifiesta en la posibilidad de *construir* y *calificar* los sucesos, de determinar y jerarquizar sus *alcances*, de posibilitar el *fraude* respecto de los dominados e impedirlo sobre los dominadores, de *reenviar* a otros despliegues culturales convenientes a los dominadores y de imponer la propia *capacidad de rechazo* de las percepciones ajenas²⁷.

En cuanto a la comprensión de los *denominadores particulares y comunes* en el Derecho, la dominación significa que los denominadores particulares de los hitos o paradigmas dominantes se hacen denominadores comunes impuestos.

Para comprender la dominación es importante contrastarla con la *coexistencia*, la *integración*, la *desintegración* y el *aislamiento*. En el caso de la *coexistencia* de los hitos y los paradigmas, la *construcción* y la *calificación* se producen según cada elemento del contacto; cada elemento determina los *alcances* de sus problemas; se rechaza el *fraude* a todos los elementos del contacto; se admiten los *reenvíos* por cualquiera de los elementos del contacto y se admite la *capacidad de rechazo* de las percepciones ajenas por cualquiera de dichos elementos. Cada hito o paradigma tiene sus denominadores particulares y además existen denominadores comunes.

26 Cabe v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación ...” cit., Nº 37, págs. 85/140); “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética ...” cit., Nº 3, págs. 83 y ss.; “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

27 Se aprovecha al respecto la experiencia conceptual del Derecho Internacional Privado clásico.

En la *integración* de los hitos y los paradigmas la *construcción* y la *calificación* se producen en común; hay *respuestas especiales* de síntesis de los elementos en contacto; el concepto de *fraude* interno se elastiza; se buscan *soluciones directas*, sin reenvíos y *disminuyen las reservas* entre las partes. Se generan hitos y paradigmas comunes de alta importancia (económicos, educativos, etc.).

En la *desintegración* de los hitos y los paradigmas las *construcciones* y las *calificaciones* se efectúan con criterios diferentes para casos que deberían ser análogos; se tiende a multiplicar la *distancia* dentro del sector; se permite el *fraude*; varían los criterios de *remisión* a otros hitos o paradigmas, con posiciones claudicantes, y se pierde el *resguardo* del sector que se desintegra. Se originan hitos y paradigmas particulares dentro de los hitos y paradigmas desintegrados.

En el *aislamiento* de los hitos y los paradigmas las *construcciones* y las *calificaciones* se efectúan según criterios propios; el *análisis* o la *síntesis* de los problemas se hacen con exclusiva referencia al sector que se aísla; sólo se reprime el *fraude* al hito o paradigma propio; únicamente se aceptan *respuestas directas* propias y se imponen los *propios criterios* rechazando a priori los extraños. Los hitos y paradigmas aislados tienen exclusivamente sus denominadores particulares.

Los hitos y los paradigmas de la dominación e incluso los del aislamiento adquieren características excluyentes, podría decirse *maniqueas*, que importan situaciones de beligerancia “caliente” o “fría”.

Quizás pueda hacerse referencia a la *gravitación* en que los hitos y los paradigmas se atraen y también a fenómenos en que se *repelen*. Los hitos y los paradigmas pueden ser *contradictorios*, *complementarios* y *subsidiarios*²⁸. Las contradicciones se manifiestan en las luchas sociales.

En la perspectiva estratégica antes referida, los hitos y los paradigmas pueden tener *enfrentamientos totales*, en los que juegan su propia existencia (como en la Segunda Guerra Mundial) y *parciales* (como los que se produjeron luego de la Paz de Westfalia); también pueden producirse *nichos* que permiten la existencia de fuerzas menores a la sombra de los hitos y paradigmas dominantes y fenómenos de *guerrilla* con choques seguidos de retirada, aunque sea en caso de triunfo (según sucede diversamente con los enfrentamientos de la izquierda en el actual paradigma capitalista)²⁹. Los enfrentamientos pueden ser fácticos o conceptuales y pueden librarse en espacios diversos como los de la economía, el aparato jurídico, la educación, las comunicaciones, etc.

28 En cuanto a la importancia de la contradicción, vale recordar que Félix Guattari hablaba de constituir una sociedad protectora de la contradicción (letras.s5.com, Juan Luis Martínez, Félix Guattari: conversación con Juan Luis Martínez, <http://www.letras.s5.com/jlmartinez230801.htm> , 10-1-2006).

29 Según lo expresado por Ernesto (Che) Guevara, no siempre hay que esperar a que se den todas las condiciones para la revolución; el foco insurreccional puede crearlas (Che Guevara, Guerra de Guerrillas, <http://www.marxists.org/espanol/guevara/guerra/cap1.htm> , 16-1-2006).

Los hitos y los paradigmas “*viven*”, como los hombres que los vivimos.

6. A nuestro parecer, la cultura jurídica, basada en hitos que le sirven de puntos de partida e integrada normalmente en paradigmas, debe manifestarse de manera diferenciada y dinámica en las *tres dimensiones* (realidad social, normas y valores) que, con un despliegue *integrativista*, creemos conveniente incorporar a la construcción del *objeto jurídico*. Consideramos que, como lo haremos más adelante, la mejor manera de comprender los hitos y los paradigmas es utilizar el modelo de la integración *en complejidad pura* propuesta, desde la concepción tridimensional, por la *teoría trialista del mundo jurídico*³⁰.

Según la propuesta trialista, el objeto jurídico ha de construirse incluyendo *repartos* de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados por *normas* que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por la *justicia* (dimensión dielógica)³¹. Los repartos son producidos por la conducta de seres humanos determinables. Potencia es lo que favorece al ser y la vida e impotencia es lo que los perjudica; en especial importa que se trate de la *vida humana*. Desde un punto de vista más dinámico puede afirmarse que se trata de respuestas de seres humanos determinables, a través de su

30 Suele indicarse también “teoría trialista del Derecho”.

“Muchos sabios, desde los antiguos griegos hasta nuestro violento tiempo, han contribuido a una filosofía del derecho integrativa” (HALL, Jerome, “Razón y realidad en el Derecho”, trad. Dr. Pedro R. David, Bs. As., Depalma, 1959, pág. 121).

31 Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica ...” cit., 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Estudios de Historia ...” cit.; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “El Derecho Universal” cit.

En general, en relación con el pensamiento complejo muy difundido en nuestros días, con el que el trialismo tiene cierta afinidad, pueden v. MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 7ª. reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; Red Mexicana de Pensamiento Complejo <http://www.unla.edu.mx/complejidad/>, 4-1-2006; El desafío de la complejidad, <http://ar.geocities.com/adicciones2001/complejidad.htm>, 4-1-2006; Estamos en un Titanic, Edgar Morin, http://www.iigov.org/etica/2/2_03.pdf, 4-1-2006; La lettre chemin faisant, n°31, <http://www.mcxapc.org/docs/interlettre/31/3.htm>, 4-7-2005. Cabe c. también por ej. Naturaleza y didáctica de la Lógica Jurídica, Dra. Ana Lilia Ulloa Cuéllar, <http://minerva.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm>, 20/12/2005; Complexity Digest, <http://www.comdig.org/>, 4-1-2006; Programme européen MCX «; Modélisation de la CompleXité», Association pour la Pensée Complexe, <http://www.mcxapc.org/>, 4-7-2005). También es posible c. BOCCHI, Gianluca – CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; VENNARI, Valeria, “Sulla rivoluzione paradigmatica in Edgar Morin. Dalla semplificazione alla complessità”, en “Idee”, 59-60, págs. 153 y ss.

Con palabras de Niklas Luhmann puede decirse, de cierto modo, que “La reducción de la complejidad es un proceso que ni acae de una manera meramente causal como la suscitación de un efecto ni se ha de entender como una tarea debida. Es el proceso mismo de la determinación de lo indeterminado, del devenir del ser en el tiempo ante la mirada de la consciencia.” (LUHMANN, Niklas, “Fin y racionalidad en los sistemas”, trad. Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Nacional, 1983, pág. 319).

conducta, respecto de oportunidades de adjudicación de potencia e impotencia, captadas por normas y valoradas por la justicia. La propia idea de “mundo jurídico” es afín a la noción de paradigma.

Aprovechando ideas de Pietro Barcellona puede denunciarse la paradoja del jurista “positivo” que para ser tal no debe ocuparse de los problemas de la justicia ni de los problemas de la praxis social, aunque esto no sea asombroso en una sociedad fundada sobre la división del trabajo en la que el médico se ocupa de los síntomas y de la enfermedad pero no del enfermo y el arquitecto de la casa que debe construir pero no de aquellos que la habitarán³².

Los hitos resultan realidades sociales de sucesos, personas o cosas captadas por normas y direccionadas por valores culminantes en la justicia, dotadas de fuerza expansiva. En cada hito y cada paradigma hay una *facticidad*, una *normatividad* y un *despliegue valorativo* (estimativo) que a su vez *tienen sus hechos y sus conceptos*. La *fuerza* de los hitos y de los paradigmas para conservar y cambiar la cultura en general, y el Derecho en especial, está en definitiva *en la realidad social*, pero su energía jurídica puede *nutrirse* en las tres dimensiones y pueden ser *caracterizados* según las tres dimensiones. A través de la teoría trialista del mundo jurídico es factible obtener una comprensión honda de los hitos y los paradigmas que, por su penetración, podría ser llamada “*radiografía*” de los mismos. En ella se incluyen *tres subparadigmas integrados*: uno sociológico, otro normológico y un tercero dikelógico.

Las raíces del tridimensionalismo se remontan al menos al siglo XIX. En la actualidad, con Robert Alexy puede decirse que quien desee saber cuál derecho es correcto o adecuado tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material³³. Esa comprensión permite, además, apreciar, según los denominadores comunes y particulares, las “*distancias*” que existen entre los hitos jurídicos.

En los hitos y los paradigmas se desenvuelven tridimensionalmente los fenómenos de plusmodelación, minusmodelación y sustitución y la dominación, la coexistencia, la integración, la desintegración y el aislamiento referidos.

Como hemos de exponer, en la propuesta trialista las tres dimensiones resultan *profundamente integradas*, sobre todo en las *fuentes* y el *funcionamiento* de las normas. Sin embargo, es posible que los hitos de la realidad social, las normas y la justicia difieran y estén

32 BARCELLONA, Pietro, “La formación del jurista”, en BARCELLONA y otros, “La formación del jurista”, trad. Carlos Lasarte, Madrid, Civitas, 1977, págs. 47/8.

33 ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, trad. Jorge M. Seña, 2ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, por ej. pág. 21.

Más allá de la importancia de los propósitos integradores quizás generalizados en el pensamiento actual, el modelo trialista en sí, que tanto ha avanzado en ese propósito, es minoritario y por razones de distribución del poder en el mundo está relativamente fuera de los paradigmas jurídicos dominantes. Como creemos que su aptitud esclarecedora es muy grande y estimamos que, al menos en un planteo científico, esto debe ser decisivo, lo adaptamos y lo desarrollamos. El compromiso de la ciencia ha de ser esclarecer, no triunfar.

en manos de *poderosos distintos*. A veces, por ejemplo, los dominadores en las normas o en la justicia no lo son en los hechos. Mucho se ha discutido y se debate sobre las posibilidades de éxito en cada caso.

A partir de la referencia a los hitos y los paradigmas es posible realizar una tarea que, de cierto modo, puede ser denominada de “*arquitectura social*”³⁴. Sin desconocer el aporte del concepto de “ingeniería social” debatido desde hace tiempo, preferimos el de “arquitectura” porque en él va no sólo un sentido de utilidad sino de belleza que, en el caso del Derecho, puede ser de *justicia*³⁵.

III. Los hitos y los paradigmas principales de la cultura argentina, con especial referencia a la cultura jurídica

7. 1. En la historia de la cultura argentina, que a partir de la Culturología general tomamos como campo de ejemplificación, tienen especial importancia los hitos y los paradigmas de la *cultura anglofrancesa* (reforzada con aportes norteamericanos) y de la *cultura hispánica tradicional* (reforzada con cierta asimilación de elementos indígenas e italianos meridionales³⁶)³⁷. Es esclarecedor estudiar su composición básica, su dinámica de plusmodelación, minusmodelación y sustitución, sus situaciones de dominación tendientes a menudo a la desintegración del adversario, sus posibilidades de coexistencia e integración, sus rasgos con frecuencia maniqueos y, en última instancia, su composición tridimensional (a la que se dedica la parte B).

La fijación de los hitos y el paradigma de la *vertiente anglofrancesa* en nuestra historia

34 Puede v. por ej. “Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano”, Barcelona, Buenos Aires, Montaner y Simón, Sociedad Internacional, “Arquitectura”, t. II, págs. 679 y ss.

35 Pese al carácter cambiante del concepto, vale recordar que puede decirse que la arquitectura es “a un tiempo arte bella y arte útil” (“Diccionario Enciclopédico ...” cit., t. II, pág. 679). Suele atribuirse a Vitruvio el decir que la arquitectura descansa en tres principios: la Belleza, la Firmeza y la Utilidad (Arqhys, <http://www.arqhys.com/construccion/arquitectura.html>, 15-1-2006).

En cuanto a la ingeniería social cabe recordar por ej. POUND, Roscoe, “Introducción a la filosofía del Derecho”, trad. Fernando Barrancos y Vedia, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1972. Asimismo es posible referir POUND, Roscoe, “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, traducción José Puig Brutau, Granada, Comares, 2004 (reseña en Scielo Chile, “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos”, XXVII, Guillermo Hierrezuelo Conde, págs. 582 y ss., http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100057&script=sci_arttext&tlng=es, 16-1-2006); GARCIA RUIZ, Leopoldo, “Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound”, Comares (reseña en UCAM, Universidad Católica San Antonio, <http://www.ucam.edu/publicaciones/profesores/derecho.htm>, 16-1-2006; puede v. The Roscoe Pound Institute, <http://www.roscoepound.org/>, 16-1-2006-; LexisNexis, American Legal Manuscripts from the Harvard Law School Library, The Roscoe Pound Papers, <http://www.lexisnexis.com/academic/2upa/Alh/almPound.asp>, 16-1-2006).

36 También tiene presencia árabe, sobre todo en el Norte del país.

37 Puede c. nuestro artículo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 27, págs. 113/126. V. LEIBNIZ, “Monadología”, trad. Manuel Fuentes Benot, 4ª. ed. en B. I. F., Buenos Aires, Aguilar, 1968 – Teodicea, parág. 36, 37, 44, 45, 49, 52, 121, 122, 337, 340 y 344.

nacional surgió de manera especial en la Revolución de Mayo y sobre todo de las batallas de Caseros y Pavón y de cierto desarrollo capitalista; se refirió a personajes como Rivadavia, Mitre y Sarmiento, a monumentos como el Teatro Colón³⁸, a las obras de la Constitución Nacional de 1853/60 y el Código Civil de 1869 y a la utilidad y el individualismo. Sus personajes son en general relativamente laicistas.

Esos despliegues sirvieron de base para todos los desenvolvimientos culturales sociales, normativos y valorativos por largo tiempo³⁹. Tal vez pueda afirmarse que el paradigma anglofrancés argentino es un “subparadigma” parte del gran paradigma jurídico de la modernidad, afín a la Ilustración⁴⁰.

A partir de la batalla de Caseros, y sobre todo desde el “triumfo” de los sectores porteños en Pavón, se produjo una “plusmodelación” de las respuestas anglofrancesas que duró varias décadas. Como eran hitos culturales principales, resultaban valiosos todos los elementos afines a ellos y “disvaliosos” todos los que se les oponían. El paradigma anglofrancés indicó lo que era “normal” o “anormal” y desjerarquizó o excluyó lo “anormal” por largo tiempo⁴¹.

El despliegue de la educación laica, común, gratuita y obligatoria y el dominio de la prensa fueron poderosos instrumentos a su servicio. También cabe considerar como instrumentos los otros hitos de la política migratoria, el despliegue tecnológico, la ley de matrimonio civil, etc.

Con la fijación de esos hitos y del paradigma respectivo la causa de los sectores *hispánicos tradicionales*, que pretendía hitos y un paradigma más referidos a la santidad, la comunidad y una economía menos capitalista, estuvo por largo tiempo perdida, sobre todo en cuanto al sector de los gauchos⁴².

38 Las expresiones más notorias de la arquitectura “anglofrancesa” evolucionada están en los palacios de la plaza San Martín, la Avenida del Libertador y la Recoleta.

39 En relación con el tema pueden v. SHUMWAY, Nicolás, “La Invención de la Argentina”, trad. César Aira, Bs. As., Emecé, 1993; Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina, <http://www.argentina-rree.com/1/1-013.htm>, 10-1-2006.

40 Uno de los sucesos especialmente significativos en España es el advenimiento de la dinastía Borbón, el personaje más significativo puede ser Carlos III y el monumento más representativo, pese a su estilo en parte italianizante, puede ser el Palacio Real de Madrid.

41 Por una parte la aplicación del régimen de vagos y “malentrenidos” y por otra la “ley de residencia” contribuyeron a excluir lo “anormal” (es posible v. por ej. Mundo Agrario. Revista de estudios rurales, n° 1, segundo semestre de 2000, Centro de Estudios Histórico Rurales. Universidad Nacional de La Plata, Cuando disciplinar fue ocupar –Santa Fe, 1850-1890–, Marta Bonaudo – Elida Sonzogni, <http://www.fahce.unlp.edu.ar/mundoagrario/nro1/bonaudo.htm>, 4-1-2006); Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe, de la Red de Centros Miembros de Clacso, La Cuestión Social en el Último Cuarto del Siglo XIX, Los proyectos presentados a las Cámaras del Congreso Nacional, Marcela Aspell, <http://168.96.200.17/ar/libros/argentina/cijs/sec4004a.html>, 4-1-2006; puede c. ASPELL, Marcela, “La ley 4144 “de residencia”, Antecedentes - sanción- aplicación”, en “Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene”, N° 25).

42 En España el paradigma hispánico tradicional se fue constituyendo con hitos como la “Reconquista”, la Inquisición y las expulsiones de moros y judíos; con la figura de Felipe II y con el monasterio palacio de El

La “minusmodelación” de lo hispánico tradicional, quizás de cierto modo subparadigma del paradigma “premoderno”, y relativamente afín al Romanticismo, se produjo por varias décadas por la debilidad de sus hitos. Rosas fue largo tiempo “demonizado”, presentado de cierto modo como un “loco moral”⁴³.

Los hitos y el paradigma de la cultura anglofrancesa dominante construyeron y calificaron los sucesos, v. gr. haciendo de las luchas de los gauchos asistemáticas expresiones de barbarie; jerarquizando la reproducción local de la cultura anglofrancesa; permitiendo que fenómenos que de otro modo serían al menos ahora delictivos resultaran heroicos, como la sistemática eliminación de la cultura gauchesca; remitiendo permanentemente a las realizaciones anglofrancesas⁴⁴ y rechazando los valores de las culturas hispánicas tradicionales dominadas⁴⁵. Los hitos y el paradigma dominantes que eran denominadores particulares anglofranceses se impusieron como denominadores comunes sobre los hispánico tradicionales.

Entonces se construyó la opulencia de Buenos Aires y algunos otros centros del interior, pero no se logró instaurar un poderoso sistema capitalista. Alguna vez se diría que la ciudad era la capital de un imperio que nunca existió.

No obstante, a fines de la primera mitad del siglo XX el *paradigma hispánico tradicional* fue revalorizado, sobre todo por el avance de sectores migratorios marginalizados y la aproximación a los espacios centrales de descendientes de gauchos e indígenas. La cultura anglofrancesa argentina entró en crisis con la fijación de los hitos y el paradigma peronistas. Los hitos básicos del sector hispánico tradicional peronista, tal vez más fuertes en los hechos y los valores que en las normas, refieren a la Revolución del 17 de octubre

Escorial.

- 43 Cabe recordar las ideas de Ramos Mejía e Ingenieros. Puede v. Proyecto Biblioteca Digital Argentina, La locura en la Argentina/1919, José Ingenieros, <http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/locura/ensayo.htm> , 5-1-2006. Con miras a la recuperación de su figura, pueden v. por ej. GALVEZ, Manuel, “Vida de Don Juan Manuel de Rosas”, 4ª. ed., Bs. As., Tor, 1954; Manuel Gálvez, http://www.todo-argentina.net/Literatura_argentina/Biografias_de_literatura/manuel_galvez.htm ,7-1-2006; La Historia Argentina que no nos contaron, <http://www.odonnell-historia.com.ar/> , 7-1-2006).

Quizás podría pensarse que el sector anglofrancesado corresponde al partido unitario y el hispánico tradicional al federal, pero en realidad, aunque los anglofrancesados se inclinaron en su inmensa mayoría por el unitarismo, para imponer desde el “puerto” sus ideas europeizantes, la correspondencia no es total. Cabe recordar que Dorrego fue un federal de cierto modo anglofrancesado (simpatizante de los Estados Unidos de América) (puede v. BILBAO, Manuel, “Historia de Rosas” precedido de un estudio preliminar de José M. Ramos Mejía, Bs. As., Orientación Cultural, 1961).

- 44 Es posible v. nuestros trabajos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 9, págs. 33 y ss.
- 45 No obstante, en cuanto a las resistencias al paradigma liberal puede v. por ej. SANJURJO DE DRIOLLET, Inés, Resistencias al orden formalizado por la Constitución de Mendoza de 1854 en el ámbito de la campaña. Mundo agrario, jul./dic. 2004, vol. 5, nº.9, jul./dic. 2004 , Scielo Argentina, http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-59942004000200002&lng=es&nrm=iso , 4-1-2006.

de 1945 y a las figuras de Perón y de Eva Perón, sorprendentemente consistentes, a la Confederación General del Trabajo (CGT) donde incluso se guardó por cierto tiempo el cadáver embalsamado de la “Abanderada de los Humildes”⁴⁶, a la normatividad de excepción y sobre todo la de la Constitución de 1949 y a ciertos sentidos reforzados de la justicia social y el comunitarismo.

A partir de entonces, por varias décadas los hitos y los paradigmas anglofranceses e hispánicos tradicionales vienen estando en relativo conflicto. El intento de demonizar a Perón y Eva Perón fracasó.

7. 2. Los contenidos de los hitos *cambian*, también en el caso de nuestra ejemplificación. El paradigma anglofrancés comenzó siendo liberal y, sobre todo desde Alfonsín, se ha tornado predominantemente socialdemócrata. Suele considerarse a la izquierda del paradigma hispánico tradicional y autodenominarse “progresista”. El paradigma hispánico tradicional comenzó siendo de centro derecha con Rosas y, con el peronismo, se hizo un movimiento de múltiples intereses que a su vez, con Menem, se orientó al centro derecha, a la democracia cristiana europea y a la simpatía con los Estados Unidos de América y hoy parece desplazarse a la izquierda. El paradigma conceptual valorativo permanente del peronismo se refiere, según hemos señalado, a la “justicia social”.

El paradigma anglofrancés tiene sus bases sociales en las clases denominadas media-media y media-alta. Las bases sociales del paradigma hispánico tradicional vienen estando, en distintos equilibrios, entre las clases de bajos recursos, media-baja y alta paternalista. Sin desconocer, v. gr., lo peyorativo del “cabecita negra”, empleado respecto de integrantes del sector hispánico tradicional, los dos paradigmas tienen sobre todo referencia básica cultural, no natural. Esto los hace más “permeables”.

Un caso de *hito personal* cambiante es el de Sarmiento. Su núcleo permanente es el de la educación pública, pero a veces se jerarquiza también su proyecto de país y en otros casos éste es marginado. El personaje es presentado de modo constante como un gran promotor y realizador de la educación popular, pero la misma frase “educar al soberano”, que se toma como referencia, evidencia que el “soberano” no tenía tanto este carácter; el hombre real Sarmiento poseyó rasgos no sólo liberales sino antigauchescos que han sido a menudo olvidados.

Un caso de *hito normativo* cambiante es el de la Constitución de 1853/60, que tiene caracteres liberales a menudo olvidados en discursos de izquierda que la elogian.

Los dos paradigmas vienen siendo “*claudicantes*”, generándose al fin un país frustrado. El paradigma anglofrancés es claudicante porque no reconoce la realidad integral del país, que incluye el a menudo menospreciado “interior” y el sector hispánico tradicional; el paradigma

46 Las manifestaciones arquitectónicas más características del sector hispánico tradicional están en Salta y en los sectores humildes de la periferia porteña.

hispanico tradicional lo es porque no se satisface con sus propias realizaciones y procura las del capitalismo “anglofrancés” que en muchos casos no puede alcanzar.

Además, profundas razones históricas que en parte heredamos de la España principalmente “castellana” nos vienen llevando a asumir posiciones *maniqueas* y a una actitud *parasitaria*. El maniqueísmo español se ha mostrado, quizás por la debilidad del complejo cultural estatal, en frecuentes estados de guerra civil. Sin embargo, luego del aporte itálico, nuestro maniqueísmo no se ha expresado en guerras “calientes”. La actitud “parasitaria”, en parte heredera de la ganadería castellana resguardada en la Mesta y del bullionismo, incluye también a las élites, especialmente responsables desde el punto de vista político por los beneficios que reciben⁴⁷. A semejanza de su Madre Patria, hecha por regiones al menos en la Reconquista, el país, surgido en gran medida de la decisión estratégica de crear el Virreinato del Río de la Plata, de 1776, es también de cierto modo territorialmente *no integrado*. También el maniqueísmo, el parasitismo y el carácter espacial no integrado contribuyen a la frustración del país.

Uno de los hitos (denominadores) *comunes*, jerarquizado sobre todo por el paradigma hispanico tradicional pero respetado por todos, es San Martín⁴⁸; sin embargo en el marco “antimilitar” que se desarrolla en el espacio anglofrancés y en nuestro tiempo de la posmodernidad, hostil a los grandes hitos heroicos, resulta a veces corroído⁴⁹. Quizás pueda sostenerse que en días de la posmodernidad, como los que vivimos, los hitos en general se han debilitado y esto contribuye a disminuir la diferencia entre los sectores⁵⁰. No obstante, disminuir la diferencia no quiere decir formar un paradigma integrado y consistente, como el que, desde un enfoque filosófico y político, deseamos.

Como expresiones de la *desintegración* de los hitos y los paradigmas argentinos, las construcciones y las calificaciones se efectúan con criterios diferentes para casos que dentro de cada espacio, anglofrancés o hispanico tradicional, deberían ser análogos, a veces por intrusión de los hitos o el paradigma ajenos; se tiende a multiplicar las distancias, también dentro de los sectores en contacto; se permite el fraude a la ley presentando a lo hispanico tradicional como anglofrancés o a la inversa; varían los criterios de remisión a otros hitos o paradigmas, con posiciones claudicantes y se pierde el resguardo del sector que se desintegra. Se tiende a la producción de hitos y paradigmas particulares dentro de los de cada

47 Es posible v. nuestro trabajo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación ...” cit., N° 34, págs. 59/65.

48 Cabe recordar ROJAS, Ricardo, “El Santo de la Espada. Vida de San Martín”, Bs. As., Losada, 1950.

49 Un libro vinculado a la polémica al respecto es ROMERO, Luis Alberto (coord.), “La Argentina en la escuela”, Bs. As., Siglo XXI de Argentina, 2004.

50 Así, por ejemplo, la posible preferencia de los jóvenes de diversos sectores por el personaje Homero Simpson, (puede v. Conicet, Ciencia en los medios, Encuesta de la Facultad de Sociología de la UBA, Homero Simpson, el personaje más querido por los jóvenes argentinos, <http://www.conicet.gov.ar/NOTICIAS/ACTUALIDAD/2006/enero/022.php>, 6-1-2006, ref. “Clarín” “Sociedad”, 6-1-2006).

sector, esfuerzo en el que acentúa su empeño el sector anglofrancés respecto del hispánico tradicional.

En el *aislamiento* de los hitos y los paradigmas, como el que a veces se produce en los sectores anglofrancés e hispánico tradicional, las construcciones y las calificaciones se efectúan según criterios propios; el análisis o la síntesis de los problemas se hacen con exclusiva referencia al sector que se aísla; sólo se reprime el fraude al hito o paradigma propios; únicamente se aceptan respuestas directas propias y se imponen los propios criterios, rechazando a priori los extraños. En estos casos cada sector exclusiviza sus hitos y paradigmas propios.

Las estrategias anglofrancesa y rosista han sido por largo tiempo el enfrentamiento total para la destrucción de los hitos y el paradigma opuestos pero, quizás por la limitación de sus posibilidades o por un cambio cultural afianzado por la más transaccional inmigración italiana, el peronismo sólo procuró debilitar la fuerza de la referencia a los elementos anglofranceses. Podría decirse que, dados su poder y su situaciones dominantes, el sector anglofrancés en toda su existencia y el sector hispánico tradicional rosista adoptaron estrategias de confrontación total, en tanto el sector hispánico tradicional peronista asumió una estrategia de confrontación parcial⁵¹. Hoy la Iglesia Católica, que en general se encontraría más cómoda en el paradigma hispánico tradicional, se adapta en un nicho cuando gobierna el paradigma anglofrancés. En una especie de guerra lateral o de guerrilla, cuando se procura atacar al paradigma anglofrancés se buscan conflictos momentáneos con figuras relativamente débiles como la de Roca, dejando por el momento fuera de discusión al mito sarmientino, a menudo resignificado.

En general, las características de dominación, claudicación, parasitismo, desintegración, aislamiento y enfrentamiento de la cultura general y la cultura jurídica argentinas se han relacionado estrechamente, según nuestro parecer, con las *construcciones científicas* que uno y otro enfoque han adoptado respecto del Derecho, de manera predominante la teoría “pura” del Derecho y la filosofía analítica, por una parte y el jusnaturalismo a menudo apriorista por la otra.

7. 3. A nuestro parecer, entrando ya en parte a la Filosofía de la Cultura y la Política Cultural, es relevante construir una gravitación en que los hitos y los paradigmas de los diversos espacios culturales terminen más atrayéndose que conflictuándose, hasta obtener su *coexistencia y en definitiva la integración de hitos y un paradigma comunes*, al menos

51 Perón aplicó sus conocimientos estratégicos militares a la política (puede v. por ej. Página/12, 20 de noviembre de 2005, El peronismo es difícil de cambiar, es esencial, entrevista con Joseph Page, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-59475-2005-11-20.html> , 10-1-2006; en cuanto a la biblioteca de Perón, puede v. Ministerio del Interior, Presidencia de la Nación, Archivo General de la Nación, Biblioteca de Juan D. Perón, http://www.mininterior.gov.ar/agn/col_jdp.asp, 10-1-2006).

relativamente incluyentes⁵². Sin embargo, estos logros a veces parecen más cercanos y luego terminan alejándose.

En última instancia, sin desconocer las diversidades y los conflictos en diferentes grados propios de toda sociedad, creemos imprescindible que, con miras a la integración, en la mayor medida posible los hitos y los paradigmas se *construyan* y *califiquen* en común; que haya *respuestas especiales* de síntesis de los hitos y paradigmas en contacto; que el concepto de *fraude* interno se elastice y resulte al fin innecesario; que se busquen *soluciones directas*, sin reenvíos y que *disminuyan las reservas* entre las partes. Es imprescindible desenvolver denominadores comunes, al menos de alto nivel. Según sea su importancia, se producirán fenómenos de coexistencia o de integración.

Estos caminos nos parecen imprescindibles para lograr que el país ingrese en el proceso de planetarización con una voz propia, que lleve a la *universalización* y no a la fractura de la globalización/marginación. Para que la *Argentina* se realice es imprescindible que los dos paradigmas se reconozcan e integren, evitando las pretensiones que llevan a un país claudicante.

Para superar los caracteres señalados, es imprescindible contar con una construcción científica que, como el trialismo, se interese por integrar la realidad social, las normas y los valores.

B. Los hitos y los paradigmas en la Culturología Jurídica argentina

1. Los hitos y los paradigmas y el mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

8. 1. De acuerdo con la propuesta trialista, la dimensión sociológica del “mundo jurídico” se constituye con adjudicaciones de lo que favorece al ser y la *vida* (“potencia” e “impotencia”), que es particularmente relevante en cuanto se relaciona con seres humanos. Estas adjudicaciones provienen de la *conducta de hombres determinables* (constituyendo “*repartos*”) y de la *naturaleza*, las *influencias humanas difusas* y el *azar* (formando “*distribuciones*”) ⁵³.

Los repartos y las distribuciones son hitos jurídicos, se relacionan con otros hitos y a su vez se proyectan en repartos y distribuciones sucesivos. Se trata de *enclaves expansivos* de adjudicaciones jurídicas.

Para reconocer un reparto hay que referirse a quiénes reparten (son repartidores), quiénes se benefician y perjudican (son beneficiarios), qué se reparte (objetos de los repartos), cuáles son las formas (los caminos previos) de los repartos y cuáles son sus razones (móviles,

52 Un espacio arquitectónico de confluencia de los dos paradigmas es la ciudad de Córdoba.

53 Los repartos alcanzan hasta lo que fue previsible a los autores de la conducta, luego entran en el campo de las influencias humanas difusas, aunque pueden ser sustituidos por otros repartos análogos.

razones alegadas y razones sociales). Los repartos y las distribuciones, los repartidores y los beneficiarios y los objetos sobre los que recaen las potencias y las impotencias, entendidos como *sucesos, personas y cosas*, constituyen hitos. Los hitos y los paradigmas son promotores de repartos y, principalmente, de beneficios y perjuicios.

Los hitos y los paradigmas surgen en gran medida de *decisiones* repartidoras y a su vez promueven decisiones repartidoras⁵⁴. En sentido dinámico, los hitos y los paradigmas se constituyen por respuestas a oportunidades e influyen en las oportunidades. El cálculo de las posibilidades que contiene la realidad, como predicción del *futuro del ser*, lleva a *enmarcar* lo que *debe ser*. Sin referencia al ser no se puede establecer un deber ser. *La dinámica del Derecho se concreta con decisiones acerca de repartos, normas y valores*⁵⁵. El entrecruzamiento de los hitos y los paradigmas agudiza la angustia de la decisión.

Cada tiempo se caracteriza por distintas configuraciones de los elementos de los repartos, que están fuertemente relacionados con los hitos. En el nuestro, casi sin héroes, es relevante en tal sentido el papel de repartidores de los *publicistas*⁵⁶ y los *comunicadores sociales*. Podría decirse que éstos son, de cierto modo, constructores profesionales de hitos.

El *cambio* del sentido de los hitos se advierte en el cambio de los elementos de los repartos. Adueñarse de la facticidad y la lógica de los repartos y de sus direcciones a través de los hitos y los paradigmas es adueñarse de sucesivos repartos.

8. 2. Durante décadas, las adjudicaciones argentinas estuvieron condicionadas por los hitos y el paradigma fijados por la cultura anglofrancesa, y actualmente ese condicionamiento se mantiene en parte. Los hitos humanos integrantes del paradigma anglofrancés fueron sobre todo, por un tiempo prolongado, los principales repartidores y generadores de

54 En relación con la teoría de las decisiones jurídicas, no siempre satisfactoriamente desarrollada, vale comprender la teoría de conflictos (cabe c. ENTELMAN, Remo F., "Teoría de conflictos", Barcelona, Gedisa, 2002; también importa c. SIMON, Herbert A., "La nueva ciencia de la decisión gerencial", trad. M. Mauricio Prelooker, Bs. As., El Ateneo, 1982; además es posible c. "El comportamiento administrativo", trad. Amando Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1962). Por otra parte pueden c. por ej. WRIGHT, Georg Henrik von, "La lógica de la preferencia", trad. Roberto J. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1967; JEFFREY, Richard, "Decision theory", en AUDI, op. cit., págs. 179 y ss.).

55 Como se ha de señalar, el centro de gravedad de los hitos y los paradigmas está en la composición del régimen, en carácter de resultados de la planificación gubernamental y de la ejemplaridad o de promotores de ellas. Sin embargo, dada su larga duración, los hitos y los paradigmas plantean un importante problema intermedio de difícil solución: el de la "preadjudicación" repartidora. En cuanto se trata de la conducta de seres humanos determinables, sus adjudicaciones exceden el campo de las distribuciones por influencias humanas difusas, pero muchas veces en su esfera de proyección no alcanzan a ser totalmente repartidores, ya que según señalamos este papel corresponde a seres humanos determinables que actúan mediante su conducta y tienen conciencia cabal del significado de su decidir. Entonces los protagonistas de los hitos son preadjudicadores, más específicamente "prerpartidores". En el horizonte de los repartos y los prerpartos, cuando ya no se trata del obrar de seres humanos determinables o no se puede conocer totalmente en su momento el alcance de lo que se hace, se ingresa en el terreno de las distribuciones por influencias humanas difusas.

56 En el sentido de ejercicio de la publicidad.

recipiendarios beneficiados. Urquiza en la caída de Rosas y la constitucionalización, Mitre y Urquiza en Pavón, y principalmente Sarmiento a través del Código velezano, son no sólo grandes repartidores de la vida jurídica argentina, sino grandes selectores de recipiendarios beneficiados y gravados.

Los fundadores nacionales del paradigma anglofrancés hicieron fuerte referencia a los significados económicos, y en particular Sarmiento atendió a los lazos de los hombres y la geografía; es decir, se brindó atención a las distribuciones de las influencias humanas difusas y la naturaleza⁵⁷.

Como hemos señalado, luego del protagonismo anglofrancés avanzaron en parte los hitos y el paradigma hispánicos tradicionales, con nuevos repartidores y recipiendarios beneficiados y con nuevos diálogos con las distribuciones. En este caso, los papeles activos de reparto correspondieron a Perón y, a través de él, otros fueron los recipiendarios beneficiados y gravados. El modelo económico fue diferente, menos referido al modelo clásico.

9. 1. Los hitos y los paradigmas pueden constituirse con repartos *autoritarios* y *autónomos*, que se desenvuelven de manera respectiva por imposición y acuerdo y realizan los valores poder y cooperación. Como todos los valores, éstos son direccionantes de repartos y paradigmas. Por otra parte, hitos y paradigmas pueden generar repartos de las dos clases. La fuerza del poder se incrementa cuando su carga valorativa lo hace autoridad; la de la cooperación aumenta cuando su peso valorativo la hace consonancia.

9. 2. Durante largo tiempo en nuestro país el despliegue del poder se desarrolló de modo principal en relación con los hitos y el paradigma de la cultura anglofrancesa. En una época ese poder fue autoridad, luego ésta fue deteriorándose no sólo en cuanto a valor en sí sino en la facticidad del poder. Con posterioridad se desarrollaron la autoridad y el poder de la cultura hispánica tradicional.

Los hitos personales referidos de los dos paradigmas dominantes tuvieron gran vocación por la autoridad⁵⁸. Aunque con distintos grados de compromiso, cuatro de ellos fueron militares⁵⁹.

10. 1. Los hitos y los paradigmas se constituyen con *planificación “gubernamental”*

57 Puede v. Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, N° 62, Trama geográfica en las utopías de Sarmiento, Jorge Amancio Pickenhayn, <http://www.ub.es/geocrit/sn-62.htm>, 8-1-2006.

58 Cabe recordar GALVEZ, Manuel, “Vida de Sarmiento, el hombre de autoridad”, 2ª. ed., Buenos Aires, Tor, 1952.

59 Sarmiento fue también militar (pueden v. Colegio Militar de la Nación, Domingo Faustino Sarmiento, <http://www.colegiomilitar.mil.ar/2005/historia/sarmiento.asp>, 10-1-2006); mendoza.edu.ar, Portal Educativo, 11 de Septiembre Día del Maestro, http://www.mendoza.edu.ar/efemerid/9_dfs.htm#militar, 10-1-2006).

en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto, y con *ejemplaridad*, que se desenvuelve según el esquema de modelos y sus seguimientos apoyado en la razonabilidad. Estimamos que la planificación debe ser entendida en sentido “gubernamental” amplio, incluyendo también la planificación de los grandes poderes sociales. La planificación en marcha y la ejemplaridad tienen respectivos despliegues axiológicos de previsibilidad y solidaridad que, cuando están especialmente cargados de peso valorativo, son “progresividad” y confiabilidad. A su vez, los hitos y los paradigmas se proyectan en la constitución de planificación y ejemplaridad⁶⁰.

Según hemos señalado, el centro de gravedad de los hitos y de los paradigmas está de manera destacada en la *composición del régimen*, en carácter de resultados de la planificación gubernamental y de la ejemplaridad o de promotores de ellas.

La *composición compleja* de la planificación gubernamental contiene hitos constituidos por los supremos repartidores, por los supremos criterios de reparto y por su marcha, que no siempre son acordes. La composición compleja de la ejemplaridad se desenvuelve entre hitos de modelo y seguimiento que también pueden presentar discordancias.

10. 2. Bajo las expresiones de *ley* y *costumbre*, los hitos del plan de gobierno y la ejemplaridad estuvieron en pugna no sólo en la polémica del historiador Vicente Fidel López contra el codificador Dalmacio Vélez Sársfield en cuanto a la existencia de un Código Civil de la Nación, sino en la evolución ya mencionada del art. 17 del Código Civil⁶¹. El texto del art. 17 redactado por Vélez Sársfield expresa el predominio de los hitos planificados por la cultura anglofrancesa y el rechazo de la posibilidad de los hitos de la ejemplaridad consuetudinaria de carácter gauchesco. En 1871 comenzó a aplicarse el Código impulsado por el autor de “Facundo” y en 1872 el gaucho lloraba su dolor en la primera parte de “Martín Fierro”. En 1968 un gobierno más cercano a la cultura hispánica tradicional amplió las posibilidades de la ejemplaridad, claro está que para entonces había transcurrido casi un siglo de formación con predominio anglofrancés.

Los grandes hitos de los dos mayores paradigmas culturales argentinos han sido más productos de la planificación gubernamental que de la ejemplaridad. Algunos llegaron al poder por ciertos grados de ejemplaridad diversificada, pero luego fueron planificados. Tal vez sea relevante que, en cambio, algunos hitos más o menos circunstanciales comunes a los dos paradigmas, como el artista Gardel y el futbolista Maradona (quizás con características de mitos) han surgido de la ejemplaridad. En general los posibles hitos científicos no tienen mayor fuerza, sobre todo en el espacio hispánico tradicional.

60 Las preadjudicaciones repartidoras son, en alguna medida, planificaciones o ejemplaridades.

61 Una defensa radical de Vélez Sársfield y el Código Civil nacional, que no compartimos, puede v. en CHANETON, Abel, “Historia de Vélez Sársfield”, Bs. As., Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969, págs. 367/8. También se hace allí una ferviente defensa de Vélez contra Alberdi.

11. 1. A través de la proyección de los hitos planificadores y del modelo- seguimiento se constituye el *orden de repartos*, es decir el *régimen*, como forma paradigmática de la realidad social⁶². El conjunto del régimen realiza el hito del valor orden. La fuerza del hito orden se incrementa cuando el valor llega a hacerlo pacificación.

Los hitos y los paradigmas suelen ser partes de la *constitución material*⁶³. Son *límites necesarios* para muchos repartos y para el propio régimen. Forman parte del conjunto de *fuerzas* de la realidad social, y la fuerza, *no el poder* (que es la fuerza aplicada sobre otro) nos parece elemento inevitable en el desenvolvimiento jurídico.

La conmoción de los hitos principales y los paradigmas produce fenómenos de *revolución*, en que cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto; de *evolución* en que varían sólo los supremos criterios de reparto; de “golpe de Estado” en que cambian únicamente los supremos repartidores y de *anarquía* (desorden). A través de la preservación o el cambio de los hitos y los paradigmas pueden expresarse la *conservación* y la *innovación*⁶⁴. La expansividad de los hitos y los paradigmas contribuye a explicar la llamada “astucia de las revoluciones”, que se van radicalizando en su devenir. Algunas revoluciones tienen más expansividad en la materia y el tiempo, como la inglesa de 1688; otras son más expansivas en la materia y el espacio, como la Revolución Francesa. En general puede hablarse de la *persistencia* de los hitos y los paradigmas desde el pasado, de su *consistencia* presente y de su *retroactividad* desde el porvenir (el pasado no puede ser cambiado, sólo pueden ser cambiadas sus consecuencias).

Los baluartes son más conservadores; los arquetipos están a menudo presentes en la revolución. Metternich fue un baluarte; Napoleón I un arquetipo. La conservación se logra a través de la preservación de la significación; la revolución y la innovación se manifiestan en fenómenos de resignificación⁶⁵.

62 Aunque no se comparta su radicalización, puede tenerse en cuenta que, por ejemplo, Niklas Luhmann afirma la importancia del sistema, superador de la acción (es posible c. v. gr. LUHMANN, op. cit., pág. 319).

63 Cabe recordar LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

Una importante exposición referida al desenvolvimiento de la sociedad, con aportes aplicables al desarrollo de los paradigmas culturales, puede v. por ej. en HABERMAS, Jürgen, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, trad. José Luis Etcheverry, Madrid, Cátedra, 1999.

64 En relación con los espacios de referencia puede v. por ej. Desarrollo Humano Adolescente, La vida se vive en todos lados, La apropiación juvenil de los espacios institucionales (Chile), Gabriel Medina Carrasco, http://www.sexualidadjoven.cl/estudios/est_Medina_LaVidaSeViveEnTodosLados.htm, 1-1-2006; BERTUSSI, Guadalupe Teresinha. Values and moral at school, Educ. Soc., Apr. 1998, Vol. 19, N° 62, p.64-80, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000100004&lng=en&nrm=iso, 1-1-2006).

65 En cuanto al cambio verdadero y la “hipocresía” que oculta la permanencia en el disfraz, puede v. por ej.: La voluntad de poder es como la energía, se llama noble aquella apta para transformarse. Son viles o bajas aquellas que no saben más que disfrazarse, travestirse, es decir, toma una forma y atenerse siempre a la misma forma (Nietzsche, Cuadernos de Filosofía N°41, El misterio de Ariadna, Gilles Deleuze, <http://www.nietzscheana.com.ar/deleuze.htm>, 12-1-2006).

La revolución jurídica modifica la realidad y la perspectiva histórico jurídica de la comunidad que la experimenta y afecta la estructura de las soluciones jurídicas posteriores. Se cambia, entonces, el paradigma jurídico en correspondencia con importantes *cambios históricos generales*⁶⁶. Sin embargo, cuando se profundiza el tema se advierte que la revolución rompe un paradigma “menor”, quiebra la lógica de sus antecedentes, pero desde el paradigma de la humanidad toda *revolución* es una *evolución*⁶⁷.

La introducción de un hito hostil puede destruir un paradigma, pero a su vez la consistencia de éste puede destruir, a través de sus hitos, los hitos perturbadores. Según hemos señalado, los hitos más fuertes de un paradigma constituyen sus “bastiones”. Entre éstos, sobre todo en el sistema capitalista, son grandes bastiones la propiedad del capital y la organización de la producción, la distribución y el consumo. A veces, el enfrentamiento con terceros hace que los hitos y los paradigmas se *reúnan* y alcancen un cierto grado de integración.

Los hitos y los paradigmas pueden estar en situaciones de mayor o menor *equilibrio*. En el Derecho Civil patrimonial, referido desde hace largo tiempo a los espacios burgueses necesitados del cálculo del riesgo, los estados de relativo equilibrio suelen durar más, razón por la cual los pronunciamientos gubernamentales (leyes, sentencias, etc.) suelen ser más previsibles. Como el Derecho Penal es más a menudo “interclases”, el equilibrio suele ser menor, motivo por el cual con más frecuencia los pronunciamientos gubernamentales son menos previsibles. El plan de gobierno en lo civil contiene el principio supremo de reparto de asegurar la paz burguesa. El plan en lo penal abarca de modo importante el principio supremo de reparto de asegurar los intereses de la burguesía frente a las agresiones que le son exteriores. No es sin motivo que el Derecho Penal liberal es tipificado.

Los cambios en los hitos y en los paradigmas constituyen mutaciones en las *edades* y las *eras históricas*. Las mutaciones de los hitos y el paradigma tradicionales producen hoy no sólo una nueva edad sino una *nueva era* de la historia, expresada principalmente por las grandes posibilidades de la especie humana sobre sí misma⁶⁸. Quizás la enormidad del cambio se valga de cierta “hipocresía” (como ocultamiento) del paradigma final.

En ese panorama, el paradigma del *régimen estatal y legalista*, al que se ha referido gran parte de la jusfilosofía del siglo XX, está en *notoria retirada*. Hoy los hechos abren camino a paradigmas más amplios, desenvueltos en base a los hechos (v. gr. la *lex mercatoria*), que van construyendo quizás una “preestatalidad” mundial⁶⁹. En este marco puede abrirse sendero un

66 En cuanto a la memoria y el olvido, que son despliegues de la vida de los hitos y los paradigmas, puede v. por ej. RICOEUR, Paul, “La memoria, la historia, el olvido”, trad. Agustín Neira, Trotta, 2003.

67 Cabe c. COSSIO, Carlos, “El concepto puro de revolución”, Barcelona, Bosch, 1936, por ej. págs. 68/9.

68 Es posible v. nuestros “Estudios de Historia ...” cit.

69 Pueden v. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., N° 27, págs. 9 y ss.; “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 24, págs. 41/56.

Cabe c. ALTERINI, Atilio A. - NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la

mayor reconocimiento de la propuesta trialista, que explica mejor la realidad actual.

11. 2. Los hitos y el paradigma anglofranceses se reconstituyeron por la caída revolucionaria del régimen hispánico tradicional rosista que los sectores anglofranceses resignificaron. En ese momento, Rosas y su conservadurismo popular comunitarista eran baluartes y Urquiza, Mitre y Sarmiento, la utilidad y el individualismo “progresista” eran arquetipos⁷⁰. Como hemos señalado, la cultura anglofrancesa dio a la Argentina el paradigma de un régimen que persistió largo tiempo, hasta que entró en crisis con el avance hispánico tradicional, generándose cierta situación de anarquía.

Uno de los hechos históricos relevantes para el cambio fue el deseo de mejoramiento de grupos marginales que desembocó en una revolución no sangrienta. En el adelanto hispánico tradicional los hitos anglofranceses se hicieron baluartes relativos ante los arquetipos de referencia a Perón y Eva Perón, direccionados a más comunidad y “tercera posición” en el campo económico internacional. El retroceso de los hitos y el paradigma anglofranceses por el adelanto de los hispánicos tradicionales peronistas, que a su vez en parte los resignificaron, se concretó, como expresamos, en otra revolución, pero al final el conflicto produjo largo tiempo de desorden.

La Argentina tuvo así a menudo dos derechas, dos centros y dos izquierdas. Los conflictos sucesivos entre los paradigmas se muestra, por ejemplo, en la existencia de dos etapas en la llamada Revolución Argentina, iniciada en 1966 con el predominio hispánico tradicional, a través de Onganía, y concluida en 1973 con el imperio anglofrancés, con Lanusse en el gobierno. También hubo dos subversiones, una anglofrancesa, el Ejército Revolucionario del

integración y la globalización”, Bs. As., La Ley, 2005.

70 Es más, quizás pueda señalarse el carácter de mito logrado a partir de poco tiempo después de su muerte para la figura de Sarmiento. Así lo muestran, por ejemplo: a) La temprana preparación de sus “Obras Completas”, dispuestas por iniciativa del Presidente Roca y aparecidas mediante ley 1471 de 1884 (el mismo año de la ley 1420, de educación laica, común, gratuita y obligatoria dictada de cierto modo a su impulso). En la ley 1471 el gobierno dotó fondos para la publicación y dispuso la distribución de cien ejemplares en las bibliotecas públicas y municipales. La aparición del primer tomo se logró poco tiempo después del fallecimiento del homenajeado, en el mismo año 1888; b) El monumento dispuesto en el Parque 3 de Febrero de Buenos Aires, mediante ley 2540, de 1889; y c) El Himno a Sarmiento cantado en casi todos los establecimientos educativos públicos, con fervor próximo al del Himno Nacional (pueden v. por ej. “Obras Completas de Sarmiento”, Bs. As., Editorial Luz del Día, t. I 1948; hoy es posible c. Bienvenidos a elbuenlibro.com, Domingo Faustino Sarmiento, Obras Completas, <http://www.elbuenlibro.com/sarmiento.htm>, 10-1-2005; además Argentinidad.com, Himno a Sarmiento, <http://www.argentinidad.com/home/himnoasarmiento.htm>, 8-1-2006; es posible v. LUGONES, Leopoldo, “Historia de Sarmiento”, Bs. As., Comisión Argentina de Fomento Interamericano correspondiente a la Inter-american Development Comisión (Washington), 1945 (edición oficial de la obra de 1911)). Aunque Sarmiento llegó a ser Gran Maestre de la Masonería, organización de gran poder en la Argentina de entonces, vale recordar también su conflicto con el roquismo (Sarmiento, Gran Maestre de la Masonería Argentina, por Patricia Pasquali, http://www.sarmiento.org.ar/conf_pasquali2.htm, 10-1-2006).

Pese a que se trata de un hito relativamente menor, cabe mencionar “Obras Escogidas - Juan Bautista Alberdi - Bases”, Bs. As., Luz del Día, t. I, 1952.

Pueblo, y otra hispánica tradicional, con los Montoneros⁷¹.

Las tensiones internas de los paradigmas, a veces relativamente periféricas dentro de cada uno, dieron ocasión a numerosos golpes de Estado en los que sólo cambiaban los supremos repartidores, sobre todo en el tiempo de tensión de los años cuarenta y sesenta del siglo XX.

La pretensión de retroactividad en la destrucción del adversario ha sido una de las causas mayores de la permanente inestabilidad argentina. Nuestra historia ha sido permanentemente “reescrita” según paradigmas distintos. No obstante, el enfrentamiento con los sectores radicalizados de la represión por el paradigma surgido en 1976 ha promovido cierta integración de los dos paradigmas históricos, que guardan un enfrentamiento menos notorio.

12. 1. La realidad social del Derecho es pensada sobre *bases categoriales* de *causalidad*, *finalidad objetiva* y *subjetiva*, *posibilidad* y *realidad*. La causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad tienen alcances “*panótomos*”, dirigidos a la totalidad de sus manifestaciones (pan=todo, nomos=ley que gobierna)^{bu72}. Las bases categoriales referidas pueden constituirse en senderos para la construcción y la proyección de hitos y la formación de paradigmas. Fijadas ciertas referencias de causalidad, finalidad objetiva, posibilidad o realidad, los hitos y los paradigmas tienden a expandirse en esos sentidos.

Como los hombres no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionar la pantonomía del propio despliegue categorial considerado y en otros casos de abrírlos a otros despliegues, produciendo *certeza*^{bu73}.

Según venimos señalando desde hace décadas, creemos que la pantonomía hace que la mejor representación de la realidad social pueda lograrse a través de la ubicación de dicha realidad en una *esfera*, con proyecciones hacia “arriba” y “abajo”, al pasado, al presente y al porvenir.

71 En aplicación de lo expuesto anteriormente en el texto, puede decirse a nuestro parecer que, salvando también las muy importantes diferencias, sentado el hito de la maldad de la burguesía, en el cauce de su expansividad los guerrilleros llegaron a consecuencias inadmisibles; puesto el hito de la maldad de los guerrilleros, por la expansividad se arribó a consecuencias de crueldad sorprendentes y ahora se va sentando, con consecuencias expansivas también inaceptables, la maldad de todos los que estuvieron aunque sea próximos al “gobierno” represor.

72 Pueden v. nuestras “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967 (reimpresión en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 28, págs.111/120). Carlos Cossio decía que todos los hechos sociales están íntimamente entrelazados y no hay uno solo que no influya de algún modo en la existencia de los demás (COSSIO, Carlos, “La “causa” y la comprensión en el Derecho”, 4ª. ed., Bs. As., Juárez, 1969, pág. 51; v. asimismo COMTE, Auguste, “Cours de philosophie positive”, t. IV, París, Scheicher, 1908, págs. 205 y ss. y 221 y ss.).

73 Aceptamos la diferencia sostenida por ejemplo por Ross entre solución y resolución, pero creemos que la diversidad no sirve para distinguir las posibilidades técnicas y las políticas: entendemos que en ambos casos, en virtud de la pantonomía de las categorías básicas, se trata (en diversos grados) de resoluciones (puede v. ROSS, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, trad. Genaro R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963, pág. 311).

12. 2. La certeza acompañó a la proyección de los hitos y el paradigma de la cultura jurídica anglofrancesa, prescindente de los elementos que le eran extraños, hasta que la reaparición de otros hitos generó cierta incertidumbre. La Argentina anglofrancesa “confiable”, que motivó el ingreso de grandes corrientes migratorias europeas, se debilitó. Para los antiguos sectores dominantes, el peronismo no era “confiable”.

Los conflictos entre los dos paradigmas y quizás la revolución pacífica que de cierto modo hizo el peronismo conmovieron los hitos anglofranceses y privaron al país de criterios de evaluación, de los que todavía carece.

b) Dimensión normológica

13. 1. En la construcción de la dimensión normológica el trialismo da cierta primacía a la *realidad social*, considerando a las normas con permanente referencia a ella, no en sólo en lo que es, sino en lo que se ha *proyectado* que será. Esto lo diferencia de la teoría “pura”, que pretende referirse a un hito excluyente, constituido por las relaciones de imputación dotadas de sanción⁷⁴.

La noción de *norma* es construida en el trialismo como captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero (a fin de que pueda asegurar su cumplimiento)⁷⁵. La captación autoritaria hecha desde el punto de vista de los autores de mandamientos, en el sentido de prescripción, es el *imperativo*. Como captaciones de proyectos de repartos, las normas y los imperativos contribuyen a configurar hitos jurídicos. Las normas y los imperativos son captaciones lógicas entre sí diversas de sucesos que son hitos, a los que describen e integran; dentro de ellas hay personas y cosas que también tienen este carácter⁷⁶.

Los hitos normológicos se manifiestan a menudo, sobre todo con el carácter dinámico de los arquetipos, en los *principios* básicos cuya proyección es al fin fuertemente constitutiva de la lógica del ordenamiento. La propia palabra “principio” es expresiva de un sentido de arquetipo ideal. Si se considera a los principios como mandatos de maximización, su carácter arquetípico se hace particularmente notorio⁷⁷.

74 La teoría pura y el jusnaturalismo suelen coincidir en la prescripción normativa, pero la primera a través de sucesivas habilitaciones admite lo puesto que termine ocurriendo y el segundo pretende generalmente que las prescripciones contengan lo dispuesto por la divinidad o la razón. Las dos corrientes procuran alejarse entonces de la realidad inmediata, que el trialismo logra considerar. En algunos casos, perspectivas del esfuerzo racional kelseniano coinciden, sobre todo desde la filosofía analítica, con el racionalismo albergado en el jusnaturalismo.

75 Puede decirse captación lógica “neutral” de un reparto proyectado.

76 Uno de los problemas importantes es el de la definición del papel de repartidores autores de normas. Con frecuencia es cuestionable si ese rol corresponde a los repartidores históricos o los actuales. La noción de “prerrepartidor” puede contribuir a aclarar el papel de los repartidores históricos.

77 DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, por ej. págs. 72 y ss.; Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Robert Alexy, Doxa 5 (1988), págs. 139 y ss.; <http://>

La *estructura de las normas* se forma con un *antecedente* y una *consecuencia jurídica* que captan de modo respectivo el sector social a reglamentar y la reglamentación, cada uno de ellos con *características positivas y negativas* que deben estar respectivamente presente y ausentes para que las normas funcionen. Cada clase de característica positiva o negativa se constituye en un posible hito menor que tiende a su respectiva finalidad. Cada norma es en sí un tenso subparadigma de hitos que tienden a su aplicación o exclusión. La puja, por ejemplo, entre quienes quieren hacer valer las características positivas de una norma penal y quienes desean hacer valer sus características negativas (v. gr. la inimputabilidad, el indulto, etc.) suele ser muy intensa.

13. 2. Durante mucho tiempo, los hitos normativos anglofranceses han ocupado y todavía ocupan de manera principal los papeles dominantes de los cuales, obviamente, no están excluidos del todo los hitos hispánico tradicionales⁷⁸.

Sin negar posiciones ideológicas básicas, es posible que la referencia a principios sea más atrayente para los paradigmas que tienen más *control relativo* del poder judicial.

Dado que la cultura anglofrancesa elaboraba la mayoría de las normas estableciendo los hitos de sus características positivas, a menudo a la cultura hispánica tradicional le ha quedado la principal posibilidad de valerse de los hitos de las características negativas. La cultura anglofrancesa fijaba el cumplimiento del contrato y la hispánica tradicional tenía que valerse más del error, la lesión, etc. La estabilización de las características negativas dio lugar al nacimiento del hito del Derecho del Trabajo.

14. 1. Según la propuesta trialista, las normas surgen de los repartos que ellas captan, que son sus *fuentes reales*, sea a nivel *material*, de los repartos mismos, o a nivel *formal*, de las autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados, directivas, leyes, convenios colectivos de trabajo, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Los sucesos de las fuentes materiales y formales constituyen hitos y aportan a los paradigmas; a su vez unos y otros promueven otras fuentes. Las fuentes formales son relevantes, pero al fin más que las “reglas en el papel” interesan las “reglas efectivas”, es decir

www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf, 27-12-2005; Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Aleksander Peczenik, Doxa 12-1992, págs. 327 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_11.pdf, 28-12-2005; Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas, Carlos S. Nino, Doxa 5 (1988), págs. 87 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_05.pdf, 28-12-2005; Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción, Juan Cianiardo, http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex108/BMD10804.pdf, 27-12-2005.

78 Aunque nuestras respuestas son afirmativas, cabe preguntarse si es Sarmiento todavía repartidor de muchas de las normas del Código Civil velezano, sancionado en 1869. Tal vez podría ser considerado prerrepertidor. Cabe interrogarse asimismo si las proyecciones respectivas no han entrado en el campo de las influencias humanas difusas.

las fuentes materiales⁷⁹. Las reglas en el papel pueden ser meros espectáculos⁸⁰. En la teoría de las fuentes se expresa en gran medida la composición última de un paradigma.

Las fuentes formales significan distintos grados de *participación* y diversos tipos de *flexibilidad* o *rigidez* en su elaboración; diferentes caracteres de *elasticidad* o *inelasticidad* en la relación con los cambios de la realidad social; distintas pretensiones de *nivel* e *intereses* coincidentes o discrepantes. En relación con estas características de las fuentes se caracterizan a su vez los hitos y los paradigmas. Las fuentes formales no son sólo hitos a veces coexistentes pero a menudo tensos respecto de las fuentes materiales, con frecuencia se constituyen en hitos de coincidencia o tensiones importantes entre sí. Por ejemplo: en nuestro tiempo hay relevantes tensiones entre tratados y leyes; leyes y decretos; leyes y sentencias; leyes y contratos, etc. y entre tratados y tratados, leyes y leyes, etc.

A su vez, hay *fuentes de conocimiento*, que constituyen la doctrina. Las fuentes de conocimiento suelen ser hitos que guardan relaciones de coexistencia o tensión entre sí y con las fuentes reales. Hay tensiones entre tratados, entre tratados y manuales, entre tratados y manuales y monografías, etc. Si bien hay períodos en que las fuentes reales formales dominan a la doctrina, como en el caso de la exégesis desenvuelta bajo el imperio de la ley, a veces la relación es inversa, como de cierto modo ha ocurrido en la dogmática.

14. 2. Las posiciones del paradigma anglofrancés han sido siempre más favorables a la *constitucionalización* formal del país: las constituciones de 1819; 1826 y 1853/60 y sus reformas declaradas válidas se dictaron a su impulso (incluso de cierto modo la reforma de 1994, hecha durante un gobierno peronista). Al menos las dos primeras evidenciaron, sin embargo, un importante desconocimiento de las fuentes materiales. En cambio, el paradigma hispánico tradicional ha adoptado al menos actitudes vacilantes al respecto. Resistió a la constitucionalización sobre todo en la obra de Rosas. Quiroga, fuerte hito hispánico tradicional, fue al fin partidario de ella y quizás esto le haya costado la vida. Con el peronismo este sector produjo en 1949 una reforma no del todo sostenible formalmente. Sin embargo, no ha de desconocerse que el cumplimiento de las normas constitucionales no ha sido tampoco característica constante del paradigma anglofrancés.

Pese a la relativa coincidencia de los dos paradigmas en la jerarquización actual de los *tratados internacionales*, principalmente para asegurar los derechos humanos y bloquear la regresión a regímenes autoritarios, tal vez haya sido el sector anglofrancés el que más la ha

79 Es posible ref. Karl Llewellyn, A Realistic Jurisprudence: The Next Step, 30 Colum. L. Rev. 431 (1930) citado por BIBLIOGRAPHY, Putting Theory to Work: A Rhetorical Look at Jurisprudence, Linda H. Edwards, Legal Writing Institute 2002 Conference <http://www.lwionline.org/publications/documents2002/02edwards.doc>, 10-1-2006. Cabe c. RECASENS SICHES, Luis, "Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX", México, Porrúa, t. II, 1963, págs. 623 y ss.

80 Cabe c. nuestro trabajo "Las fuentes de las normas", en "Revista de la Facultad..." cit., 4/6, págs. 232 y ss. (también en "Zeus", 6/IX/1983, t. 32, págs. D-103 y ss.).

impulsado.

Para imponerse, el paradigma anglofrancés se valió en gran medida del hito *legal*, pero al perder el predominio legislativo movilizó a veces fuentes a las que llamó “*decretos-leyes*”. El sector hispánico tradicional también se valió de las leyes, mas asimismo recurrió para el logro de sus objetivos a los *convenios colectivos de trabajo*, que le eran relativamente adecuados.

En general la doctrina estuvo, durante largo tiempo, en dominio del sector anglofrancés.

15. 1. El *funcionamiento de las normas*, expresión suprema de la integración de las dimensiones del paradigma trialista, es un tenso complejo de hitos jurídicos y culturales. En él pueden aparecer como hitos arquetípicos los extremos del *reconocimiento* y el “*desconocimiento*” de las normas; los contenidos de la *interpretación literal* y la *interpretación histórica*; la referencia a la normatividad *a determinar* y la *determinación*; la posible declaración de una *carencia* histórica o dikelógica, la *elaboración* según lo que se considere justo en el momento de la aplicación y la *autointegración* y la *heterointegración*; las bases de la *argumentación* como “puente” entre diversos sujetos; la *aplicación* entre las normatividades y los hechos y las normas a sintetizar⁸¹.

El reconocimiento de los hitos y los paradigmas contribuye a esclarecer la elaboración de las normas atendiendo a los requerimientos de Gény respecto a lo “dado” y lo “construido”⁸². Se construye sobre hitos y a través de hitos.

Los hitos de la argumentación, por ejemplo en la introducción de razones en el discurso, resultan decisivos y motivan ahora gran interés, aunque la importancia práctica, pese a ser grande, suele ser mucho menor que la pretendida⁸³. El abandono de los hitos que acotaban el

81 La tensión entre la interpretación literal que se aproxima más a los repartidores actuales y la interpretación histórica, que corresponde al menos a los prerpartidores, fue resuelta por Goldschmidt a favor de esta última. Quizás con miras a las concepciones sociales actuales y a medida que el cambio de era aleja a los repartidores históricos corresponda optar por la interpretación literal, que con referencia al sentido atribuido por la comunidad acerca más a quienes actualmente ocupan el papel que tuvieron los repartidores históricos (v. gr. los legisladores actuales) o a los encargados de la aplicación (v. gr. los jueces). La remisión radical a la interpretación literal, de los criterios comunitarios del presente, se referiría más a distribuciones por influencias humanas difusas. Es posible c. nuestro artículo “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

82 GÉNY, François, “Science et Technique en droit privé positif”, París, Sirey.

También cabe recordar la idea de construcción de POUND, v. gr. “Introducción ...” cit.

83 Es posible v. por ej. PERELMAN, Ch. - OLBRECHTS-TYTECA, L., “Tratado de la Argumentación. La nueva retórica”, trad. Julia Sevilla Muñoz, 1ª. reimp., Madrid, Gredos, 1994; Biblioteca Jurídica Virtual, Las razones del Derecho, 2ª reimp., Teorías de la argumentación jurídica, Atienza, Manuel, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710>, 10-1-2006.

Generalmente se argumenta para “vestir” la decisión que a menudo no corresponde a lo argumentado sino a los intereses que se prefieren. Cabe tener en cuenta v. gr. Victoria Iturralde, Justificación judicial: Validez material y razones, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/09iturralde.rtf, 10-1-2006. En cuanto

pensamiento exegético no debe llevar a olvidar que también hay hitos en la argumentación.

15. 2. Dotada por largos años del poder de elaborar las normas y luego además de jueces que le eran confiables, la cultura anglofrancesa se valió del funcionamiento exegético moderado por cierta referencia kantiana o del modelo kelseniano, resistiéndose al fin durante largo tiempo a la producción de carencias (lagunas) axiológicas y a la heterointegración.

El artículo 16 del Código Civil refleja una preferencia por los hitos de la racionalidad legal y jusnaturalista y preanuncia la exclusión de la “peligrosa” atención a la costumbre, establecida en el art. 17. La jerarquización de la costumbre establecida en la reforma del artículo 17, producida en 1968 a impulsos del sector hispánico tradicional, genera un complejo de hitos tenso.

16. 1. Las captaciones normativas *integran* la realidad social con conceptos que le dan sentidos. Los sentidos integradores pueden ser más *institucionales*, cargados de ideas no disponibles, o *negociales*. La institucionalidad y la negocialidad constituyen grandes hitos a menudo opuestos, motivándose en estos casos pretensiones *fraudulentas*. El *fraude a la ley* surge del conflicto entre la institucionalidad vigente y la aspiración de otra institucionalidad distinta o de negocialidad. El *fraude mediante la ley* emerge del conflicto entre la negocialidad vigente y la aspiración de una negocialidad distinta o una institucionalidad.

En el campo de los conceptos, los repartidores y los beneficiarios aparecen como *sujetos* de Derecho; las potencias e impotencias emergen como *derechos* y *deberes* y los objetos sobre los que recaen las potencias e impotencias desempeñan el rol de *objetos jurídicos*. En definitiva, se constituye una *relación jurídica* entre “al menos” dos sujetos de Derecho o personas que produce derechos y deberes u obligaciones respecto de objetos de Derecho y de cierto modo capta un reparto. Las relaciones jurídicas emergen de hechos, actos o negocios jurídicos.

Los hitos subjetivos no son sólo personas de *existencia “natural”* (personas físicas), sino personas de *existencia social* (personas jurídicas). Cada persona es en general un subparadigma cultural. Según nuestra valoración, a las personas naturales les corresponde la realización del valor “humanidad”, en tanto las personas sociales se caracterizan a menudo por otros valores (santidad, justicia, utilidad, etc.), por ejemplo la Iglesia, el Estado, las sociedades, etc.

Los elementos de la relación y los sucesos que la originan resultan hitos normativizados que pueden ser más o menos importantes⁸⁴. Cada paradigma es reconocible por un complejo

a la limitación de las pretensiones de la filosofía analítica, que tanto espacio ha ocupado, a nuestro criterio para bien y para mal, en la filosofía del siglo XX, puede v. por ej. Pierluigi Chiassoni, *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digital/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf, 10-1-2006.

84 Es posible v. nuestro estudio “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831

de hitos que son personas, constituyen derechos, deberes y objetos de Derecho y son actos, hechos y negocios jurídicos.

Las construcciones normativas y la realidad integrada son hitos de sucesos que pueden tener grandes tensiones, a veces ocultas en el lustre conceptual. Con Pietro Barcellona es posible decir que “Las categorías jurídicas, presentadas como elaboraciones conceptuales independientes de los condicionamientos históricos, acaban convirtiéndose en un instrumento para la valoración de las relaciones de poder existentes, se contentan valorando la realidad tal como es, impidiendo hacer cualquier crítica del esquema de desarrollo social.”⁸⁵

16. 2. Pese a su simpatía básica por la negociabilidad, dado el poder de que disponía, muy a menudo el paradigma anglofrancés se ha valido de los hitos de la institucionalidad. Ante el hito de la indisolubilidad del matrimonio por divorcio, sostenido por el paradigma hispánico tradicional durante largo tiempo, el paradigma anglofrancés se valió a menudo del fraude a la ley. Un caso de fraude mediante la ley podría ser la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos bancarios.

El paradigma anglofrancés se remite de modo especial al Estado y las sociedades; el hispánico tradicional al Estado, la Iglesia y los sindicatos. Sin embargo, en ninguno de los dos el paradigma estatal es fuerte.

17. 1. Los valores de la dimensión normológica, cuya referencia funciona también como hitos son, en primer término, la *fidelidad* por la correspondencia con la voluntad de los autores de las normatividades en sentido amplio, la *exactitud* por el acuerdo entre las captaciones normativas y la realidad social que se produce, la *eficacia* por el impacto que se logra en la realidad y la *adecuación* por la correspondencia entre los conceptos y los fines de los autores. También son valores que intervienen como hitos la *predicibilidad* de las normas generales, referidas a sectores sociales supuestos, y la *inmediatez* de las normas individuales y los imperativos, dirigidos a sectores sociales descriptos o sobreentendidos.

Asimismo cabe incluir la *subordinación* por las vinculaciones verticales de producción; la *ilación* por las relaciones verticales de contenido; la *infalibilidad* por las relaciones de producción que aseguran la realización de las normas en cuestión (vinculaciones “horizontales” de producción), la *concordancia* por las realizaciones “horizontales” de contenido y la *coherencia* del conjunto. La fuerza del hito de la coherencia se acrecienta en cuanto ésta, por la carga valorativa, es armonía.

El conjunto del ordenamiento se remite al hito de la *norma hipotética fundamental*. En general los hitos normativos del ordenamiento se desenvuelven según criterios de *corrección* que brindan para otras normatividades. Para las posiciones positivistas normológicas su

y ss.

85 BARCELLONA, op. cit., pág. 39.

fuerza es muy grande.

Como hemos señalado, el trialismo acepta que la norma, según suelen estar redactadas las fuentes formales (“... será ...”), es la captación de un *proyecto*, de cierto modo una *promesa referida como tal al ser del futuro* y sostiene que la prescripción está en la captación especial del imperativo. El proyecto y la promesa *deben ser valiosos* y en definitiva han de ser justos. Por esa referencia a la realidad social las normas y el ordenamiento normativo están sometidos a la realización del valor *verdad*⁸⁶.

Entendemos que la verdad es un hito fundamental en la dimensión normológica. Se trata de una categoría “*panónoma*” referida a toda la realidad a la que se ha de aplicar (pan=todo ; nomos=ley que gobierna) y tal plenitud sólo es abarcable mediante fraccionamientos.

17. 2. Durante cierto tiempo la cultura anglofrancesa logró satisfactoriamente el desarrollo de esos hitos en la legislación propia, pero la tensión con la cultura hispánica tradicional la fue debilitando, sobre todo en cuanto a exactitud, eficacia, infalibilidad, concordancia, coherencia y verdad. Pese a la cobertura temporal de la Constitución de 1949, en general las tensiones entre los hitos del Código velezano y las leyes peronistas de emergencia y sus continuadoras eran grandes.

La fidelidad del ordenamiento normativo se remite especialmente al contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado: ante el enfrentamiento de paradigmas, el ordenamiento normativo argentino tuvo siempre una fidelidad claudicante.

Quizás valga considerar las grandes tensiones que, por ejemplo, se presentan entre el Derecho Penal liberal y la voluntad incriminatoria y el desinterés por las cárceles que impera, quizás con diversos sentidos, en gran parte de nuestra sociedad.

c) Dimensión dikelógica

18. 1. Los valores marcan hitos como *direcciones* jurídicas y culturales en general que se refieren a los sucesos, las personas y los objetos.

El trialismo histórico fue construido sobre el hito fundamental, notoriamente no excluyente, de la aspiración de *justicia* concebida con criterio objetivo⁸⁷. Tal vez pueda sostenerse, en cambio, que en nuestra propia elaboración del trialismo el hito más atractivo es el desenmascaramiento de la realidad social como proyecto y cumplimiento para poder

86 En relación con la necesidad de superar los disfraces normativos, puede v. por ej. Philosophy of Law Spring 2005, Gray and Realism, <http://www.hku.hk/philodep/courses/law/GRAY%20hnd.htm> , 14-1-2006.

En cuanto al realismo norteamericano y los Critical Legal Studies, el movimiento Law an Society y los Legal Consciousness Studies puede v. por ej. Enciclopedia Multimedia Virtual Interactiva, Algunos aportes críticos al Derecho, El aporte del realismo jurídico norteamericano, <http://www.eumed.net/libros/2005/mecr/2c.htm> , 10-1-2006.

87 La obra fundamental es GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1986).

comprender mejor las normas y valorarla con un criterio de justicia construido. Sin embargo, a diferencia, por ejemplo, del pretendido monismo kelseniano, las dos versiones del trialismo no sólo no son monistas ni duales, son *triales*⁸⁸.

Como hito jurídico cada valor es más un arquetipo que un baluarte. La discusión referida a los valores jurídicos abarca dos grandes cuestiones básicas: una se refiere a la *composición* y los *alcances* del complejo axiológico del Derecho; otra al *carácter de los valores* que lo integran.

Pese a que creemos importante reconocer la riqueza del plexo axiológico del Derecho y no obstante la dificultad de determinar los contenidos de la *justicia*, estimamos que es esclarecedor ubicar en la cúspide de ese conjunto a este valor. Por esto admitimos la propuesta goldschmidtiana de denominar a esta dimensión “dikelógica”. Es notorio que al hacerlo estamos cerca de la frontera de la Culturología Jurídica con la Filosofía y la Política Cultural. Estimamos que, sin entrar al debate sobre el carácter subjetivo u objetivo de la justicia, es posible debatir respecto de ella sobre bases “*construidas*”. Incluso, por sobre la justicia, consideramos relevante hacer referencia a la *humanidad*, como valor del deber ser que atribuimos a nuestro ser.

Estimamos que los valores pueden estar en *relaciones* de coadyuvancia o de oposición. La coadyuvancia puede producirse en sentido ascendente o descendente, de contribución, o en el mismo nivel, en integración. La oposición puede desenvolverse en la legítima sustitución o el secuestro ilegítimo del material que corresponde a un valor por otro. El secuestro puede ser ascendente, por subversión; descendente, por inversión y en el mismo nivel, por arrogación. Dado que, como indicamos, los valores constituyen hitos jurídicos, pensamos que los hitos de valor pueden presentarse en los tipos de vinculación recién referidos.

Acercándonos otra vez a la frontera de la Culturología Jurídica, pese a que, según lo señalado, el fundador del trialismo sostuvo que diversos valores, incluyendo a la justicia en lugar destacado, son objetivos y no dependen en modo alguno de nuestras valoraciones y sin entrar a sostener el subjetivismo, estimamos que es adecuado “*construir*” un *contenido básico* que pueden compartir objetivistas y subjetivistas, sobre el cual puede resultar viable una discusión rigurosa respecto de este valor. Proponemos, sobre esa actitud “constructivista”, la adopción del principio supremo que el jurista germano-hispano-argentino consideró objetivo: vale adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, para que se convierta en persona. La adjudicación de una esfera de libertad para convertirse en persona hace que este hito funcione con particular claridad, más que como un baluarte, como un arquetipo.

88 En cuanto al pretendido monismo kelseniano, v. por ej. KELSEN, Hans, “Justicia y Derecho Natural”, en KELSEN, H., BOBBIO y otros, “Crítica del Derecho Natural”, trad. Elías Díaz, Madrid, Taurus, 1966, pág.163.

18. 2. El paradigma anglofrancés de la Argentina se ha remitido muchas veces a hitos de utilidad, prevaleciendo sobre la justicia, a la que en todo caso tiende a considerar a menudo subjetiva. En el paradigma hispánico tradicional la invocación de la justicia ha sido más intensa y más referida a la objetividad. Incluso suele procurarse su integración con la santidad. Quizás no sea irrelevante señalar que el partido que expresa al movimiento peronista se denomina “justicialismo”. Estimamos que el valor humanidad se va construyendo como denominador común de los dos paradigmas.

19. 1. El pensamiento de la justicia puede recorrer diversos caminos denominados *clases de justicia*, cuyo señalamiento comenzó con Aristóteles. En nuestro caso, hemos desarrollado, sobre los elementos de los aportes tradicionales, una compleja clasificación de la justicia, cada uno de cuyos elementos funciona como aporte a los hitos de la lógica de ese valor.

La justicia puede pensarse por caminos consensuales o extraconsensuales; con o sin consideración de personas (limitados a roles o abiertos a las personas); simétricos o asimétricos (de fácil o difícil relacionamiento de las potencias e impotencias); monológicos o dialogales (de una o más razones) y conmutativos o espontáneos (con o sin “contraprestación”). También puede considerarse por rutas “parciales” o gubernamentales; sectoriales o integrales; de aislamiento o participación; absolutas o relativas y particulares o generales.

En la expansión de la justicia relativa se desenvuelven en gran medida los hitos del valor, sobre todo con carácter arquetípico. Sentar un hito es convertir en principio en justo lo que se deriva de él. Un hito tiende a *proyectarse* relativamente en todo el paradigma. Sin embargo, cabe recordar que la expansión de los hitos suele ser *exponencial*.

La justicia *particular* es exigencia característica del Derecho Privado y la justicia *general* es requerimiento que individualiza al Derecho Público.

Además hemos señalado -en un trabajo complementario al de la clasificación general- la justicia “*de partida*” y la justicia “*de llegada*”⁸⁹. Ambas clases son constitutivas de hitos, pero con caracteres relativamente diversos; la justicia de partida es más un baluarte en relación con la justicia de llegada, que es más un arquetipo.

La equidad como justicia del caso concreto constituye hitos de crisis frente a los de la justicia de alcance general.

19. 2. El paradigma anglofrancés suele pensar la justicia con carácter consensual, sin consideración de personas, simétrico y conmutativo; parcial, sectorial, de aislamiento, relativo y particular (privatista). El paradigma hispánico tradicional lo hace más con rasgos de extraconsensualidad, consideración de personas, asimetría y espontaneidad; de gubernamentalidad, integralidad, participación, absolutidad y generalidad (en este sentido,

89 Es posible v. nuestro estudio “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

publicista).

En general, sin embargo, en la Argentina el hito de la justicia particular tiende a predominar sobre el de la justicia general; la referencia al bien común y lo público es muy limitada.

El paradigma anglofrancés invoca más la justicia de llegada frente al hispánico tradicional que se orienta más a una partida histórica. Sin embargo, dada su frecuente situación de dependencia, el sector hispánico tradicional suele necesitar más el recurso a la justicia de llegada y a la equidad.

20. 1. La justicia, en su carácter de valor, se presenta como *valencia* (deber ser ideal puro), como *valoración* (deber ser ideal aplicado) y como *orientación* (criterios generales de valor). Cada una de estas manifestaciones se expresa en principio con la dinámica de un hito arquetípico.

El hito fundamental de un valor es su valencia la pura direccionalidad del valor. En el caso del planteo goldschmidtiano la valencia es el deber ser puro de la justicia como idealidad natural, en nuestro caso se trata de una idealidad pura de cierto modo más fabricada, “construida”, que quizás, como tal, pueda remitirse a la facticidad en que se fija esa idealidad. La valencia y la orientación son, en cambio, hitos direccionados. La valencia es un hito primario, la valencia y la orientación son secundarios.

En el curso de su aplicación, la justicia es pensada con alcances “*pantónomos*”, dirigidos a la totalidad de las adjudicaciones razonadas *pasadas, presentes y futuras* del conjunto y en *complejos* personales, temporales y reales de los casos (según señalamos, pantonomía indica pan=todo; nomos=ley que gobierna). En el curso de la justicia, un hito se proyecta en el pasado, el presente y el futuro generales, en el complejo personal, temporal y real del sustrato. A diferencia de ciertas interpretaciones de la Escuela Histórica e incluso del common law, creemos que los despliegues más relevantes del material estimativo de la justicia están en el presente y el porvenir.

La pantonomía hace que la mejor representación de la justicia pueda lograrse a través la ubicación de la realidad de referencia en una *esfera*, con proyecciones hacia arriba y abajo, al pasado, al presente y al porvenir.

Como no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionar la justicia produciendo *seguridad*. Esto significa que recortamos la expansión de los hitos considerados, por el temor de no saber o poder lo suficiente. A través de los fraccionamientos los hitos arquetipos se aproximan a los caracteres de los hitos baluartes. Algunos piensan incluso que la seguridad es un hito opuesto a la justicia⁹⁰.

90 La universalización sostenida en la moral kantiana convierte en hitos morales a las diversas soluciones a universalizar. Sin embargo es peligroso que los hitos lleven así a fraccionar particularidades dignas de consideración.

Los criterios orientadores son hitos que pueden ser acertados o desacertados en doble sentido: porque se expanden en ámbitos donde no son correctos o porque sencillamente no sean correctos en ningún caso.

Es relevante contar siempre con criterios de evaluación externa y de *corrección diferencial* que encaucen el desfraccionamiento.

Los derrumbes de los hitos y los paradigmas y los conflictos entre las proyecciones de distintos hitos y diversos paradigmas significan situaciones de *crisis*⁹¹.

En relación con el material estimativo de la justicia en la Moral hay que atender a las virtudes y los vicios. Uno de los hitos más importantes de un paradigma es el grado de *compromiso moral* que tiene en sus protagonistas.

20. 2. En general el paradigma anglofrancés es más futurizo, renovador, individualizador y mundializador (globalizador); el hispánico tradicional atiende más al pasado y el presente, suele ser más conservador, es más colectivizador y más localizador⁹². Los hitos anglofranceses son más abstractos y los hispánicos tradicionales más concretos. Obviamente las proyecciones internacionales y nacionales son diversas⁹³. Para impugnar al paradigma hispánico tradicional y su sentido de lo concreto se dice a veces que es populista; para objetar al paradigma anglofrancés se afirma a veces que es alienado. Podría decirse que la justicia como valor es un hito primario que constituye un denominador común, pero en cuanto se hace hito secundario en las valoraciones y la orientación hay discrepancias.

21. 1. La adopción del principio supremo de justicia antes referido permite apreciar más la riqueza de las perspectivas jurídico-sociológicas ya señaladas. Las perspectivas de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, la forma y las razones del reparto se constituyen en bases de los hitos direccionales *dikelógicos*. Se trata de grandes interrogantes abiertos desde la dimensión sociológica que muestran su alta significación al recibir una respuesta material en la axiosofía dikelógica. Lo que en la jurística sociológica se estudia como *ser*, aquí se considera como *deber ser*.

Entre los direccionales dikelógicos referidos a los elementos de los repartos pueden

91 Pueden c. nuestros trabajos “Comprensión jusfilosófica de los roles sociales y la estratificación de la sociedad y de su crisis en nuestro tiempo”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 15, págs. 20 y ss.; “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.

En relación con el tema, es posible v. HABERMAS, op. cit., págs. 19 y ss.

92 Puede v. en cuanto al tema en general por ej. v. Lex Premium, La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo, Alfonso de Julios-Campuzano, Dykinson, 2003, Bibliografía, http://premium.vlex.com/doctrina/Globalizacion_ilustrada_Ciudadania-derechos_humanos_constitucionalismo/2300-290.v_info202,0.html, 22-1-2006.

93 PARDO, María Laura, ORTIZ, Tulio, NOBLIA, María Valentina (coord.), “Origen y transformación del Estado argentino en períodos de globalización”, Bs. As., Biblos, 2003.

existir importantes conflictos. Por ejemplo: a veces la legitimidad de los repartidores entra en conflicto con la legitimidad de los objetos del reparto.

La *legitimidad de los repartidores* depende del acuerdo entre ellos o de su superioridad moral, científica o técnica. El acuerdo, constitutivo de la *autonomía*, y la superioridad moral, científica o técnica, en la que se basa la *aristocracia*, son grandes hitos de direccionalidad cultural que brinda la justicia. En relación con el gran hito de la autonomía se presentan los hitos relativamente menores de la paraautonomía (legitimación por el acuerdo de los beneficiarios en la calidad de los repartidores), la infraautonomía (legitimación por la mayoría) y la criptoautonomía (legitimación por el acuerdo que prestarían los beneficiarios en caso de conocer el reparto).

En relación con la legitimidad de los repartidores interesan los hitos direccionales acerca de su *responsabilidad*. La responsabilidad puede referirse al comportamiento o a la necesidad. A veces hay que responder por lo que se hizo; a veces porque hay necesidad de que se responda. La responsabilidad por el comportamiento puede referirse a la propia conducta o al régimen (paradigma) en su conjunto. Como es habitual, una vez que se ha establecido un hito de responsabilidad, éste tiende a expandirse.

La *legitimidad de los beneficiarios* depende de la necesidad o de la conducta. La necesidad da *merecimientos* y la conducta otorga *méritos*. Los méritos son más paradigmáticos, porque se establecen según los valores del paradigma, los merecimientos significan cierto desfraccionamiento hacia fuera del paradigma. La composición de los paradigmas de mérito y de merecimiento da origen a cuestiones del “estado de necesidad” y el “derecho de necesidad”⁹⁴.

La *legitimidad de los objetos* depende del valor del dar y quitar vida, de la propiedad, de la compañía, etc. También es frecuente que estos hitos sean conflictivos con otros, incluso del mismo tipo. Una temática que enlaza a los beneficiarios con los objetos y los repartidores es la de los derechos humanos.

En cuanto a la *legitimidad de la forma de los repartos*, la audiencia constituye un gran hito direccional axiológico que jerarquiza los hitos del proceso, opuesto a la mera imposición y de la negociación, opuesto a la mera adhesión.

La *legitimación de las razones* requiere la fundamentación. El derecho a la fundamentación es un hito direccional que ha ganado espacio a medida que se han desarrollado las democracias y los derechos humanos en nuestro tiempo.

La forma lleva el discurso desde los beneficiarios a los repartidores; la fundamentación lo lleva desde los repartidores a los beneficiarios.

94 Es posible v. LEONFANTI, María Antonia, “Derecho de necesidad”, Bs. As., Astrea, 1980; también v. gr. nuestros estudios “Comprensión jusfilosófica del derecho y el estado de necesidad”, en “Revista de la Facultad de Derecho” UNR, 10, págs. 43 y ss.; “Un pronunciamiento con amplias proyecciones problemáticas (notas de filosofía de la propiedad)”, “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional a cargo de Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, 23 de agosto de 2002, págs. 10/17.

21. 2. El paradigma anglofrancés ha sostenido la legitimación por autonomía de los individuos, pero muchas veces no ha podido hacerlo como infraautonomía (democracia), porque no ha valorizado a los sectores populares y ha quedado en minoría. El paradigma hispánico tradicional ha procedido a la inversa, remitiéndose menos a la autonomía de los individuos y reclamando la legitimidad democrática. La legitimación mayoritaria en la democracia es uno de los denominadores comunes que pueden ir contribuyendo a la coexistencia y la integración

Los enfrentamientos entre los sectores se han manifestado en asignaciones de responsabilidad a nuestro parecer excesivas, sobre todo en detrimento del paradigma hispánico tradicional. El sector anglofrancés, en su carácter dominante, se ha apoyado principalmente en el mérito y el hispánico tradicional ha invocado muchas veces el merecimiento.

El sector hispánico tradicional pone énfasis en el objeto de los repartos. En este aspecto, el paradigma anglofrancés tiende a permitir la expansión de los métodos artificiales de reproducción e incluso de extinción de la vida humana y el hispánico tradicional se atiene más a los naturales. Un denominador común parece ser hoy el respeto a los derechos humanos. Un hito anglofrancés histórico es la propiedad privada; en cambio el sector hispánico tradicional se ha referido más, en su historia, a un hito de propiedad social.

Dada su confianza en la razón ilustrada, el sector anglofrancés se remite más, aunque sea en apariencia, a la legitimidad por la forma y a las razones.

22. 1. Según la direccionalidad del principio supremo de justicia adoptado, el régimen ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Esto significa que ha de ser *humanista* y no totalitario. El humanismo, uno de los hitos direccionales más importantes de la dimensión dikelógica; puede ser abstencionista o intervencionista (paternalista). Cuando se desvía el abstencionismo se llega al individualismo; en la desviación del intervencionismo se arriba al totalitarismo. Quizás pueda sostenerse que desde el régimen como gobierno el abstencionismo es más un bastión y el intervencionismo más un arquetipo.

El individuo ha de ser respetado en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su participación en la *comunidad*; estas tres direccionalidades conducen de manera respectiva al liberalismo político, la democracia y la “res publica”. Los tres hitos, de muy difícil compatibilización, traen a recuerdo el lema de la Revolución Francesa y su accidentada trayectoria histórica.

La realización del régimen de justicia exige la *protección* del individuo contra todas las amenazas: respecto de los demás individuos como tales y como régimen; en cuanto a sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). La polemizada búsqueda del equilibrio de estas direccionalidades contribuye en mucho a la caracterización del paradigma.

Para que el paradigma sea humanista y no totalitario es también importante que cuente con criterios de *corrección diferencial* logrados por evaluación externa. Así sucede, por ejemplo, en la protección de minorías. El gran problema es cómo lograrlo satisfactoriamente sin caer en la inferencia de otros paradigmas.

22. 2. Estos hitos direccionales dikelógicos viven de diversas maneras en los paradigmas de los sectores anglofrancés e hispánico tradicional. El anglofrancés se ha orientado hacia un discurso abstencionista, aunque en los hechos ha pretendido reiteradamente el paternalismo respecto del paradigma hispano, que desejerarquizaba. Ha invocado la unicidad y la igualdad y la protección del individuo contra el régimen, con cierto sentido de liberalismo e incluso de democracia, pese a que al desplazarse hacia la socialdemocracia también se ha adherido al resguardo contra lo demás. El paradigma hispánico tradicional ha tomado como direccionalidades preferentes el intervencionismo (paternalismo); la igualdad y la comunidad, con afinidades democráticas y de “res publica”, y el resguardo contra los demás individuos como tales, el propio individuo y lo demás. Obviamente este sector ha rechazado el intervencionismo que en su seno pretendió el paradigma anglofrancés. La democracia puede ser hoy un denominador común de importancia.

En un sentido específico: aunque los dos hitos son relevantes en los dos paradigmas, para el anglofrancés lo es más el de la protección del consumidor; para el hispánico tradicional lo es el de la protección del trabajador⁹⁵.

II. Los hitos y los paradigmas y las ramas del mundo jurídico

23. 1. El complejo de las ramas del mundo jurídico, de cuya consideración se ocupa la Teoría General del Derecho, muestra que ellas contribuyen a constituir hitos que ocupan diversos lugares según la formación que tenga el paradigma de que se trate. Las relaciones entre las ramas son a menudo muy difíciles.

23. 2. El *Derecho Civil* y el *Derecho Comercial* son importantes constituyentes de hitos del paradigma anglofrancés, al punto que el Código de Comercio (1859/62) y el Código Civil (1869) fueron hitos normativos relevantes de su formación. En cambio, el *Derecho del Trabajo* (sobre todo a partir del poder peronista de 1945) contribuye a formar hitos más significativos para el paradigma hispánico tradicional. Los conflictos entre los dos paradigmas a través de estos hitos han sido muy notorios, sobre todo hasta la reforma civil de 1968.

Cada paradigma ha tenido, además, diversa referencia de *Derecho Constitucional*

95 Puede v. nuestro artículo “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)”, en “El Derecho”, t. 159, págs. 1022 y ss.

(1853/60 y 1949), aunque entendemos que en esta rama es posible desenvolver un importante espacio de denominadores comunes a los dos, de hitos y paradigma comunes⁹⁶. El *Derecho de la Integración* referido a la región (Mercosur, Unión del Sur) puede ser otro hito común relevante.

C. Conclusión

24. La *Culturología Jurídica* es una disciplina que merece creciente consideración. En su marco, los hitos y los paradigmas jurídicos son temas de gran relevancia.

Los *hitos jurídicos* son sucesos, personas o cosas desenvueltos en la realidad social captados por normas y direccionados por valores, que se integran generalmente en *paradigmas*. Indirectamente puede hablarse de las direccionalidades como hitos axiológicos.

Los hitos y los paradigmas se comprenden mejor cuando se los plantea como *respuestas jurídicas* y se reconoce su estructura tridimensional según la propuesta de la *teoría trialista* del mundo jurídico. Es importante poder realizar una “*radiografía*” *trialista* de cada *hito* y cada *paradigma*.

En la Argentina los hitos y los paradigmas más relevantes se han desarrollado en los sentidos *anglofrancés* e *hispánico tradicional*. Avanzando hacia la Filosofía y la Política Cultural puede afirmarse que es necesario integrarlos mediante las correcciones que resulten necesarias. Para ello es conveniente desenvolver denominadores comunes.

Hay que integrar a Caseros y Pavón con el 17 de octubre, a Rivadavia, Mitre y Sarmiento con Rosas y Perón, al Teatro Colón con la CGT; a la Constitución de 1853 y el Código Civil con la legislación social y a la utilidad con la justicia social. Existen relevantes denominadores comunes que vienen haciendo y podrán hacer valiosos aportes al respecto.

96 Suele debatirse, especialmente en otros espacios, sobre el patriotismo constitucional y el legado de la constitución (es posible c. v. gr. STERNBERGER, Dolf, “Patriotismo constitucional”, trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Eduvinet, La identidad europea como objeto de estudio y enseñanza, <http://www.eduvinet.de/eduvinet/es021.htm>, Edmund Ohlendorf, trad. Eduardo Díaz, 19-1-2006; Patriotismo, <http://usuarios.lycos.es/christianlr/01d51a93b410e5819/01d51a93f4141fd0b.html>, 18-1-2006; Patriotismo Constitucional, Vivere Libero, El País, 6 de diciembre de 2001, Fernando Savater, <http://culturitalia.uibk.ac.at/hispanoteca/Landeskunde-Spanien/Autonom%C3%ADas/Temas%20de%20Autonom%C3%ADas/Patriotismo%20constitucional.htm>, 19-1-2006; Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 2. 1999, Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español, José Ignacio Lacasta-Zabalza, <http://www.uv.es/CEFD/2/Lacasta.html>, 19-1-2006; Página de Miguel Izu, La senda del patriotismo constitucional, <http://www.retena.es/personales/mizubel/sendah.htm>, 19-1-2006; ¿Patriotismo constitucional?, Pedro de la Vega, <http://www.esi2.us.es/~mbilbao/pdf/vega.pdf>, 18-1-2006; Pensamiento crítico, Kepa Bilbao, Una lectura libre desde y para Euskadi del patriotismo constitucional de Habermas, Hika, n° 147, <http://www.pensamientocritico.org/kepbil0903.htm>, 19-1-2006; Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional, Antonio Cavalcanti Maia, http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/DiversidadeCultural/Antonio_Cavalcanti.pdf, 22-1-2006).

APORTES DESDE LA TEORÍA DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS Y VITALES AL DERECHO DE LA EDUCACIÓN

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI (*)

1. En diversas oportunidades nos hemos referido al *Derecho de la Educación* como una de las nuevas perspectivas jurídicas llamadas a guardar relaciones de *recíproco enriquecimiento* con otras tradicionales como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Comercial, el Derecho Civil y el Derecho Procesal¹.

En este caso, deseamos referirnos específicamente a las vinculaciones entre el Derecho de la Educación y el Derecho Comercial a través de las relaciones de la *educación*² y el *comercio* en el seno de la cultura jurídica argentina actual. Lo hacemos mediante los aportes que brinda la *teoría de las respuestas jurídicas y vitales en general*, elaborada sobre las bases del Derecho Internacional Privado clásico, de contactos de respuestas en el espacio³.

Muchos otros enfoques podrían relacionar la educación con el comercio, por ejemplo,

(*) Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador del CONICET.

El presente artículo tiene la finalidad de abrir cauces sistematizados de investigación, no de agotar sus posibilidades.

Testimonio de gratitud del autor al grupo del Área y la asignatura Derecho de la Educación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario a cargo del profesor Gonzalo Alvarez por haber sabido hacer realidad un antiguo ideal. Puede v. nota de Gonzalo Alvarez en este mismo número de "Investigación y Docencia".

1 Es posible c. nuestros artículos "Derecho de la Educación y economía", en "Investigación y docencia", N° 17, págs. 43 y ss.; "Derecho de la Educación", en "Academia", año 3, número 5, págs. 135/154; "Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia", en "Zeus", t. 29, págs. D-175 y ss.

Otras ramas nuevas son el Derecho de la Salud, el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Ancianidad, etc.

2 Pueden c. por ej. Biblioteca Nacional de Maestros, <http://www.bnm.me.gov.ar/>, 20-1-2006; Western Michigan University Libraries, Education: Dictionaries, Directories and Encyclopedias, <http://www.wmich.edu/library/subject/rt.php?subjectid=19&resourcetypeid=81#53>, 29-1-2006; Charles Sturt University, Education Virtual Library, <http://www.csu.edu.au/education/library.html>, 28-1-2006.

3 Cabe c. nuestro estudio "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en "Investigación ..." cit., N° 37, págs. 85/140); también "Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad", en "Bioética y Bioderecho", N° 3, págs. 83 y ss.

refiriéndose a ambos como sectores que en la *sociedad civil*⁴ guardan vinculaciones hegemónicas a veces conflictivas, o atendiendo a las condiciones de un país como el nuestro, que fue construido en gran medida en relación con el *hito cultural* de la educación pero, pese a la laboriosidad de muchos de sus habitantes, tiende a “*parasitar*” un enorme territorio del que no logra obtener, tampoco mediante el comercio, los beneficios debidos; de un país que, con excesiva frecuencia, incluso “*comercializa*” (compra) y no “*industrializa*” instituciones e ideas⁵. No obstante, en nuestro caso hemos de ceñirnos a los aportes de la teoría general de las respuestas jurídicas y vitales.

2. Las *respuestas* jurídicas y vitales en general, en este caso la educación y el comercio, tienen distintos *alcances personales, temporales, espaciales, materiales y racionales* y en su *dinámica se expanden, retroceden* y son *sustituidas*, en lo conceptual y lo fáctico. En estos sentidos puede hablarse de la “*plusmodelación*”, la “*minusmodelación*” y la “*sustitución*” de la educación y el comercio.

Parece notorio que en nuestro tiempo en general y de modo especial en la Argentina, pese a nuestra tradición de educación gratuita, general y formativa, hay una fuerte *plusmodelación*, que primero fue fáctica y ahora resulta ser conceptual, del comercio sobre la educación. Esto significa, obviamente, cierta *minusmodelación* de la educación en sus objetivos “*propios*”, primero en lo fáctico y ahora en lo conceptual.

Se ha producido, en distintos sentidos, un gran incremento de la comercialización de la educación y los niveles de educación real de la población en general han disminuido significativamente. La *minusmodelación* personal y material de la educación es notoria. Incluso los propios protagonistas del proceso de enseñanza-aprendizaje parecen a menudo desanimados en relación a los objetivos del mismo.

La *plusmodelación* espacial y material del comercio, para el que suelen reclamarse alcances planetarios y la inclusión de todos los despliegues de la vida, lleva a la *globalización* y promueve la *minusmodelación* personal y material de la educación en un proceso de *globalización/marginación*⁶.

4 Diversa de la sociedad política, especialmente orientada al poder.

5 Pueden v. nuestros artículos “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación ...” cit., N° 34, págs. 59/65; “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, págs. 33 y ss. También “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

6 Es posible v. La educación superior en las negociaciones de comercio internacional. Opciones planteadas al espacio regional MERCOSUR, Lincoln Bizzozero, http://www.rau.edu.uy/sui/publicaciones/algunosTemas/doc_tr20.pdf, 21-1-2006; Revista La Tarea, Educación, cultura y tratado de libre comercio, Víctor Manuel Caamaño Cano, <http://www.latarea.com.mx/articu/articu0/caamano0.htm>, 21-1-2006; AmeSur, La educación en el contexto de las negociaciones comerciales internacionales, Cristina Dirí, <http://www.amersur.org.ar/SocEdyTrab/EduCyComercio.htm>, 21-1-2006.

A nuestro entender, es axiológicamente relevante revertir esa situación, fortaleciendo la realización de la *gratuidad*, la *generalidad* y la aptitud *formativa* personal de la educación y reedificando la adhesión a los *objetivos* del proceso educativo, ahora distintos de los históricos, pero con análoga fuerza formativa⁷. Asimismo creemos importante llegar a la *universalización* respetuosa de la riqueza de las particularidades.

3. 1. Las respuestas, en este caso de educación y comercio, pueden presentar situaciones de *aislamiento*, *coexistencia* de elementos independientes, *dominación*, *integración* y *desintegración*.

Estas situaciones se definen según cómo se *construye* y se *califica* (problema de las calificaciones), cómo se resuelven los *alcances* de los encadenamientos de respuestas (problema de la cuestión previa), las posibilidades de *fraude* (problema del fraude a la ley) y de que una respuesta “*reenvíe*” hacia otra (problema del reenvío), y las condiciones últimas de *rechazo* que guarda una respuesta para defenderse (problema del orden público)⁸.

Parece claro que el comercio *domina* y *desintegra* a la educación aunque, en cierta relación “dialéctica”, a su vez la educación *desintegra* al comercio.

3. 2. La *dominación* se manifiesta en la posibilidad de la respuesta dominante de *construir* y *calificar* los sucesos, de determinar y jerarquizar los *alcances* problemáticos, de posibilitar el *fraude* respecto de la respuesta dominada e impedirlo sobre ella misma, de *reenviar* a otros despliegues convenientes a sus intereses e impedir que lo haga la dominada y de imponer la propia *capacidad de rechazo* de las percepciones ajenas, venciendo las del ámbito dominado.

La *calificación* de la educación no alcanza a cubrir los despliegues de los *servicios auxiliares*, que le serían propios, y éstos son, a veces necesariamente, entregados como cuestiones ajenas a actividades comerciales. Imperan criterios de “*evaluación*” eficientistas y comercialistas. Es más, no se forma al ciudadano ni al hombre, sino se moldea al *sujeto económico*, principalmente al consumidor. Las *cuestiones previas* de la *salud* y la *formación* de los educadores son sometidas con predominio de lo comercial. El comercio permite el *fraude* a la educación y a veces meros comerciantes pasan por educadores. El comercio impide que la educación pueda “*reenviar*” problemas que le son propios según sus propios criterios, como sería el seguro de desempleo para educadores. A veces la educación no consigue *rechazar* que criterios comerciales decidan el colapso de las instituciones en que se desarrolla.

Cabe c. nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 41/56.

7 Un reciente planteo afín de estas cuestiones, desde la perspectiva central universitaria, puede v. en ALTERINI, Atilio A., “La Universidad Pública en un Proyecto de Nación”, Bs. As., La Ley, 2006.

8 Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 8ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988.

La dominación significa que los *denominadores* particulares de la respuesta dominante se hacen denominadores *comunes impuestos*⁹. Parece notorio que los denominadores propios del comercio se imponen a la educación.

En el terreno axiológico, a menudo la *utilidad* comercial domina a la plenitud de la *humanidad* educativa.

3. 3. También hay despliegues de *desintegración*, de la educación por el comercio y, en alguna medida, del comercio por la educación.

En la desintegración las *construcciones* y las *calificaciones* se efectúan con criterios diferentes para casos que deberían ser análogos; se tiende a multiplicar la *distancia* dentro del sector; se permite el *fraude*; varían los criterios de *remisión* a otras respuestas, con posiciones claudicantes, y se pierde el *resguardo* del sector que se desintegra.

La desintegración de la educación por la economía se muestra en las calificaciones diversas de los servicios auxiliares de la educación según las posibilidades comerciales; en los diferentes alcances de las posibilidades de salud y formación docente conforme las oriente el comercio; en las posibilidades de fraude, con distintos alcances y en diferentes posibilidades de que la educación rechace las imposiciones comerciales.

En la desintegración se originan denominadores particulares dentro las áreas desintegradas y esto tiende a suceder en el ámbito educativo, fracturado horizontal y verticalmente más allá de las pretensiones sistemáticas.

A veces, sin embargo, la educación desintegra al comercio, por ejemplo, calificando como comercial una formación que no lo es y permitiendo que así éste sea sometido al menos parcialmente al fraude, sin que el comercio esté siempre en condiciones de rechazar los avances desviados de la educación.

3. 4. El aislamiento de la educación y el comercio sería inadmisibles en las actuales circunstancias históricas. Es notorio que, a diferencia de sociedades como las de la Edad Media, donde la educación estuvo en gran medida en manos de la Iglesia e instituciones de caridad, en nuestras sociedades, en mayor o menor medida “capitalistas”, la educación y el comercio están y deben estar vinculados.

Creemos que sería valioso que la educación y el comercio pudieran *coexistir* en relativa independencia o *integrarse*. En el caso de la *coexistencia* de la educación y el comercio, la *construcción* y la *calificación* se producirían según cada uno de ellos; ambos determinarían los *alcances* de sus problemas; se rechazaría el *fraude* a los dos; se admitirían los *reenvíos* por cualquiera de los elementos del contacto y se aceptaría la *capacidad de rechazo* de las

9 Respecto de los *denominadores comunes y particulares* es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, t. II, 1984, págs. 205 y ss.

percepciones ajenas indebidas por cualquiera de dichos espacios. Cada uno tendría sus denominadores particulares y además existirían denominadores comunes.

En la *integración* de la educación y el comercio la *construcción* y la *calificación* se producirían en común; habría *respuestas especiales* de síntesis de los elementos en contacto; el concepto de *fraude* interno al proceso se elastizaría por resultar innecesario; se buscarían *soluciones directas* en común, sin reenvíos y disminuirían legítimamente las *reservas* entre las partes. En la integración se generarían denominadores comunes de gran importancia.

4. 1. Estimamos que la superación de la actual condición de plusmodelación del comercio y de minusmodelación de la educación y de dominación de ésta por el comercio, con miras a la coexistencia o la integración, requiere que el *Estado*, órgano de la *democracia* y de los *derechos humanos*, asuma importantes responsabilidades respecto de la educación. También creemos que es relevante la intervención de *organizaciones no gubernamentales*¹⁰.

4. 2. De las relaciones valiosas entre educación y comercio dependen en gran medida las vinculaciones satisfactorias entre *Derecho de la Educación* y *Derecho Comercial*. Pensamos que el comercio debe ser *para el hombre* y la educación y el Derecho de la Educación deben contribuir a ello¹¹.

10 Puede v. por ej. Contribuciones a la economía, Sobre las Organizaciones no Gubernamentales, Raquel Herranz Bascones, <http://www.eumed.net/ce/2005/rhb-ong.htm>, 29-1-2006.

11 En cuanto a los datos estadísticos, cabe v. por ej. Indec, Nivel de educación, http://www.indec.mecon.ar/principal.asp?id_tema=78, 29-1-2006.
Cabe c. UNESCO, Education for all by 2015, http://portal.unesco.org/education/en/ev.php-URL_ID=42332&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, 29-1-2006; Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, <http://www.oei.es/>, 29-1-2006.

EL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD. CRISIS Y RECONOCIMIENTO DE LAS RAMAS JURÍDICAS

EDUARDO VÍCTOR LAPENTA - LAURA MARÍA GIOSA (*)

1. Derecho de la Universidad

Creemos que es necesario *reconocer* el Derecho de la Universidad, como rama jurídica emergente –y eclipsada–, ante la *crisis* de las ramas jurídicas tradicionales, particularmente el derecho comercial y el derecho administrativo, para afrontar los problemas de la Universidad.

Derecho de la Universidad, que tiene su centro crítico en la protección de los alumnos, docentes e investigadores universitarios, en relación a la creación y transmisión del conocimiento como bien social, pero que también se extiende a la consideración de los no docentes y la sociedad en general.

Esta primera aproximación al Derecho de la Universidad lo muestra como una *rama transversal* que, para atender el área disciplinar en todas sus facetas, debe ocuparse de la regulación jurídica de problemas tan disímiles como la autonomía universitaria, el ingreso y permanencia de los alumnos, la enseñanza, la libertad de cátedra y de investigación, el régimen de trabajo de los docentes y no docentes en universidades públicas y privadas, los derechos y responsabilidades por las actividades de extensión y transferencia, la vinculación con entidades, los problemas de la propiedad intelectual, etc.

En cada uno de estos problemas hay que determinar si existen especificidades que justifiquen construcciones jurídicas diversas de las que prevé la rama del derecho que hoy se aplica.

Por ello sólo intentaremos delinear la cuestión.

2. Los nuevos desafíos de la Universidad

La Universidad es un muy complejo producto de la historia de Occidente nacido al final de medievo europeo.

2.1 La primera Universidad fue la de Bolonia, que nació a impulso de algunos jóvenes

(*) Los autores son profesores e investigadores de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, y participan en el proyecto de investigación sobre “El Derecho de la Universidad”.

que se preparaban para actuar en un mundo nuevo, en el cual se desenvolvería el capitalismo. Ellos convocaron a maestros para que le enseñaran Derecho. Esto significa que la Universidad nació con un despliegue “profesional” y de cierto modo económico.

Otras Universidades, como la de París, tuvieron un sentido más “científico”, centrando su saber en la Teología y la Filosofía.

En la Edad Moderna la Universidad no tuvo marcado protagonismo, pero en la Edad Contemporánea se incrementó significativamente, sobre todo en el modelo de la Universidad “científica” que confluyó en la concepción fuerte del Estado.

En Estados Unidos de América, el notable desarrollo del capitalismo le confirió esa impronta a sus Universidades, vinculándolas fuertemente con la economía.

Durante el siglo XX algunas Universidades adquirieron, también, sentidos de la promoción social y de compromiso con la sociedad, como lo muestra la Reforma Universitaria de 1918¹.

2.2 En la “posmodernidad” transitamos por un cambio aún difuso e indefinido, no solo de edad sino de era de la Historia, que se expresa en el enorme desarrollo de la informática, de las comunicaciones, de la información disponible y, fundamentalmente, en el control de los caracteres futuros de la especie por vía de la genética.

La Universidad debe encontrar el perfil de un nuevo tiempo. En días como los nuestros, cuando la Iglesia tiene menos protagonismo y el Estado moderno-nacional pierde espacio en aras de las privatizaciones, la Institución es requerida para que produzca grandes cambios².

2.3 Una de las características relevantes de la posmodernidad, es la globalización / marginación.

La globalización tiene dos sentidos interrelacionados, uno espacial, por la expansión de un sistema de vida, sobre todo económico, que tiende a abarcar toda la Tierra, y el otro material, en la referencia a un valor, la utilidad, que tiende a someter y al fin ignorar otros valores.

La globalización espacial sobrepasa las fronteras de los Estados y profundiza la estratificación social. Una capa se integra y participa de los beneficios de la sociedad económica y tecnológica y la otra es excluida de ella, cualquiera sea el lugar físico donde viva. Las “fronteras” actuales no pasan por lugares físicos determinados, sino por la diversidad de estilos de vida.

La globalización admite muchas diversidades de superficie, permitiéndonos particularidades a veces valiosas y otras quizás “desvaliosas” que antes eran inadmisibles, por ejemplo, en materia sexual, pero en lo hondo impone una extrema uniformidad utilitaria

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre la calidad educativa, política, gestión y formación”, Facultad de Ciencias Químicas de la Universidad Nacional de Córdoba, 17 de mayo de 2004, <http://www.fcq.unc.edu.ar/site/jornadas/conferenciacaldani.doc> (consultada dic-2005)

2 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones...” cit.

de modo que, sobre todo para quién no produce o no consume, no encuentra un “lugar” vital. Por ejemplo, resulta muy difícil ser anciano sin resultar “reubicado” en un centro geriátrico donde se concrete el consumo o por lo menos no se perturbe el sistema³.

La economía está globalizada pero la conservación y protección de la vida humana no es mundial.

En ese contexto se pueden observar fuertes presiones de la OMC para considerar la educación superior como un servicio comercial –en mercancía de comercialización internacional–, en lugar del ya referido bien público. Ello ha merecido respuesta en la Carta de Porto Alegre⁴.

2.4 El principio de acceso a la educación superior integra el conjunto de derechos humanos, aunque –a diferencia de los otros niveles educativos– se vincula con los méritos respectivos, con la capacidad de cada uno.⁵

La educación aparece como el instrumento esencial para equilibrar los efectos de la globalización, para superar el capitalismo con un nuevo humanismo.

La educación en general, y la superior en particular, son instrumentos esenciales para enfrentar exitosamente los desafíos del mundo moderno y para formar ciudadanos capaces de construir una sociedad más justa y abierta, basada en la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y el uso compartido del conocimiento y la información. La educación superior constituye un elemento insustituible para el desarrollo social, la producción, el crecimiento económico, el fortalecimiento de la identidad cultural, el mantenimiento de la cohesión social, la lucha contra la pobreza y la promoción de la cultura de paz. El conocimiento es un bien social⁶.

La educación es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos, la democracia, el desarrollo sostenible y la paz, por lo que deberá ser accesible a todos a lo largo de toda la vida⁷.

2.5 Latinoamérica es la región del planeta con el menor gasto promedio por alumno matriculado en la educación superior, es la región que menos invierte en la rama superior de

3 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión de la Globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación y Docencia”, n° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996.

4 III Cumbre Iberoamericana de Rectores de Universidades Públicas, Porto Alegre, 25-27 de abril de 2002 “... La propuesta de entregar al libre comercio la educación superior se inscribe en un proceso sostenido de drásticos recortes del financiamiento público, de fomento a la globalización de la educación privada, y que pretende que los Estados abandonen su función política específica, de orientación, dirección y gestión en las áreas de su responsabilidad social. Estos planteamientos lesionan seriamente las políticas de equidad indispensables para el equilibrio social, en especial para los países en desarrollo, necesarias para corregir las desigualdades sociales, y tienen serias consecuencias para nuestra identidad cultural...”

5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención sobre la Lucha contra la Discriminación.

6 Conferencia Regional sobre “Políticas y Estrategias para la Transformación de la Educación Superior en América Latina y el Caribe”, CRESALC/UNESCO, La Habana, 1996.

7 Conferencia Mundial sobre la Educación Superior, “La educación superior en el siglo XXI”, organizada por la UNESCO, realizada en París en octubre de 1998.

la enseñanza.

Contrariamente a la idea de masividad universitaria que a veces tenemos, es muy baja la tasa de escolarización universitaria en la región, con una brecha continuamente creciente. La tasa de escolarización superior en los países más desarrollados pasó del 39,5 al 59,5 %, en la década de 1985 a 1995, mientras que en la región latinoamericana ascendió solo de 15,8% a 17,3%. De allí que la denominada “universidad de masas” expresa en nuestro país, en gran medida, la insuficiencia de recursos para incorporar ese altísimo porcentaje de la población, en la educación universitaria.

La producción científica de la región medida en número de publicaciones solo representa alrededor del 1% de la producción mundial, lo que se reproduce en la exigua cantidad de científicos y técnicos, mínimo gasto interno en I+D en relación al PBI, etc.⁸

3. El Derecho en la concepción trialista del mundo jurídico

Para ubicarnos en lo que consideramos el Derecho de la Universidad, primero será menester explicar que entendemos por “Derecho”.

Podemos tener distintas visiones de lo que el Derecho “es”, que refieren a las normas, los hechos o los valores, lo que lleva a un debate que hasta hoy aparece como insoluble.

Creemos que es posible dejar en suspenso ese debate, y pactar teniendo en cuenta nuestro interés, lo que consideramos el objeto de la ciencia jurídica. Entendemos que la mayoría de las personas tienen *interés* en considerar, dentro del campo jurídico, los *hechos*, las *normas* y los *valores*, como lo hace el integrativismo trialista⁹.

La teoría trialista del mundo jurídico sostiene que ese mundo resulta identificable, en definitiva, por las posibilidades de realizar la justicia en la realidad social y en las normas.

El trialismo permite comprender los despliegues del Derecho como adjudicaciones de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y a la vida)¹⁰, principalmente repartos (producidos por la conducta humana de seres determinables); la captación de los repartos por normas que los describen e integran, y los valores (principalmente la justicia) que se refieren a los repartos y las normas¹¹.

En una visión más dinámica puede decirse que se trata de las conductas y las normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la justicia.

Además de la visión micro del reparto individual, el trialismo tiene una visión macro del

8 BROVETTO, Jorge “El Derecho a la Educación en el Siglo XXI”, <http://www.rau.edu.uy/universidad/ddhh/espanol/espanol.htm> (consultada dic-2005)

9 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones, Rosario, 2000, p.50.

10 Por ejemplo, se discute una posible modificación a la Ley de Educación Superior, y pocos aceptarán considerar que solo sea un problema de lógica o de lingüística; por el contrario, están pensando como afectará su vida, si los beneficiará o los perjudicará.

11 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones...” cit.

orden de repartos, el ordenamiento jurídico, y la justicia de ambos.

4. Las Ramas Jurídicas

4.1 Para el enfoque trialista las ramas jurídicas constituyen un sistema de reglas y principios propios, a partir de una realidad social, normas y valores especiales.

Se identifican por tener soluciones y métodos particulares para adecuarse a especiales requerimientos de justicia, respecto de la realidad social y las normas. Y cada una de las ramas jurídicas tiene una vinculación especial con otros valores, como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, el amor, etc.

Esas ramas están dotadas de autonomía *material* en el conjunto del Derecho, aunque pueden tener otras autonomías derivadas o secundarias de carácter legislativo, jurisdiccional, administrativo, científico y académico, y pueden adquirir también autonomía educativa.

En la modernidad la ciencia del derecho realizó grandes esfuerzos por delimitar las ramas jurídicas. Se llegó así a codificaciones, a fueros especiales, a la consolidación de “partes generales” de las ciencias respectivas que permitieron la redacción de grandes tratados, y la multiplicidad de asignaturas que hoy caracteriza a los planes de estudio.

Existen ramas tradicionales como el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, etc., con proyecciones más vinculadas al Derecho Privado o al Derecho Público.

4.2 En la llamada posmodernidad, que se caracteriza por un debilitamiento de la razón abstracta y una crisis del sujeto, por una diversidad de superficie y una radical uniformidad utilitaria en lo profundo, las ramas jurídicas tradicionales están en *crisis*.

Las leyes pierden su delimitación, las competencias se mezclan y la burocracia avanza. La enseñanza acompaña esa mezcla legislativa y judicial con cursos y posgrados que también evidencian esa confusión.

La autonomía legislativa, donde los códigos *resisten*, muchas veces encierra el pensamiento y limita el avance del Derecho. También la autonomía científica puede ser un brete para la vida. La vida desborda los compartimentos.

Deben existir ramas jurídicas que releen las necesidades humanas. Hay que proteger a los débiles de los avances burocráticos y comercialistas. Es necesario desenmascarar el discurso de poder que a veces está consagrado en las ramas tradicionales. El derecho y la economía, fueron hechas para el hombre, no al revés.

4.3 Por ello *emergen* nuevas ramas como el Derecho de la Salud, de la Educación, de la Ancianidad, del Arte, el Bioderecho, la Informática, etc., que permanecían eclipsadas frente a las ramas jurídicas tradicionales.

Estos enfoques son legítimos en tanto enriquezcan –y no nieguen– la profundidad que se ha alcanzado en la comprensión de las ramas tradicionales.

Las perspectivas de la comprensión del conjunto del mundo jurídico y sus partes se

enriquecen recíprocamente. En mayor o menor medida cada rama manifiesta en diversos grados el resto del *todo* abierto del Derecho.

Estamos con la cabeza fracturada¹², y necesitamos recobrar el pensamiento integrador; encontrar el *conocimiento pertinente*¹³.

De allí que incorporemos la perspectiva de conjunto de las ramas que se vinculan a un determinado problema jurídico, lo que es materia de un saber denominado Teoría General del Derecho¹⁴.

4.4 El ocultamiento de las ramas jurídicas suele ser, sobre todo, un camino para la consagración de intereses ilegítimos. El eclipse del Derecho de la Universidad por las presencias exclusivas del Derecho Administrativo o el Derecho Comercial oculta los merecimientos de los educandos, educadores y científicos, bloquea la creatividad, dificulta la audiencia de los interesados más relevantes y desvía la correcta fundamentación de los repartos.

Por ese ocultamiento los científicos y educandos suelen convertirse en medios de otros hombres o de la sociedad y los protagonistas débiles y necesitados de protección quedan a merced de otros individuos, del régimen e incluso de “lo demás” (ignorancia, pobreza, etc.). Muchos intereses ilegítimos se nutren del eclipse del Derecho de la Universidad¹⁵.

4.5 El reconocimiento de las ramas jurídicas contribuye a la comprensión del mundo político en general.

Si el Derecho, que en otra perspectiva es política jurídica, no se reconoce en su integración, tiene escasas posibilidades de dialogar con el resto de las ramas políticas y corre el riesgo de quedar prisionero de la exigencias de la política económica, sin poder aportar el esencial sentido humanista que la justicia puede agregar a los requerimientos del valor utilidad¹⁶.

5. Dimensiones del Derecho de la Universidad

5.1 El trialismo reconoce una dimensión sociológica, y estudia las adjudicaciones de potencia o impotencia, lo que favorece o perjudica a la vida. Dentro de las adjudicaciones, identifica los repartos que son obra de conductas humanas determinadas, y las distribuciones, que se producen por efecto de la naturaleza, el azar o la influencia humana difusa.

5.1.1 Desde la perspectiva sociológica el eclipse de ramas jurídicas dificulta la conducción

12 CIURO CALDANI, Disertación en las Jornadas en Homenaje a Bidart Campos, Rosario, 2005.

13 MORIN, Edgar, “Los siete saberes necesarios para la educación del futuro”, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

14 Asignatura obligatoria en el Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía, en la Escuela Superior de Derecho.

15 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las Ramas del Mundo Jurídico, sus Centros Críticos y sus Esferas Críticas”, en “Investigación ...” cit., n° 21, Rosario, págs. 73 y ss.

16 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico”, en “Investigación ...” cit., n° 27, pág. 69.

promoviendo confusos despliegues de distribuciones por influencias humanas difusas; aumenta y desorienta la autoridad y promueve un orden a la vez exagerado y claudicante¹⁷.

5.1.2 Para comprender los repartos universitarios es significativo, por ejemplo, reconocer cuáles son, dentro o fuera de las normas, los beneficiarios o gravados de la vida universitaria y cuáles son las potencias e impotencias que reciben. También la forma como se llega a la decisión.

El docente e investigador tiene en muchos casos escasa capacidad repartidora inmediata y, en cambio, suele ser beneficiario y gravado con mucha frecuencia. Su aptitud de negociación es escasa y no hay un verdadero proceso para con él sino una mera imposición¹⁸. En este sentido es un débil jurídico, como ocurre, por ejemplo, con el usuario y el consumidor.

Se reconoce de modo genérico la libertad de enseñanza e investigación, que tiene en miras al conocimiento como bien social. Pero el docente e investigador se desempeña en una relación de empleo, en la cuál las líneas de actividad pueden ser irrelevantes o contradictorias respecto a la voluntad de los empleadores.¹⁹ La alternancia de autoridades y políticas sin planificación afecta los proyectos educativos o de investigación de mediano y largo plazo. La jerarquía y el principio de unidad de acción que recepta el Derecho Administrativo, no refleja las necesidades de la Universidad.

La investigación suele vincularse al cargo docente, y a la libertad de hacerlo, condicionada por su mantenimiento. Los incentivos pueden funcionar en sentido contrario, desestimulando las actividades no comprendidas en ellos.

En el sector universitario privado, la libertad de enseñanza e investigación aparece amenazada por el posible cese laboral incausado.

5.1.3 El trialismo reconoce las razones del reparto, y distingue los móviles, las razones alegadas y las razones sociales.

Por ejemplo, a veces se procura la limitación de la cantidad de alumnos para promover las posibilidades de formación de los elegidos, en otros casos para afirmar privilegios de grupo o clase; a veces se busca el ingreso irrestricto para dar más oportunidades de crecimiento, en otros casos para contener la desocupación, obtener apoyo electoral, etc.

5.1.4 Los repartos se desenvuelven por imposición o por acuerdo, lo que permite al trialismo clasificarlos como autoritarios –realizadores del valor poder– o autónomos –donde se satisface el valor cooperación–. Lo que interesa es la realidad, porque una normativa contractual con apariencia autónoma, por ejemplo, puede esconder un reparto autoritario.

17 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas de la disertación de apertura: “Eclipse” y “Emersión” de las Ramas Jurídicas”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 21, 1996.

18 SOTO, Alfredo Mario, “Comprensión Jusfilosófica del Derecho de la Ciencia y la Tecnología”, en “Boletín ...” cit., n° 21.

19 Si bien existe cierta autonomía del profesional con respecto al empleador, en la relación de empleo pública o privada propia de otros ámbitos, se limita a decisiones en el marco de las metas y fines fijados por este, por lo que no se verifican los especiales requerimientos de justicia propios del quehacer universitario.

En la Universidad la ruptura de modelos del conocimiento previo, reclama protección adicional para quién “no es razonable”, según la visión de los demás, porque postula el quiebre de saberes consagrados.

5.1.5 La conducción repartidora no es omnipotente, y su funcionamiento tropieza con límites necesarios, impuestos por la naturaleza de las cosas. Los límites pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos. Los límites permiten distinguir repartos *exitosos* y *frustrados*.

Los límites políticos y económicos de la vida universitaria argentina han sido graves. El investigador se encuentra a menudo con límites sociopolíticos y socioeconómicos que le dificultan o le impiden realizar su labor²⁰, algunos de los cuáles pueden superarse con el reconocimiento del Derecho de la Universidad.

El espacio de conducción en la Universidad se reduce por una excesiva injerencia estatal, que constituye un límite a la autonomía. Pero el Estado también tiene límites para imponer determinados repartos, como ocurrió con el fracaso de aquel que pretendía la reducción presupuestaria del sistema universitario.

5.1.6 El conjunto de los repartos se estructura en un orden de repartos. Este puede formarse más verticalmente, según el plan de gobierno que indica quiénes son los supremos repartidores (quiénes mandan) y cuáles son los criterios supremos de reparto (con qué criterios mandan).

Pero también el orden puede constituirse de manera más “horizontal”, por la adopción de modelos que al ser considerados razonables son seguidos en otros repartos, produciéndose la ejemplaridad. Esta es de gran significación para que la Institución tenga bases sólidas.

La vida jurídica de la Universidad se desenvuelve en un marco de repartos producidos en un gran espacio que incluye otros repartos, de *conducciones* dentro de otras conducciones, pero también de influencias humanas difusas, la naturaleza e incluso el azar. Todo conductor de la vida universitaria debe tener en cuenta cuál es el espacio real de conducción. Conducir Córdoba no es lo mismo que hacerlo en Buenos Aires, en París o en Harvard²¹.

Suele decirse que la auténtica fuerza de una Universidad depende en gran medida de que todos los miembros de la comunidad compartan esperanzas y objetivos y están dispuestos a trabajar juntos y a comprometerse para alcanzarlos²².

5.2. Para el trialismo la dimensión normativa debe reflejar la vida en la forma más nítida posible. De allí que construya el concepto de norma como la *captación lógica neutral de un reparto proyectado*.

Las normas captan los repartos y como tales han de ser fieles y exactas. Esto significa que las normas han de describir con acierto el contenido de la voluntad de sus autores, para ser

20 SOTO, Alfredo Mario, op. cit.

21 CIURO CALDANI, “Reflexiones...” cit.

22 Íd.

fieles, y deben cumplirse para ser exactas. Uno de los grandes desvíos de la vida universitaria suele ser el dictado de *fuentes espectáculo*, no destinadas a ser cumplidas.

La evaluación universitaria es uno de los grandes recursos para lograr la exactitud de las normas respectivas²³.

Además, las normas integran los repartos. La integración se produce a través de conceptos que le dan nitidez generando “materializaciones” personales (alumno, docente, investigador, etc.) y no personales (biblioteca, universidad, etc.)

Desde la perspectiva normológica el eclipse de las ramas jurídicas suele obstruir el correcto funcionamiento de las normas. A través de la interferencia de ramas jurídicas que ocultan la presencia de otras suelen abrirse paso concepciones y materializaciones “desvaliosas” y las instituciones se desorientan. No es posible comprender el acto administrativo de realización de la ciencia o el acto educativo, como el de iluminación pública o el de recolección de residuos; los investigadores, los educadores y los educandos no somos sujetos administrativos indiferenciados de los demás y las instituciones científicas y educativas no son órganos administrativos comunes.²⁴

El concepto “Universidad” tiene gran fuerza ideológica; en términos trialistas puede decirse fuerza productora de “materializaciones” que *integran* la realidad, de modo que a veces, como suele suceder en nuestro país, se confía demasiado en dicha fuerza para intentar que por la magia conceptual se tenga por Universidades a realidades que distan de serlo. Una Universidad no nace por el simple dictado de la ley que la establezca.

A menudo la vida universitaria es “vaciada” por la búsqueda de efectos milagrosos de los “títulos” que, en una sociedad sin muchos cauces de ascenso, son tomados en su mera forma como pasaportes para subir de nivel²⁵.

5.3 En la dimensión axiológica o dikelógica, aunque los valores son discutibles y suele ser necesario referirse a ellos en base a consensos, en términos jurídicos, el régimen universitario ha de realizar principalmente la justicia, sin desconocer que para que esta se concrete deben satisfacerse ampliamente otros valores como la verdad, la utilidad, etc.

La Universidad es una institución ideológicamente tensa, en la cual cada modelo de Institución genera un complejo de valores diferente²⁶. La Universidad humboldtiana se refiere más a la *verdad*; la que expande el capitalismo anglosajón tiende a dirigirse más a la *utilidad*.

Compartimos la propuesta trialista de considerar que la justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para *desarrollarse plenamente*, es decir, para convertirse en persona.

23 Íd.

24 CIURO CALDANI, “Notas de la disertación...” cit.

25 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones...” cit.

26 Íd.

Ello supone afirmar la comprensión del Derecho al servicio de la plenitud de toda vida humana²⁷.

5.3.1 El trialismo considera que el valor se manifiesta en *despliegues* de *valencia*, *valoración* y *orientación*. Al lado de la valencia, en tanto deber ser ideal puro (la justicia debe ser), y la valoración, como deber ser aplicado (esto justo o injusto debe o no ser), se reconoce la *orientación* mediante criterios generales. Por ejemplo, la muerte de un hombre por otro debe ser sancionada.

Los criterios generales de orientación de valor pueden no adecuarse al caso concreto y, si bien el desplazarlos para realizar valoraciones completas, produce cierta crisis, puede ser este un camino de justicia.

En cuanto a la valoración, el trialismo considera que la justicia es una categoría *panónoma*, (pan: todo; nomos: ley que gobierna), y su aplicación al caso requeriría abarcar el pasado, el presente y el futuro, que no podemos satisfacer en plenitud, porque no somos omnipotentes ni omniscientes.

De allí que producimos *fraccionamientos* para *analizar* o *sintetizar* los despliegues de la justicia que se apartan o se atienden, de donde emergen cada una de las ramas jurídicas.

El trialismo toma como meta la complejidad de la vida, y procura *desfraccionar* hasta donde sea posible, para lograr un acercamiento mayor a la justicia, aún cuando conlleve cierto grado de inseguridad.

5.3.2 Sólo a través del reconocimiento de todas las ramas jurídicas eclipsadas puede apreciarse el desarrollo cabal de la persona exigido por el principio supremo de justicia.

El eclipse de las ramas jurídicas tiende a bloquear los caminos del humanismo haciendo a unos hombres meros medios de otros o de la sociedad y rompe el equilibrio entre medios que deben contribuir al régimen de justicia.

5.3.3 El desafío es encontrar los institutos que son regulados insatisfactoriamente por el derecho comercial, el derecho laboral o el derecho administrativo.

En el Derecho Comercial el centro crítico, quizás, esté en la protección de la actividad económica en gran escala. En el Derecho Laboral o del Trabajo, es el requerimiento de protección al trabajador. En el Derecho Administrativo, en la necesidad de servir a la comunidad, de brindar servicios.

Por ejemplo, las soluciones del Derecho Comercial o el Administrativo pueden hacer prevalecer al alumno (cliente, usuario), más aún el de posgrado, por sobre los objetivos de la institución. El Derecho Laboral se conformará con mantener la relación de empleo y la cuantía de la remuneración del docente e investigador, porque en general no reconoce metas ni fines propios del trabajador.

No sabemos muy bien qué hacer con el incremento cuantitativo de las posibilidades

27 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones, 2000, pág.54.

de vida. La jubilación obligatoria por razones de edad, sin consideración de la aptitud de la persona, es una institución del Derecho Administrativo notoriamente contraria a las necesidades universitarias, al punto que el “Decano” es el “miembro más antiguo de una comunidad”²⁸, asimilando la edad con la sabiduría, prudencia, respeto y tolerancia por las ideas ajenas.

Por el contrario, la consideración del otorgamiento del “año sabático” parece vincularse con exigencias especiales de justicia del Derecho de la Universidad.

5.3.4 Las clasificaciones de la justicia, es decir, los medios para pensar este valor, incluyen, entre otros grupos, las referencias a la justicia simétrica (de fácil comparación de potencias e impotencias), y la justicia asimétrica (de comparación más difícil); a la justicia particular, cuyas exigencias caracterizan al fin al Derecho Privado, y la justicia general (orientada al bien común) que, con sus requerimientos, individualiza al Derecho Público.

Probablemente ni la simetría obtenida por la moneda, ni la “conmutación” de la contraprestación, han de ser criterios dominantes de la educación y la investigación. Suele reconocerse, aunque formulando ciertas reservas, que en lo que refiere a la investigación básica y la educación superior, el criterio del dinero es muy imperfecto. La Universidad vive de realidades no expresables en términos monetarios y de “donación” de esfuerzos muy superiores a la legítima contraprestación²⁹.

5.3.5 El constante replanteo del saber universitario hace que se produzcan “desfraccionamientos” que generan inseguridad. La Universidad asegura respecto al mundo, pero crea inseguridad a los saberes consagrados y a los intereses que ellos representan.

5.3.6 Uno de los grandes interrogantes del Derecho es el de la legitimación que tienen y deben tener los repartidores. Legitimación que puede ser *autónoma* –por ej. *infraautónoma* (mayoritaria; concretamente democrática)– o *aristocrática* (por superioridad moral, científica o técnica). La Universidad es un campo de tensión entre aristocracia y democracia.

5.3.7 La legitimación de los beneficiarios puede producirse por el mérito de su conducta o por los merecimientos de su necesidad. La Universidad, sobre todo en la actualidad, es un campo de gran debate al respecto. La tradicional referencia al *mérito* suele ser al menos parcialmente cuestionada en aras de los *merecimientos*.

5.3.8 Un régimen justo de acuerdo con el criterio adoptado ha de ser *humanista*, es decir, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Debe proteger al individuo contra todas las amenazas, incluso contra la ignorancia, la pobreza, la soledad, etc., como puede hacerlo la Universidad.

Todos los hombres deben ser reconocidos como *únicos, iguales* e integrantes de una *comunidad*. El régimen debe servir a estos caracteres mediante el *liberalismo político*, la

28 Diccionario Real Academia Española, 21ª edición.

29 CIURO CALDANI, “Reflexiones...”, cit.

democracia, y la *res pública* (cosa común, república)³⁰.

Pero hay grandes tensiones entre ellos, también en la Universidad, porque no es lo mismo proteger la unicidad, la igualdad, o la comunidad.

El reconocimiento y desarrollo del Derecho de la Universidad debe procurar las soluciones jurídicas especiales superadoras de esas tensiones, potenciando el rol de la Universidad para enfrentar los desafíos de orden mundial actual.

30 CIURO CALDANI, "Metodología..." cit., pág. 89.

APORTE TRIALISTA PARA LA INTEGRACIÓN DE LA AXIOLOGÍA DIKELÓGICA Y LA LITERATURA

MATÍAS MASCITTI (*)

“En Dios el poder y la esencia, la voluntad y la inteligencia, la sabiduría y la justicia son una sola cosa, de suerte que nada puede haber en el poder divino que no pueda estar en la justa voluntad de Dios o en su sabia inteligencia”
(Santo Tomás de Aquino, S. Th. I, 25, 5, ad 1).

1. Introducción

Este trabajo sigue el lineamiento del Trialismo, la filosofía jurídica de la complejidad pura.

En primer lugar brindamos un esbozo del mundo jurídico, que posee tres dimensiones enfocando nuestra atención en la justicia, valor absoluto del Derecho. Distinguiendo la justicia como valor, destacamos las diversas relaciones entre los distintos valores que se suscitan en el plexo axiológico, centrándonos en la axiología de la justicia, siempre desde una apreciación histórica. Así es como la Teoría trialista del mundo jurídico permite su integración con las restantes ramas del mundo político.

Pasamos luego a un sintético análisis de la política artística, describiendo la conceptualización del arte como fenómeno de la Política, y consiguientemente señalamos sus tres dimensiones, deteniéndonos en su valor absoluto: la belleza, y su relación con los demás valores del complejo axiológico.

Posteriormente, efectuamos un estudio de la parajusticia, específicamente de su aspecto axiológico, surgida de diversas obras literarias.

Finalizamos el trabajo con una conclusión de todo lo expuesto.

2. Bases trialistas

La Filosofía es un saber con vocación de universalidad y pretensión de eliminar los

(*) Doctorando de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

supuestos, que debe realizarse como un quehacer personal¹. Se destaca, a su vez, como diálogo constantemente renovado entre pregunta y respuesta. A diferencia de la duda, la pregunta supone la posibilidad de una respuesta. Esta última ha de ser auténtica desde el sujeto, penetrante en cuanto al objeto y en definitiva realizadora de la verdad. La Filosofía es la ciencia madre de diversas disciplinas científicas que fueron apareciendo en el curso de la historia.

A su vez, se divide en tres partes generales: 1) la lógica, que introduce en la Filosofía propiamente dicha y tiene por objeto el ser de la razón que dirige nuestro espíritu a la verdad; 2) la Filosofía especulativa, o simplemente, Filosofía, que tiene por objeto el ser de las cosas o ser real; 3) la Filosofía práctica o moral, que tiene por objeto los actos humanos².

Entre las últimas, podemos distinguir la Filosofía del hacer o de arte, y la Filosofía del obrar o moral. Dentro de estas ubicamos a la ciencia jurídica (jurística).

Esta es una ciencia práctica ya que contiene reglas para la conducta humana encaminadas a conservar, aumentar o disminuir la potencia humana desde el punto de vista de la justicia. A diferencia de las ciencias de la producción, incluidas en la Filosofía de arte, cuyo objeto principal es una obra, aunque indican las conductas idóneas para producir la obra y porque luego la obra producida suele ser medio de conductas. Implica una extraña dialéctica ver que obras sobre ciencias prácticas constituyen a su vez objetos de las ciencias de la producción de obras.

El fenómeno jurídico, como único objeto material, puede ser tratado desde dos ángulos visuales distintos y, por ello, dar lugar a dos objetos formales: desde dentro lo enfoca la Filosofía Jurídica Menor, o sea la jurística o Introducción al Derecho, y desde fuera la Filosofía Jurídica Mayor, o sea, la Filosofía del Derecho a secas.

En el marco de los despliegues jusfilosóficos, la vocación de universalidad y la pretensión de eliminar los supuestos, propias de la Filosofía en general, caracterizan en especial, aunque en diversos grados, a la Filosofía del Derecho y a la Introducción al Derecho.

Las dos disciplinas jusfilosóficas sólo pueden funcionar en su plenitud filosófica cuando están integradas en la complejidad pura del saber jusfilosófico, y esto exige que otras disciplinas “parafilosóficas” (principalmente la Teoría General del Derecho, la Historia del Derecho³, el Derecho Comparado y la Epistemología Jurídica), “infrafilosóficas” (Sociología

1 CIURO CALDANI, Miguel Á., “Sintético recorrido histórico del interrogante jusfilosófico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, N° 16, pág. 41, para poder filosofar como un quehacer personal hay que conocer la pregunta según va desarrollándose a través de la historia.

2 Goldschmidt, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, Bs. As., Depalma, pág. 469, citando a Maritain.

3 El Derecho se desarrolla dentro del marco de la temporalidad. El “tiempo humano” y el “tiempo jurídico” abarcan todo el pasado, el presente, y el porvenir; la influencia de unos momentos sobre otros y la captación de unos momentos por los protagonistas de otros nos autorizan a hablar de transtemporalidad. En este sentido podemos ubicar a la “historicidad” del Derecho a través de sus despliegues temporales y transtemporales de pasado, presente y porvenir. Aunque el eje del Derecho está en el porvenir, es ineludible la importancia de la

del Derecho, y la Lógica y la Metodología del Derecho), y filosóficas (Filosofía Política) contribuyan a abrir las fronteras de los compartimientos estancos en que suele presentarse el saber jurídico⁴.

El Trialismo forma parte de la Filosofía Menor, y fue elaborado por Werner Goldschmidt a partir de la primera edición de la Introducción al Derecho, publicada en 1960⁵.

La doctrina trialista está enrolada en la concepción tridimensional del Derecho, según la cual éste consta de hechos, normas y valores, tiene su punto de partida principal en Francia, Alemania y los países anglosajones⁶. El reconocimiento de la complejidad de universo exige un coraje quizás supremo, con cuyo auxilio se pasa de la complejidad impura (v. gr.: Teoría de George Jellinek) a la simplicidad pura (p. e.: Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen) y de esta a la complejidad pura (v. gr. Trialismo de Werner Goldschmidt). La pureza se aprecia mejor en términos de valores, en el sentido de la comprensión más profunda y la expansión del cosmos. Dada la importancia de la complejidad pura, son especialmente significativas las posiciones realistas genéticas, que al reconocer que el sujeto no crea al objeto abren cauce al descubrimiento de la complejidad infinita del universo⁷.

Según las ideas del fundador del Trialismo, a las cuales nosotros adherimos, éste comulga con el realismo genético, que sostiene que el universo existe con independencia del hombre, sea o no creación divina. Esta independencia puede ser total (p.e. la naturaleza⁸) o parcial (como es el caso de la cultura⁹). Siendo ello así, resulta que para el realismo genético

dimensión del pasado, o sea de la Historia. La temporalidad, como todo despliegue cultural, es tridimensional, abarcando las dimensiones cronológicas, lógicas, y axiológicas. CIURO CALDANI, "Estudios de historia de derecho", Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, pág. 10.

4 CIURO CALDANI, "La complejidad pura de los despliegues jusfilosóficos", en "Boletín..." cit., N° 10, págs. 23 y 24.

5 GOLDSCHMIDT, "Trialismo Jurídico: Problemas y perspectivas", Separata de "Ius et Praxis", editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 15, 1990, Apostilla de Palomino Manchego José F., Lima, Perú.

6 En Francia apareció con el pensamiento de Gény y su tendencia de la libre investigación científica. En los países anglosajones tuvo su génesis en la crítica de Pound ("jurisprudencia sociológica") a las orientaciones lógico-deductiva y el historicismo romántico. En Alemania resultó de la confluencia del pensamiento normativista de la escuela pandectista (Windscheid), la sociología del derecho (Weber) y el enfoque axiológico de la escuela neokantiana de Baden (Windelband, Rickert), reunidos en las ideas de Lask, CIURO CALDANI, "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 9 y 10, en la de Gustavo Radbruch, y en la de Germán Kantorowicz, a quien corresponde el mérito de haber brindado el término con que se denomina al "trialismo" en 1925. Hay otras teorías tridimensionalistas, v.gr. la teoría egológica de Cossio (pese a las polémicas al respecto), el tridimensionalismo de Reale, etc. GOLDSCHMIDT, "Teoría Tridimensional del Derecho, por Miguel Reale", en L.L., t. 1980-A, Sec. Bibliografía, p. 1134.

7 CIURO CALDANI, "El Trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en "El Derecho", t. 126, págs. 884 y 885.

8 Según Goethe la naturaleza es el vestido vivo de la divinidad, GOLDSCHMIDT, Werner, "Las distribuciones y la justicia cósmica", en E.D., t. 118, pág. 747.

9 O termo cultura indica, em sua acepção social, um acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana a través do tempo, REALE, Miguel, "Paradigmas da Cultura Contemporânea", San Pablo,

el conocimiento de cualquier partícula de la realidad es infinita; por ende cada partícula del universo debe enfocarse desde diversos ángulos, reinando, consecuentemente, una pluralidad de métodos¹⁰. Consiguientemente como el Derecho es una ciencia cultural, con el fin de alcanzar el conocimiento de su objeto es necesaria la utilización de una infinidad de métodos de distinta jerarquía.

Por partir del realismo genético, según el cual el sujeto descubre (y cuanto más fabrica) al objeto¹¹, el Trialismo está en condiciones de considerar la realidad en su plenitud y al Derecho en su integridad¹².

En cuanto a los fundamentos ontológicos el Derecho pertenece al grupo de los objetos culturales, como bien lo señaló Cossio¹³. Hay que distinguir entre los objetos cosificados y objetos solo captables en relación a la vida humana plenaria. El primer subgrupo de los objetos culturales se llama grupo de los objetos mundanales, el segundo grupo de los objetos egológicos. El Derecho pertenece a este último grupo¹⁴.

Ahora bien: el Derecho puede ser concebido conceptualmente de doble manera: desde dentro como norma, desde fuera por medio de un juicio de probabilidad, con ello desembocamos en la Lógica Jurídica. Esta debe poner a nuestra disposición las estructuras idóneas para la captación de la realidad jurídica. Por regla general, pues, debe adaptarse la lógica a la ontología. La relación entre estas no es sino un caso especial de la vinculación entre un sistema de conocimientos y la realidad objeto del mismo¹⁵.

Según Goldschmidt, el “mundo jurídico” resulta identificable en definitiva por las posibilidades de realizar la justicia en la realidad social y las normas. Se trata de un conjunto de repartos de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser, y a la vida en particular (dimensión sociológica), captados, es decir descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (dimensión dikelógica)¹⁶.

Saraiva, 1996, pág. 3; por tanto toda cultura es histórica a raíz de la intervención humana.

- 10 GOLDSCHMIDT, Werner, “Tridimensionalismo, Realismo Genético y Justicia”, L.L., T. 1983-A, Sec. doctrina, pág. 75.
- 11 En cambio, conforme al idealismo genético, el sujeto crea al objeto, siendo la ecuación: un método cognitivo igual a un objeto de conocimiento; este idealismo se revela en la Teoría Tridimensional de Miguel Reale, a través de su método dialéctico y de su teoría de valores.
- 12 CIURO CALDANI, Miguel Ángel “El trialismo y la comprensión de la jerarquía de la obligación”, en “Investigación y Docencia”, N° 12, pág. 64.
- 13 Ver COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2ª. ed. Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.
- 14 El Derecho no es ficción, sino instrumento cultural del humanismo, BASAVE Agustín, “Humanismo Jurídico”, en “Convivium”, p. 234.
- 15 GOLDSCHMIDT, Werner, “Fundamentos ontológicos y lógicos del Derecho”, en “Justicia y Verdad”, cit, págs. 214, 216, 220, y 222.
- 16 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de las ramas del mundo jurídico”, en “Investigación ...” cit., N° 27, pág. 65.

El término Derecho se refiere a un objeto simple y valioso, es o conducta, o norma, o justicia. Por el otro lado, Derecho no comprende el entuerto y tampoco hechos de la naturaleza. Mundo jurídico significa algo complejo que puede abarcar hechos de todo tipo, conductas, normas, valoraciones. Por la otra vertiente, mundo jurídico no sólo concierne a lo legal o justo, sino igualmente al entuerto¹⁷.

Esta corriente jusfilosófica supera la milenaria discusión entre positivismo y jurnaturalismo que, quizás, sea en realidad insoluble porque se esgrimen exclusiones de lo que siempre nos será inevitable tratar; comparte, en su versión originaria, con el positivismo que la realidad social y normativa es positiva, puesta por los hombres, y coincide con el jurnaturalismo en que hay despliegues de valor no puestos por los hombres, sino objetivos naturales.

También ésta doctrina es una posición superadora que, si bien sostiene la existencia del Derecho Natural, reconoce también ampliamente los valores fabricados a los que se remiten las posiciones “críticas”¹⁸.

La Teoría trialista presenta el equilibrio en el reconocimiento del hombre como protagonista de un mundo que en parte sólo descubre, más significativo que en el agustinismo, en el tomismo y en el racionalismo moderno; y significa también un amplio reconocimiento de la jerarquía humana, arraigado en la realidad cósmica¹⁹.

El mundo jurídico es un conjunto desordenado, por tanto Parte General y Parte Especial de cualquier disciplina se mezclan incontinentemente²⁰. Recordando las investigaciones de Husserl sobre la teoría de los todos y las partes, es posible afirmar que el mundo jurídico no tiene “pedazos separados”, es un “todo” que en definitiva posee una fundamentación unitaria referida a un momento de unidad: la justicia²¹.

Consiguientemente las tres dimensiones del mundo jurídico no son sus partes, las cuales es necesario sumar para lograr su totalidad: son sus aspectos residiendo en cada uno de ellos el todo.

La metodología²² trialista procura la integración de la realidad social, las normas y el

17 GOLDSCHMIDT, “Trialismo Jurídico...” cit. en nota pág. 188

18 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas trialistas de la crítica y del Derecho Natural”, en “Boletín...” cit. N° 15, pág. 63.

19 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía Jurídica, carácter “agente” y jerarquía del hombre”, en “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

20 GOLDSCHMIDT, “Introducción ...”, cit, págs. 500 y 501, ver la diferencia con conjuntos ordenados.

21 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Dos Notas de Teoría General del Derecho”, en “Boletín...” cit., N° 1, pág. 35.

22 La metodología se compone de dos elementos: método y logos, este indica tratado, y en cierto sentido saber, razón y el primero es un camino para alcanzar un fin propuesto como tal; según GOLDSCHMIDT el método científico es la organización de un camino que nos conduzca al convencimiento de que algo es verdad. GOLDSCHMIDT, Werner, “El problema de los métodos en el mundo jurídico”, Bs. As., Esnaola, 1965, pág.

19. El carácter metódico diferencia el conocimiento científico respecto del conocimiento vulgar.

valor. Esta doctrina utiliza de modo predominante el método inductivo en el reconocimiento de la realidad social y el método deductivo en la estructura del ordenamiento normativo y en el funcionamiento de las normas, y emplea el método intuitivo en aspectos de la dimensión dikelógica²³.

Según el Trialismo, conforme lo enuncia esta palabra, la estructura del mundo jurídico es triple. Cada una de sus tres dimensiones a su vez está dividida en dos secciones.

En primer lugar la dimensión sociológica reconoce adjudicaciones de potencia (constituye un beneficio para quien lo recibe) e impotencia (significa un perjuicio o una carga). Estas adjudicaciones pueden provenir tanto de repartos como de distribuciones. Los primeros son aquellos que derivan de conductas humanas, en cambio los restantes emergen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Las adjudicaciones supra se observan cada una separadamente, pero también son contempladas en su conjunto.

En segundo lugar la dimensión normológica trata de la existencia de normas, como captaciones lógicas de los repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros, e imperativos, como captaciones lógicas de los repartos (con más precisión, de órdenes) hechas desde el punto de vista de los protagonistas²⁴. La conceptualización de las adjudicaciones aisladas da lugar a la exposición de normas e imperativos aislados, mientras que la contemplación del orden de adjudicaciones es origen del ordenamiento normativo.

Por último, la dimensión dikelógica²⁵ se compone de una Parte General que trata de la justicia como valor, así como de una Parte Especial que aborda la forma de la justicia (Dikelogía Axiológica) y su contenido (Dikelogía Axiosófica).

La estructura triple del mundo jurídico se manifiesta en el hecho que los diferentes conceptos pueden aparecer tres veces, una vez cada una de las tres dimensiones, y cada vez con las variaciones del caso. He aquí lo que se llama la declinación trialista²⁶.

23 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 54 y 56.

24 Por captaciones lógicas no se entiende, por cierto, el acto psíquico de la captación sino el ente ideal captado.

25 En honor al dios griego Diké. Entre las divinidades griegas más directamente referidas a la justicia, cabe recordar a Zeus, Themis y Diké. Zeus era el dios “padre”, en relación con lo más alto, con la luz y con el día y estaba indisolublemente asociado al orden jurídico. Aunque “Themis” y “Diké” suelen traducirse como “justicia”, en realidad manifestaron dos concepciones diferentes: Themis es expresión de una voluntad superior al hombre; Diké es producto de la razón y la experiencia humana. El arco que se abre con el orden jurídico divino, se cierra con la referencia a la justicia humana. La relación entre estos dioses, sumamente difícil, es uno de los temas más esclarecedores de la Filosofía de la justicia. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Zeus y Diké”, en “Investigación ...” cit., N°15, pág. 3. GOLDSCHMIDT, Werner, “La Ciencia de la Justicia”, 2ª. ed., Bs. As., Depalma, Prólogo, p. XI, la palabra dikelogía se encuentra en una obra de Altusio de 1617, pero el calvinista monarcómaco no la usó para el concepto de una ciencia de la justicia, sino que denominó así una enciclopedia del Derecho Positivo.

26 Verb. por tanto de las dimensiones sociológicas, normológicas y dikelógicas surgen respectivamente deber ser reales, normológicos, y dikelógicos. El ser y el deber ser son conceptos analógicos y correlativos, hay tantos tipos de deber ser como hay tipos de ser, GOLDSCHMIDT, Werner, “Ser y Deber ser”, en “Justicia y Verdad”, cit., pág. 83.

La diferenciación filosófica de las ramas del mundo jurídico reconoce que éstas se distinguen por rasgos específicos en sus tres dimensiones, pero su autonomía es determinada en última instancia por una exigencia de justicia (v.gr. Derecho Civil: personalización básica del individuo, Derecho Comercial: amparar a los partícipes activos o pasivos de la actividad económica en gran escala; Derecho Penal: amparar al individuo contra las violaciones de la esfera de libertad necesaria para su personalización)²⁷.

El criterio filosófico de diferenciación del Derecho Privado y el Derecho Público sostenido por el Trialismo considera al primero formado por los repartos autónomos (se desarrollan al hilo del acuerdo) y al segundo por los repartos autoritarios (se desenvuelven según el esquema ordenanza-obediencia o la ejecución directa), de modo que cada rama jurídica posee elementos de Derecho Privado y de Derecho Público.

Es posible comprender el sistema jurídico por medio de la Teoría General del Derecho, que constituye una ciencia cuya comprensión ha de abordar el estudio del Derecho en su universalidad, recurriendo a las nociones de denominadores comunes y particulares del mundo jurídico que aproximan o distancian las respuestas²⁸.

Desde esta perspectiva de complejidad pura el Derecho o política jurídica es una de las ramas componentes del mundo político. Según Ciufo Caldani la Política esta compuesta por un conjunto de actos de coexistencia (dimensión sociológica), descritos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados, los actos y las normas, por los valores de convivencia (dimensión axiológica). Dicho concepto significa reconocer diferentes ramas en que se desgaja el árbol político, cada una con características especiales en cuanto a la coexistencia, las normas y las valoraciones, y respondiendo en última instancia a uno de los valores superiores que valoran la convivencia: política jurídica o Derecho (justicia), política científica (verdad)²⁹, política artística (belleza), política económica (utilidad)³⁰, política

27 CIURO CALDANI, "Derecho ...", cit., pág. 132.

28 CIURO CALDANI, Miguel Angel y otros, "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", E.D., t. 150, pág. 859.

29 La verdad valora los hechos naturales (y los ideales subyacentes) y las leyes que nos rigen; la verdad, junto con la justicia, al colocar al servicio del hombre la sociedad y la naturaleza, cumplen con la promesa bíblica de convertir al hombre en el dueño de la creación, GOLDSCHMIDT, "Justicia y Verdad", cit., pág. 55.

30 El mundo económico resulta constituido por un conjunto de actos de producción, distribución y consumo de riqueza, captados por normas y valorados por la utilidad. En recordación de la divinidad griega de la riqueza, Plutón, la dimensión de utilidad de la Economía podría denominarse plutológica. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y Economía en la situación Argentina actual", en "Investigación ..."cit., N° 17, pág. 54.

sanitaria (salud), política amatoria (amor)³¹, política hagiológica (santidad)³², etc.³³. El diálogo integrador entre ellas es uno de los aportes enriquecedores de ésta doctrina tridimensional.

El acto de convivencia plena se produce cuando el acto de coexistencia satisface por sí mismo y por la función integradora de las normas los requerimientos de todas estas ramas políticas. Es cierto que por ser todos los valores a nuestro alcance descomposiciones (como la luz en el arco iris) del valor supremo que podemos realizar en la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) y en definitiva todos los valores parcelaciones de la divinidad, profundizando en cualquiera de esas ramas también debería llegarse a ese acto de convivencia plena, pero la limitación de nuestra capacidad impone el empleo de todas las vías de valoración posibles³⁴.

La profundización efectuada por la jurística en el mundo jurídico permite, además del referido enfoque de la complejidad pura del mundo político en su totalidad, el reconocimiento de la existencia de una parajusticia y una parajuridicidad que se desarrollan en la utilidad, la belleza, la santidad, etc., y respectivamente, en la economía, el arte, la religión, etc., pudiendo apreciarse, sobre todo, resultados significativos logrados en la relación del Derecho con la literatura^{35 36}.

3. Axiología dikelógica

a) *Justicia como valor*

Como hemos señalado la dimensión dikelógica está dividida en dos aspectos, el primero de ellos es el general y está referida a la justicia como valor .

A partir del concepto de valor es posible diferenciar las vertientes de su consideración formal y material, constituyéndose así la Axiología dikelógica en sentido estricto y la Axiosofía dikelógica. La apertura al “ser” de la realidad social de la vida, producida en la dimensión sociológica, se completa aquí con la atención a su “deber ser” de justicia³⁷.

La justicia es un valor, por tanto como todo valor es un ente ideal. Los entes ideales abarcan aquella parte de la realidad que es sólo asequible a la razón. Al ser reales por tanto

31 Para designar la ciencia del amor nos parece apropiado el nombre de Eros, el dios griego cosmogónico hijo de la miseria del hombre y de su facultad de aspirar a la felicidad, por el que en definitiva nacen todas las cosas de Caos y de Gea mediante la agregación y combinación de los corpúsculos elementales.

32 Tanto la religión como la ciencia deben preservar su autonomía y su peculiaridad. Mientras cada una debe y puede apoyar a la otra como dimensiones distintas de una cultura humana común, ninguna puede suponer que constituye una premisa necesaria para la otra... La ciencia se desarrolla mejor cuando sus conceptos y conclusiones se integran en la gran cultura humana y en su interés por el sentido y valor últimos...” Juan Pablo II, “Cristo Hoy”, 10 al 16/03/05, p. 14.

33 CIURO CALDANI, “Derecho ...” cit., págs. 26, 27, 30, 31 y 125.

34 Íd., págs. 21, 32, 33, y 34.

35 Ver caps. IV 1) y 2) de este trabajo.

36 CIURO CALDANI, “El Trialismo...”, cit., págs. 899.

37 CIURO CALDANI, “La conjetura...”, op. cit., pág. 78.

son objetivos³⁸. A su vez los entes ideales pueden ser enunciativos (se exponen en reglas aritméticas, algebraicas, geométricas, lógicas, etc.), o exigentes. La justicia pertenece a este último tipo^{39 40}.

El hombre es un ser caracterizable por su especial conciencia de la tensión entre ser y deber ser. La divinidad es el Ser donde uno y otro coinciden plenamente y los seres inferiores no tienen conciencia del deber ser. A pesar de ello, esa conciencia no es siempre igualmente intensa y el momento en que se hizo mayor fue en el siglo XIX y los comienzos del siglo XX, cuando crecieron el disconformismo humano y la pretensión del hombre de dominar el ser del universo. Fue entonces cuando la conciencia del deber ser se basó en la noción filosófica de valor, continuando en otro sentido la noción de valor que había comenzado a utilizarse en la Economía. Fue en ese marco en que se formó la Axiología o Teoría de los valores.

Esta ciencia es perfectamente compatible con el punto de vista del cristianismo ortodoxo⁴¹.

En primer lugar, independizar los valores de la realidad valorada no infringe el carácter de bondad ínsito en el universo como creación divina. Los hombres no conocemos el plan divino de la creación (o sea, la ley eterna) sino muy fragmentariamente a través de la revelación y de la razón. Nuestro enjuiciamiento de la realidad es por tanto, siempre fraccionado, es precisamente por ello, que para nosotros la realidad puede aparecer a veces desvaliosa, la tesis de los valores independientes no es, por consiguiente, una tesis ontológica sino gnoseológica.

En segundo lugar, si bien el universo es necesariamente bueno, inclusive desde el punto desde vista teológico se abre un abismo entre hecho y valor, a partir del pecado original, en lo que se refiere a la conducta humana. Como estas se relacionan con los valores jurídicos, en la jurística la Teoría de los valores es plenamente aceptable.

En tercer lugar, si Dios creara los valores caprichosamente, nuestro conocimiento de ellos supondría acceso a su voluntad a través de la revelación. No cabría, pues, teoría filosófica de los valores, sino sólo una teoría teológica. El panorama cambia si Dios crea los valores racionalmente, ya que en este supuesto podemos descubrirlos mediante nuestra razón

38 Comulgamos con el realismo genético creacionista cristiano, según el cual Dios es el creador de todo el universo y así también lo es de los entes ideales, sin perjuicio, de la fabricación humana debida al libre albedrío.

39 Por ser un valor, la justicia exige que el "ser" en sentido estricto llegue a satisfacer el "deber ser". Tiene, en consecuencia, un sentido dinámico, que en su caso se acentúa porque es un valor que incluye su desenvolvimiento, CIURO CALDANI, "Hacia una comprensión dinámica de la justicia", E.D., T° 123-24, pág. 715.

40 GOLDSCHMIDT, "Introducción...", op. cit., págs. 369, 370, y 371.

41 En cuanto a la orientación de las ideas de Juan Pablo II, "St. Thomas moral philosophy was teleological and naturalistic; ours, Wojtyla contender, should be normative and personalistic. He encourages Catholic moralists to set pace with philosophical ethicists like Max Scheler and Nicolai Hartmann. Catholic moral thinkers should not limit their efforts to historical efforts, productive as they have been, but should devote their energies as well to the foundation of moral norms". Modras, Ronald, "The Moral Philosophy of Pope John Paul II", en Theological Studies, vol. 41-4, pág. 685.

a través de una teoría filosófica y, en general, científica⁴².

Tan compatible es la “Teoría de los valores” con el cristianismo ortodoxo que la primera contribución a ella la constituye, de cierto modo, la doctrina de Derecho Natural conforme la expone Santo Tomás^{43 44} siguiendo las enseñanzas de la Teoría peripatética de la justicia^{45 46}. El Trialismo elaborado por Werner Goldschmidt tuvo como principales referentes a Aristóteles y a Santo Tomás de Aquino.

La realidad ideal, como cualquier otra se compone de naturaleza y de cultura. Hay realidad ideal enunciativa natural (p. e: entes matemáticos) y realidad ideal exigente natural, entre los cuales hallamos los valores justicia, caridad, belleza, santidad, verdad, etc. Pero también nos encontramos con realidad ideal enunciativa fabricada (p. e., ser un gran deportista). Por tanto existen valores naturales como valores fabricados. Los primeros son, a su vez absolutos o relativos a valores absolutos naturales. La justicia es un valor natural y absoluto^{47 48}.

El desarrollo que podemos dar a la justicia como valor natural es limitado, no sólo porque no somos omniscientes ni omnipotentes sino porque la misma justicia exige nuestra libertad; sin embargo la justicia “fabricada” tiene grandes dificultades para integrarse en la justicia natural y con frecuencia expresa valores falsos⁴⁹.

- 42 GOLDSCHMIDT, “Introducción...”, op. cit, págs. 371 y 372, la tesis occamista del voluntarismo divino constituye un relativismo valorativo que luego es reproducido por la tesis laicista del voluntarismo (relativismo) humano.
- 43 “A secularização da filosofia, iniciada como Tomás de Aquino, isto é, sua libertação e autonomia, é o início da autonomia do homem e do mundo. Só uma filosofia livre e autônoma poderá ser parceiro digno da teologia”, Zilles Urbano, “Teología católica e filosofia”, pág. 317.
- 44 “A filosofia do Angélico é, na verdade, fruto de penetrante e constante meditação sobre o pensamento que o precedeu, sobre as filosofias paradigmáticas de Platão e Aristóteles, sobre a tradição neoplatônica, assimilada e cristianizada pelo genio de Agostinho, sobre a contribuição trazida pelos filósofos árabes, pelos pensadores dos primeiros séculos da Escolástica, cuja herança recolhida e repensada pelo genio do Aquinense possibilitou a elaboração de uma nova sintética da realidade”, Arruda Campos Fernando, “A consciencia histórica como categoria de base para a reelaboração do pensamento tomista no mundo de hoje”, pág. 349, “...Tomás de Aquino legou ao Ocidente uma visão do homem, domando e de Deus de imensa eficácia histórica. E só essa eficácia histórica revelou e continua a revelar ainda todo o sentido oculto de sua obra” Pires Celestino, “Tomás de Aquino no diálogo das filosofias”, pág. 493.
- 45 “Por teoria peripatética da justiça se entende todo o conjunto das contribuições acerca da temática da justiça desenvolvidas no peripatos- de origem grega, o termo significa passeio arborado, termo que veio a batizar a escola aristotélica por se desenvolverem os estudos em caminhada sob os arvoredos do Liceu-, ou seja, todo o legado que, por sistemático, se pode extrair das reflexões filosóficas desenvolvidas sob a tutela de Aristóteles, o filósofo macedônio”, Bianca Bittar Eduardo C., “A Teoria Aristotélica da justiça”.
- 46 GOLDSCHMIDT, “Introducción...”, op. cit., págs. 372.
- 47 Como valor natural, la justicia no puede definirse en sentido escolar, pero ella se presta a una exposición, GOLDSCHMIDT, “Introducción...”, op. cit, págs. 372, 373 y 374.
- 48 los valores naturales son valores cósmicos. En efecto, estos se encuentran como todas las ideas, según Platón, en la “llanura de la verdad”. Estando la justicia en la mente divina, debe ella encontrarse también en toda la creación, o sea, tanto en la naturaleza como en el mundo social, GOLDSCHMIDT, “Las distribuciones y la justicia cósmica”, cit., págs. 749 y 750.
- 49 El exceso en la concepción de los alcances de la justicia como valor natural conduce al dogmatismo y el abuso

La vida “cultural”, entendida en sentido genérico, puede ser aclarada por las nociones de “cultura”, referida a la expansión de los valores, “civilización”, al equilibrio de los mismos, y “decadencia”, a la decadencia de los mismos⁵⁰. La cultura cree más en la objetividad de los valores y se apoya más en valores naturales absolutos, en tanto que la civilización es más afín a la creencia en la subjetividad de los valores y se refiere más a valores naturales relativos; además, la cultura se remite más a los valores naturales, en tanto que la civilización adopta con más frecuencia valores fabricados auténticos y la decadencia utiliza más valores fabricados falsos⁵¹.

La justicia es punto de integración de la “prejusticia” (del poder, la cooperación, etc.), de la “injusticia” en que los hombres quedamos habilitados para “fabricar valores”, y de la “metajusticia”, o sea la justicia en su proyección cósmica^{52 53}.

Todo el Derecho se constituye con miras a la satisfacción o insatisfacción de la justicia. Los repartos y las normas, las categorías básicas sobre las que se desenvuelven las respectivas dimensiones (finalidad objetiva, posibilidad, causalidad, efectividad, verdad) y los demás valores que pueden realizarse en estos despliegues (poder, cooperación, etc., y fidelidad, exactitud, etc.) se constituyen con miras al valor justicia y son en última instancia descomposiciones de éste. Con razón Werner Goldschmidt nos recuerda que el uso lingüístico designa el entuerto como opuesto al Derecho.

Toda teoría del Derecho Natural debe responder a la necesidad de integrarlo con el Derecho Positivo y a los interrogantes de las mutaciones culturales y a la pluralidad de situaciones vitales, que se manifiestan como dinámica histórica⁵⁴. Principalmente a través de la elaboración de normas en virtud de la declaración de carencias dikelógicas e históricas, el

de quienes creen que la justicia es un valor fabricado lleva al relativismo, CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectiva Trialista de la axiología dikelógica”, en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, t. II, 1982, pág. 41.

50 La Edad Media (la expresión “Edad Media” fue impuesta injustamente por los humanistas del renacimiento, por considerarla como un bache entre el período greco-romano y su época, que pretendía resucitarla) puede ser caracterizada por ser una etapa “cultural”, la Edad Moderna por constituir un período de “civilización”, la Edad Contemporánea, también por una época de equilibrio, con algunos fragmentos de decadencia, y los días actuales, de la llamada “postmodernidad”, son un período de civilización.

51 CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Cultura, Civilización, y Decadencia en el Mundo Jurídico”, en “Boletín...”, cit., N° 5, p. 13.

52 Al hilo de esta metajusticia cada ser humano debe asumir su responsabilidad por el “lugar” que ocupa en el universo, una manifestación de tal metajusticia es la responsabilidad que tenemos por el pasado, por el presente, y por el futuro, CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Reflexión de metajusticia histórica”, en “Boletín...” cit., N° 4, pág. 59.

53 La cultura es especialmente afín a los planteos de metajusticia y la civilización se apoya más en la injusticia. Si en algún grado la cultura confía en la parajusticia por realización de la justicia a través del amor, la civilización espera que esto suceda al hilo del valor utilidad.

54 CIURO CALDANI, “Lugar del Trialismo en la historia del Derecho Natural”, en Filosofía, Literatura..., Rosario, Fundación..., p. 73.

Trialismo cumple cabalmente con dichas exigencias^{55 56}. La justicia es siempre un valor de apertura, necesitado de la integración mediante diversos elementos⁵⁷; ya que ella y los otros valores jurídicos se reclaman recíprocamente⁵⁸.

La posibilidad de realización de la justicia es el denominador común supremo del Derecho. Sin embargo, es frecuente que los valores inferiores, falsificados, se subviertan contra el denominador común justicia, destrozando la integración debida, e incluso que la justicia, también falsificada, se convierta en un denominador particular falso, invertido contra los valores inferiores a los que debe contribuir⁵⁹.

El complejo axiológico del mundo jurídico se constituye con la justicia y el resto de los valores con los que ésta se vincula.

Dentro de estos, el Trialismo reconoce los valores constitutivos del Derecho, culminando los valores respectivos en la justicia, que da origen a la llamada dimensión dikelógica del mundo jurídico. A la dimensión sociológica son inherentes, v. gr.: los valores conducción, espontaneidad, poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad y orden; y a la dimensión normológica son inherentes los valores fidelidad, exactitud, adecuación, predecibilidad, inmediatez, subordinación, ilación, infalibilidad, concordancia y coherencia. Puede reconocerse así una axiología del Derecho, en sentido estricto. Como los valores valoran la realidad social y la normatividad en los repartos y en las normas hay siempre en ellos contenidos valorativos, introducidos por sus autores de manera más o menos consciente, y cabe hablar de una endoaxiología del Derecho. Hay asimismo valores específicos que acompañan la constitución del Derecho Positivo, entre los que ocupan lugar importante la lealtad a los valores del orden de repartos y del ordenamiento normativo, conformándose así una periaxiología. Además, los valores jurídicos se mueven en un complejo de valores que culmina en el más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad, de modo que hay una exoaxiología^{60 61}.

Adhiriendo al Trialismo originario, con respecto al origen del complejo axiológico

55 El proceso del funcionamiento de la norma está compuesto por las siguientes tareas: el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación, la argumentación, y la síntesis, ver CIURO CALDANI, "La conjetura..." cit.

56 La dimensión de justicia penetra en la positividad sobre todo a través del funcionamiento de las normas (principalmente en la elaboración), CIURO CALDANI, "Werner GOLDSCHMIDT, diez años después", en "Boletín...", N° 22, pág. 12.

57 CIURO CALDANI, "Hacia una comprensión..." cit., pág. 720.

58 COSSIO, "La teoría..." cit., pág. 611.

59 Todo valor es denominador común de los fenómenos que constituyen su material estimativo, incluso de los valores inferiores que deben contribuir a él. A su vez, es denominador particular respecto de sus valores superiores. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Denominadores particulares y comunes del Derecho y la Política", en "Estudios...", t. II, 1984, págs. 206 y 219.

60 CIURO CALDANI, "Moral y Derecho", págs. 29 y 30.

61 La cultura es especialmente afín al predominio de los despliegues sociológicos y axiológicos, y la civilización está más signada por la dimensión lógica.

sostenemos su caracterización como positiva y teleológica, o sea que dicho complejo es “puesto” por Dios⁶².

Por otro lado, la doctrina trialista supera las limitaciones de todas las corrientes, ya que deja abiertas a diversas posibilidades la legitimidad por el origen del complejo axiológico⁶³. Dentro de la exoaxiología, los valores forman un complejo surgido del más alto valor, la divinidad⁶⁴, al que sólo podemos reconocer pero no podemos alcanzar. A su vez, todos los otros valores a nuestro alcance surgen del más alto valor que podemos satisfacer: la humanidad.

Esto tiene una estrecha vinculación con el principio supremo de justicia, que estatuye la libertad del desarrollo de la personalidad. Este principio arraiga por un lado en el humanismo, y por otro en la tolerancia. El humanismo proclama que toda la humanidad constituye una gran familia en la que todos los hombres somos iguales, pero poseyendo cada hombre su unicidad. La tolerancia significa que el único camino que cada cual está dispuesto a tomar para convencer a los demás de la verdad o de la bondad de sus opiniones va a través de la razón y de la convicción de los demás^{65 66}.

Dentro de este esquema, también encontramos los principios generales, que son menos importantes que el principio supremo, por ser formales son generales e inviolables, constituyendo un “*numerus apertus*”. Recordamos a título de ejemplo: a) la preferencia de lo bueno, b) *suum euique*, c) *pacta sunt servanda*, d) *do ut des*, e) la igualdad, y f) la conveniencia⁶⁷.

62 CIURO CALDANI, “La conjetura...”, op. cit., p. 83, los complejos axiológicos pueden ser “positivos” o “hipotéticos” (estima que “si el hombre debe ser” surgen ciertas consecuencias) y teológicos, antropológicos o cosmológicos.

63 CIURO CALDANI, “Perspectivas trialistas de la crítica y del Derecho Natural”, en “Boletín...” cit., N° 15, pág. 65.

64 Dios es el Ser de universal perfección, Santo Tomás de Aquino, Suma Contra los Gentiles, trad. Fr. Jesús M. Pla Castellano, O.P., Madrid, B.A.C., 1952, t. I, págs. 166 y ss. (I-XXVIII). Para Teilhard de Chardin lo crítico es el valor último, Abril Castello, Vidal, “Teilhard de Chardin, filósofo del Derecho”, en Anuario de Filosofía del Derecho, t. XV, pág. 194.

65 GOLDSCHMIDT, “Ciencia...” cit., págs. 189 y 191, la idea del humanismo remonta a Chrysippos, según el cual todos los hombres son emparentados y destinados a vivir en estrecha comunidad. Los estoicos romanos recogen este elemento cívico y lo elaboran.

66 La tolerancia repudia, además de la fuerza o de la amenaza con la fuerza, también el monopolio de la prédica, GOLDSCHMIDT, Ibídem, pág. 199. En las relaciones entre los demás valores, y en especial la verdad, con la justicia y la humanidad, la conversión tiene, en sentido negativo, una función análoga a la significación que en la vinculación entre la verdad con la justicia y la humanidad posee en sentido positivo la tolerancia, CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La posibilidad de la ‘conversión’, exigencia mínima para el humanismo de un régimen”, en “Boletín...” cit., N° 15, págs. 54/5.

67 La preferencia de lo bueno exige que se haga lo bueno y que se deje de hacer lo malo; el *suum euique* se refiere al adagio “a cada cual lo suyo”; el principio *pacta sunt servanda* obliga a ambas partes a atenerse al contrato, con tal que no se pusieren ambas de acuerdo en alterarlo; el principio *do ut des* es un caso especial de aplicación del principio más general de que prestaciones constituyen un título para derechos, en la mediada en la que el hombre se sacrifica, resulta meritorio y digno de recompensas; podemos distinguir cuatro tipos de igualdad: humanista, presuntiva, injusta, y la identidad igualitaria; y por último, la conveniencia es la idoneidad de un medio para un

El valor humanidad⁶⁸ tiene cierto sentido básico “dionisiaco”, de explosión de la vida, pero para desarrollarse requiere el auxilio de los valores especiales, que son en cambio, sobre todo en los niveles “superiores”, más “apolíneos” y depende más de las “fuerzas” del valor básico humano. El valor humanidad es un denominador común de los valores especiales que los dinamiza y de cierto modo los equilibra, los valores especiales, en cambio, son denominadores particulares que lo consolidan⁶⁹. Finalmente, es importante que el deber cabal de nuestro ser se integre con el despliegue del valor “universalidad”⁷⁰.

En la política, las exigencias de justicia, como las de los restantes valores absolutos de oposición inferiores a ella, y los requerimientos de los valores absolutos de agregación, deben integrarse a fin de encontrar las fórmulas superiores de convivencia. Con miras a los valores referidos a la oposición puede hablarse de supervivencia, y relación a los valores proyectados en la agregación puede conceptualizarse la intervivencia^{71 72}.

Debemos resaltar que entre los valores de oposición el más importante es la justicia, en cambio entre los valores de agregación el más significativo es el amor. Si bien el amor⁷³ absorbe los valores de oposición, sólo puede medirse en relación a éstos. Cuando el amor supera, sin ignorar, tales valores es el “buen amor”, en tanto que cuando se dejan insatisfechos esos requerimientos básicos se trata del “mal amor”.

La realización de todos los otros valores de la convivencia es al fin exigencia de justicia⁷⁴. El complejo axiológico del Trialismo es rico y abierto, para mantener la “pureza” de las posibilidades cósmicas. A medida que los valores tienen más jerarquía son más complejos

fin. GOLDSCHMIDT, “Ciencia...” cit., págs. 240 a 247.

68 San Agustín es uno de los Doctores católicos que más desarrolló en la predicación la doctrina del “cuerpo místico”, o sea, en sentido dikelógico, del complejo de la humanidad. CIURO CALDANI, “San Agustín, polémico defensor de la pantonomía de la justicia”, en “Investigación ...” cit., N° 17, pág. 110

69 CIURO CALDANI, “Acerca de las característica y la dialéctica de los valores”, en “Investigación ...” cit., N° 24, pág. 5.

70 En cuanto a los diversos seres en relación con los cuales puede reconocerse el valor, se destacan dos perspectivas: una que jerarquiza las diferentes manifestaciones del valor en relación con el hombre, otra que las jerarquiza en relación con todo el universo. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditación sobre el ser y el deber ser”, en “Investigación ...” cit., pág. 71.

71 La complementación de oposición y agregación está presente cuando el Evangelio de San Lucas enseña que los discípulos conocieron al Señor Resucitado por el modo de partir el pan (Lucas, XXIV, 35); se trata de lograr la integración del hombre como parte del universo evitando caer en la alienación, CIURO CALDANI, “Derecho ...” cit., págs. 110, 111 y 114.

72 Según Mahatma Gandhi en un mundo de convivencia “la vida no será una pirámide con un vértice superior sostenido por su base; sino que será un círculo oceánico cuyo centro habrá de ser el individuo”. Gandhi Mahatma, trad. Zohab Ramon del Campo, Bs. As., La Pléyade, 1973, pág. 117.

73 El amor bajo todos sus matices, no es nada más, ni nada menos, que rastro más o menos directo marcado en el corazón del elemento por la convergencia psíquica del Universo sobre sí mismo” Teilhard de Chardin, *L'Amour...* en *Sur l'Amour*, pág. 82.

74 CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La política prisionera del Derecho”, en “Estudios...” cit., pág. 129.

que sus valores inferiores⁷⁵.

El mantenimiento de la complejidad pura del plexo axiológico se afirma a través del reconocimiento de relaciones de coadyuvancia y de oposición entre valores. Cuando estas son consideradas legítimas, los valores coadyuvan entre sí en sentido vertical de contribución u horizontal de integración o se oponen en términos de sustitución. Cuando las relaciones entre valores son consideradas ilegítimas son de secuestro: ascendente subversivo, descendente de inversión y, en el mismo nivel, de arrogación⁷⁶.

Entre las relaciones de coadyuvancia entre valores, cabe reconocer funciones diversas de impulso, depuración, y garantía. Un valor puede impulsar la realización de otro (v. gr. cuando para poder cumplir con las exigencias de justicia se incrementa la realización de la utilidad). También los valores pueden servir unos a la depuración de otros (p.e. los valores jurídicos relativos indican las sendas de viabilidad de la justicia). Y finalmente, los valores pueden garantizarse unos por otros (v.gr. cuando el poder asegura la realización de la cooperación o la justicia).

b) Estructura de la justicia. Despliegues (valencia, valoración y orientación)

La complejidad pura surge, asimismo, del reconocimiento de los tres despliegues de los valores. El Trialismo reconoce que el valor se manifiesta en despliegues no sólo de valencia y valoración, sino también en la orientación mediante criterios generales.

Los valores pertenecen a la esfera del ser ideal. La axiología se ocupa de idealidad libre, mientras que la axiosofía enfoca idealidad subyacente⁷⁷.

Como hemos dicho, la justicia es un valor, y todo valor tiene como especial de ser la valencia. Decir que un ente ideal exigente vale, y sostener que constituyen un valor, significa mantener tesis idénticas. Esta identidad de sentido se refleja, en castellano, en una homonimia lingüística (valor, valencia)⁷⁸.

Como tal valencia, el valor engendra un deber ser. Este deber ser es, en primer lugar, un

75 CIURO CALDANI, "El Trialismo..." cit., pág. 891.

76 Dentro de la axiología en sentido estricto observamos que en los tiempos de cultura hay una más amplia contribución del poder, e incluso del orden, en tanto se va buscando un mayor aporte de la coherencia; en la civilización prima el aporte de la coherencia, pero ésta y el orden tienden a subvertir la justicia que, a su vez, comienza a invertir los valores relativos, y en la decadencia predominan los secuestros por subversión e inversión. Y desde la exoaxiología, en la cultura predomina con frecuencia la integración de la justicia con el amor, en la civilización prima la integración con la utilidad, y en la decadencia ésta suele arrogarse el lugar de la justicia.

77 La esfera del ser ideal es, desde el punto de vista ontológico, homogénea; pero desde el ángulo visual gnoseológico hay que distinguir entre idealidad libre y adyacente: la caracterización de "idealidad libre" quiere decir que no es preciso que aparezca como adyacente a otro ser; la idealidad adyacente, en cambio solo existe como adscripta a un ser real. GOLDSCHMIDT, Werner, "La idealidad adyacente y sus secuelas políticas", en "Justicia y Verdad" cit., pág. 85.

78 GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., pág. 387.

deber ser ideal, como consecuencia del hecho de que fluye del valor que es un ente ideal.

El valor no es valioso, ni tampoco desvalioso. Sólo su material estimativo puede ser una cosa u otra; y lo que el valor exige es que el material sea valioso^{79 80}.

El valor al valorar entra en contacto con la realidad material, síquica o ideal, según su función valorante. Se denomina a los entes valorados “el material estimativo del valor”. En cuanto a la justicia, valora la adjudicación razonada. En ambos supuestos se suma al deber ser ideal puro un deber ser ideal aplicado (o actual). Este es positivo si la adjudicación es estimada justa, pudiendo ser personal o impersonal o personal, no exigiendo o haciéndolo de las personas que estén en condiciones de defender la actual situación justa en peligro que la protejan contra las amenazas, respectivamente. Y, finalmente, el deber ser ideal aplicado es negativo si la situación actual es estimada injusta, también dividiéndose entre personal e impersonal^{81 82}.

La valoración⁸³ de una adjudicación como justa o injusta produce en nosotros un sentimiento de evidencia que lleva el nombre especial de sentimiento de justicia. Dicho sentimiento es un sentimiento racional, o sea que reacciona a razones. Es por ello que el material estimativo de la justicia no lo es la adjudicación a secas, sino la adjudicación razonada^{84 85 86}.

El sentimiento de justicia se despierta al hilo del método de las variaciones (el método de las variaciones es semejante al de *trial and error*). Este último consiste en que se varía mentalmente el caso real mediante modificaciones irreales, a fin de averiguar cuáles circunstancias son dikelógicamente importantes y en qué se cifra esta importancia⁸⁷.

El Trialismo requiere que el caso⁸⁸, como todo despliegue jurídico, sea construido tridimensionalmente como un problema por una adjudicación, específicamente por reparto

79 La primera vez que se hace mención de los valores como valencias, es en el segundo capítulo del Génesis cuando se alude al “árbol de la ciencia del bien y del mal” (versículos 9 y 17).

80 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 388.

81 Íd., págs. 393 y 394.

82 CIURO CALDANI, “Derecho y Política” cit., págs. 106 y 107, Como las posibilidades de cada hombre varían según su situación particular, el deber de actuar permite distinguir, además de la exigencia de producir el reparto justo, la de efectivizar el más valioso de los repartos posibles en la situación especial de un repartidor que no puede alcanzar el reparto justo, o sea, de realizar el reparto justificado.

83 Es la quinta esencia de la actividad del valor.

84 El sentimiento no nos brinda un criterio objetivo de verdad, sin embargo un criterio objetivo de verdad no lo tenemos para la captación de ningún tipo de realidad, GOLDSCHMIDT, “Trialismo Jurídico...” cit., pág. 196.

85 En cambio la aprehensión de la realidad social del Derecho se produce mediante los sentidos, la introspección y la razón.

86 La primera valoración la hallamos en el Génesis (capítulo cuarto). La realiza Caín cuando refiriéndose al fratricidio que acababa de perpetrar, dice a Jehová (versículo 13): “Grande es mi iniquidad para ser perdonada”, GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 397.

87 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 396 y 397.

88 Werner GOLDSCHMIDT indicaba que el caso es una controversia entre dos o más sobre el reparto de potencia e impotencia, GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado”, 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, pág. 3.

de potencia e impotencia en el que se ponen en relación intereses diversos, reparto captado (descripto e integrado) por normas y valorado por un complejo de valores que culmina en la justicia. Encontramos casos fáciles y difíciles desde cada una de las dimensiones y consecuentemente en el conjunto, pero nunca al fin sencillo, ni siquiera en una de las dimensiones⁸⁹.

Las múltiples valoraciones nos proporcionan una colección abundante de normas individuales expresivas de soluciones justas del caso. La labor científica paciente abstrae de esta colección un reducido número de principios valorativos que desempeñan una función auxiliar en combinación con determinaciones concretas⁹⁰.

Al hilo de las diversas valoraciones los hombres llegamos a inducir criterios generales de valor. El material empírico de la intuición eidética, por medio de la cual desprendemos de la valoración concreta el criterio de valor, comprende no sólo las normas individuales sino igualmente las normas generales⁹¹. Por lo demás, los criterios de valor se infieren tanto de las valoraciones positivas, como de las negativas, tanto de las impersonales, como de las personales^{92 93}.

Si observamos el nombrado tercer despliegue del valor, todas las distinciones hechas con respecto a los deberes actualizados se repiten, la diferencia está enfocado que todos ellos cobran carácter genérico.

Encontramos, pues, en total siete deberes ideales diversos engendrados por el valor de la justicia. El Derecho Natural constituye una edición abreviada del valor justicia, y la abreviación se debe a su finalidad eminentemente práctica; en efecto enfoca, por consiguiente, los deberes de actuar, tanto los individuales como los generales, recogiendo, por ende, dos de los siete deberes de la justicia^{94 95}.

Las corrientes sostenedoras del Derecho Natural se diferencian según su mayor apego

89 El menor respeto por los casos se produce en el jusnaturalismo apriorista, CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)", www.laleyonline.com.ar, págs. 1, 2, 9, 13.

90 Sólo con ocasión del caso concreto se descubre el principio general. Cada caso es único en su configuración temporal, material y personal. Empero la solución del caso con arreglo a la justicia se basa siempre en principios generales, GOLDSCHMIDT, "La Justicia sin venda", en "Justicia y Verdad" cit., pág. 277.

91 Sobre todo nos ofrecen un valioso punto de apoyo la Historia del Derecho y el Derecho Comparado.

92 Encontramos la formulación de los criterios de valor, en el Exodo (capítulo 20): "Y habló Dios todas estas palabras, diciendo: ¡No matarás!" (versículos 1 y 13), GOLDSCHMIDT, "Introducción..."cit., págs. 398 y 399.

93 Los criterios generales orientadores simplifican la tarea, pero a veces a costa de inducir a errores por falsos o no apropiados para los casos, CIURO CALDANI, "La conjetura..." cit., pág. 80.

94 GOLDSCHMIDT, Werner, "El deber ser en la Teoría tridimensional del mundo jurídico", en "Justicia y Verdad" cit., pág. 495.

95 El Derecho Natural, en su formulación escolástica, y como instrumento de los moralistas, se interesa sobre todo por el deber ser ideal aplicado personal. En esta forma, se podría afirmar que el Derecho Natural es la justicia en pie de guerra, GOLDSCHMIDT, "Introducción..."cit., pág. 400.

a los criterios generales o a las valoraciones, conforme sigan las perspectivas platónica y estoica o aristotélica. Sobre todo en cuanto utilizan criterios generales les corresponde el empleo de la noción de “ley”. En cambio, la preeminencia de las valoraciones lleva a jerarquizar las posiciones que pueden denominarse “críticas”. En esta perspectiva el Trialismo es un “criticismo” diferente, Goldschmidt lo llamó “criticismo jusnaturalista”; con el primer término expresaba que no da directamente las soluciones mediante criterios generales, con el segundo vocablo indicaba que cada valoración es objetiva⁹⁶.

Los denominadores particulares son casi siempre criterios generales orientadores, pero las valoraciones son vías para la integración mediante denominadores comunes⁹⁷.

Entre los despliegues de la justicia como valor, el que más evidencia la jerarquía del hombre es la valoración, en cambio la valencia es más distante del hombre, y los criterios generales orientadores suelen invocar una mayor jerarquía, pero pueden avasallarlo⁹⁸.

En cuanto al horizonte histórico de los tres despliegues de todo valor, por tanto incluida la justicia, destacamos que la “cultura” se remite más a la valencia y a la valoración, en tanto que la “civilización” se basa con más frecuencia en criterios generales. Como hemos expresado supra, la justicia se descubre mediante un sentimiento racional, la cultura tiende a hacer prevalecer el sentimiento, la civilización se inspira más en la razón y la decadencia suele incurrir en el sentimentalismo y el “racionalismo” del valor⁹⁹.

c) Fraccionamiento de la justicia

La justicia tiene una función pantónoma (pantonomía: pan = todo, nomos = ley que gobierna), ya que valora la totalidad de los repartos futuros, presentes y pasados. He aquí la auténtica justicia, la justicia divina. En el día del Juicio Final el mundo habrá concluido, en ese día Dios hará justicia¹⁰⁰. No obstante tuvimos un adelanto de dicha justicia, a raíz de los juicios efectuados por Jesús en el transcurso de su paso por este mundo, porque el fue Dios hecho carne, y por tanto conoció la totalidad de los repartos mencionados anteriormente¹⁰¹

¹⁰².

96 CIURO CALDANI, “Perspectivas trialistas de la crítica y del Derecho Natural” cit, pág. 64.

97 CIURO CALDANI, “Denominadores...” cit., pág. 223.

98 Mediante el deber ser ideal aplicado personal (deber de actuar) de la valoración se integran protagonismo y jerarquía, CIURO CALDANI, “Filosofía jurídica...” cit., pág. 14.

99 CIURO CALDANI, “Cultura...” cit., pág. 16.

100 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 401, y el mismo autor en “La Ciencia de la Justicia” cit., pág. 8.

101 Ver Mateo 22, 15 Lucas 20, 20; Mateo, 21, 23 Lucas 20, 9; Mateo 23, 34 Lucas 20, 39; Lucas 21, 1; Mateo 21, 10 Lucas 19, 45, Juan 2, 14; Mateo 5, 40; Lucas 7, 36, Juan 8 y 9, etc. Jesús es la segunda persona de la Santísima Trinidad, las otras dos son Dios Padre (primera persona) y el Espíritu Santo (tercera persona). Recordemos igualmente que el Maestro sigue entre nosotros, como fue por El establecido, v.gr. en la eucaristía, los pobres, los enfermos, etc.

102 San Agustín fue un claro defensor de la pantonomía de la justicia en las célebres discusiones que mantuvo

Sin embargo, la realización de dicha justicia es imposible para el hombre que desconoce el futuro, que se le escapó el pasado y que sólo domina imperfectamente la actualidad. Es por eso que el ser humano se ve forzado a fraccionar, consiguientemente la justicia humana es fraccionada¹⁰³.

Santo Tomás declara que las virtudes tienen con respecto a Dios mayor extensión que con miras al hombre; así se refiere la justicia humana a la comunidad, mientras que la justicia divina abarca el universo entero¹⁰⁴.

La justicia como virtud es un elemento de la ética, precisamente por ser ésta la doctrina de las virtudes; dicha disciplina, a su vez, pertenece a la teoría de los valores¹⁰⁵. Si se parte de la justicia como virtud, los criterios con arreglo a los cuales habrá de juzgarse qué es lo que corresponde a cada cual, no llegan a ser temáticos, sino que se aceptan sencillamente sin examen. Sin embargo, un análisis de la justicia en el campo de la ciencia del Derecho posee precisamente la misión de considerar estos criterios. Esto sumado a que si se considera la justicia desde el punto de vista de la virtud, nunca se sale de la esfera individual, mientras que el Derecho como ciencia social se interesa sobre todo por la concatenación de las conductas justas¹⁰⁶.

El Derecho en general, y la justicia en especial, requieren imprescindiblemente el auxilio de la virtud¹⁰⁷ en sus tres niveles de valencia, valoración y orientación, con fundamentos intelectuales, pero también, en última instancia, morales, y con fe para afirmar el valor, esperanza para confiar en su realización y caridad para abrirse al deber ser en general, con prudencia para reconocer los límites, fortaleza para tener el vigor de realizar el valor, justicia para compatibilizar intersubjetivamente la vida valiosa y templanza para que los valores contribuyan y se integren debidamente¹⁰⁸. Finalmente, es interesante mencionar como también los vicios energizan al valor justicia; la justicia es como un jinete que no puede

contra los maniqueos, los pelagianos y los donatistas, CIURO CALDANI, “San Agustín...” cit., pág. 109.

103 Una manifestación particularmente impresionante del carácter fraccionado de la justicia humana es la justicia de la injusticia, consistente en que, con frecuencia, las injusticias son medios para que se realice una mayor justicia.

104 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs., 401 y 412.

105 Causa asombro que famosos juriconsultos den definiciones de la justicia que pertenecen a la ética. La explicación está en que el origen de dichas definiciones reside en la Filosofía, más exactamente en la Filosofía estoica, siendo el núcleo de la misma la ética. En efecto, Ulpiano afirma (Dig., 1, 1, 10, pr.) que la justicia es “constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”.

106 GOLDSCHMIDT, “Ciencia...” cit., págs. 3 y 4.

107 El tipo de relación de las virtudes con los valores puede ser directa o indirecta. La primera se presenta en la proyección específicamente “moral”, o sea cuando la voluntad se refiere inmediatamente al mismo valor, en cambio la restante se establece cuando hay una proyección más “intelectual”, en que la voluntad se refiere al valor respectivo pero por mediación de la referencia a otro valor, CIURO CALDANI, “Meditación sobre la virtud en el Derecho”, en “Boletín...” cit., N° 3, págs. 13 y 14.

108 En la perspectiva histórica es posible señalar que en los tiempos de cultura predominan las virtudes de valencia, morales y superiores, en las épocas de civilización son más frecuentes las virtudes de valoración y orientación, intelectuales e inferiores, y en los tiempos de decadencia predominan los vicios. CIURO CALDANI, *ídem*.

cabalgar hasta que no se le acerque un fogoso corcel que por casualidad galopa hacia la misma meta a la que el jinete aspira llegar (teoría tremendista de la justicia)¹⁰⁹.

El Trialismo muestra la exigencia de considerar la pantonomía con el mayor alcance posible (que se debe fraccionar cuando no se puede desfraccionar) y atiende, así, a la complejidad pura¹¹⁰. En él se equilibran las posibilidades de vuelo utópico de la referencia a los valores naturales con la inclinación a las valoraciones completas, que agrega un ingrediente más tópico¹¹¹.

Los asuntos cuya comprensión se enriquecen a la luz del reconocimiento de la pantonomía de la justicia abarcan la captación misma del Derecho y las perspectivas generales, especiales y sintéticas del “mundo jurídico”¹¹².

Como dijimos la justicia es una categoría pantónoma, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras¹¹³. Así los obstáculos a la función pantónoma (o causas del fraccionamiento) pudo surgir de la consideración del porvenir, del presente, y del pasado.

Entre las causas del fraccionamiento derivados del porvenir, debemos indicar que dentro de una situación jurídica pendiente, los acontecimientos sobrevivientes pueden ejercer cierta influencia sobre derechos y obligaciones de los interesados¹¹⁴. Existen métodos de fraccionamiento del porvenir (v.gr. *pacta sunt servanda*, cosa juzgada, etc.) y de fraccionamiento del mismo (p.e. *cláusula rebus sic stantibus*).

En cuanto a los obstáculos a la función pantónoma provenientes del presente podemos señalar el aislamiento del enjuiciamiento de un reparto de otros semejantes; aquellas causas relacionadas con el mismo reparto, distinguiendo el fraccionamiento de consecuencias, de antecedentes, y del complejo (pudiendo operar sobre el continuo temporal, el continuo cuantitativo, el continuo personal, y el continuo real).

Por último, las causas del fraccionamiento también pueden derivar del pasado. La justicia humana tropieza en este terreno con obstáculos casi insalvables. No sólo que desconoce la casi totalidad de las injusticias perpetradas, sino que aun en la medida que se entera de ellas, parece no poder remediarlas, toda vez que verdugos y ahorcados han salido de su campo de

109 GOLDSCHMIDT, Werner, “La justicia y afectos conexos”, en “Justicia y Verdad” cit., pág. 63.

110 CIURO CALDANI, “El Trialismo...” cit., pág. 893. Al dominar la teoría del fraccionamiento, el Trialismo supera los riesgos de las posiciones “tópicas” (más locales y fraccionadoras) y “utópicas” (poseen proyección a influencias más distantes).

111 CIURO CALDANI, “Perspectivas...” cit., págs. 64 y 65.

112 CIURO CALDANI, “Werner GOLDSCHMIDT y las proyecciones sistemáticas de la “pantonomía” de la justicia”, en “Boletín...” cit., N° 22, págs. 40 y 41.

113 La historicidad cabal significa el equilibrio de los tres sentidos del tiempo.

114 El principio de que lo por venir altera el sentido del pasado, lo expresan algunos autores mediante el concepto del tiempo existencial, este último constituye una totalidad en que se hallan simultáneamente los tres modos temporales (GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 402).

acción¹¹⁵.

Los denominadores particulares de la justicia se producen siempre en relación con fraccionamiento de este valor –de influencias del porvenir, del presente o del pasado– defendidos o rechazados (o sea, en este caso, en relación de desfraccionamientos). Sin embargo, también puede decirse que los denominadores particulares se vinculan más con los fraccionamientos, en tanto que los denominadores comunes se encuentran al hilo de los desfraccionamientos para satisfacer la pantonomía de la justicia¹¹⁶.

Desde el conjunto de los valores de convivencia, en general puede decirse que la utilidad orienta más al fraccionamiento de la justicia, y en cambio la salud, la verdad, la santidad y el amor inclinan más al desfraccionamiento del valor. Todos los otros valores políticos ayudan al conocimiento de las influencias de justicia y del Derecho, pero un exceso de esa participación significa su destroz¹¹⁷.

El fraccionamiento produce *eo ipso* seguridad jurídica¹¹⁸. Esta reclama orden con justicia incipiente.

Al declinar la seguridad jurídica en las tres dimensiones del Derecho, Goldschmidt expuso que se trata del orden de los repartos, en oposición al desorden; de las normas claras, determinadas, exhaustivas, irretroactivas y vinculatorias para todos. En el curso de tal declinación se inscribe la comprensión de la seguridad como un despliegue de la tensión entre justicia fraccionada y justicia desfraccionada.

Los fraccionamientos productores de seguridad pueden amparar legítimamente contra diversos riesgos, según los sentidos de las influencias de justicia a que se refieran, y sus excesos producen, a su vez, peligros opuestos.

Así como señalamos que la seguridad es un producto de la justicia, debemos destacar que la libertad constituye una exigencia de dicho valor. La seguridad debe ser medio para la libertad, así se trata de fraccionar la libertad para tener la seguridad de lograr la más significativa realización de la libertad¹¹⁹.

Desde la perspectiva histórica, en general la cultura es afín al desfraccionamiento de la justicia, quizás en especial del porvenir y también del pasado, en tanto que la civilización se inclina más al fraccionamiento –que como hemos dicho produce seguridad jurídica– con

115 Dos son los remedios que están a nuestro alcance para hacer justicia: por un lado, hemos de elaborar una historiografía dikelógica, por el otro, nos incumbe conceder recompensa vicarias. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 411.

116 El fraccionamiento y la consiguiente particularidad pueden ser ilegítimos, pero también pueden serlo el desfraccionamiento y la comunidad falsos. CIURO CALDANI, “Denominadores...”, cit., págs. 225 y 226.

117 CIURO CALDANI, “Integración del Derecho en el Mundo Político”, en “Estudios...” cit., t. III, 1984, pág. 228.

118 La justicia y seguridad jurídica son la marea alta y la marea baja de un sólo mar, el de la justicia. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 415.

119 CIURO CALDANI Miguel A., “Nota sobre los valores jurídicos”, en “Filosofía, Literatura...” cit., págs. 52 y 53.

ciertas aperturas especiales, por ejemplo al presente en cuanto a las consecuencias¹²⁰.

d) Clases de Justicia

Aunque la solución justa para cada caso es siempre sólo una, las diferentes clases de justicia son distintos caminos con que nuestra limitación debe ir obteniendo la objetividad (no neutralidad) de las valoraciones¹²¹. Todas las clases de justicia son vías para descubrir la solución justa única que corresponde a cada caso¹²².

El Trialismo originario utilizó las enseñanzas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino sobre las clases de justicia subrayando el carácter relativo de la justicia distributiva y el carácter absoluto de la justicia correctiva¹²³. La evolución de la teoría trialista ha ampliado el panorama, estableciendo nuevas clases que responden a los elementos del reparto considerado en aislamiento y en conjuntos¹²⁴.

Desde el reparto aislado la justicia se reconoce por vías consensual y extraconsensual, con o sin acepción (consideración de personas), simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias), monologal y dialogal (con una o varias razones) y conmutativa o espontánea (sin o con contraprestación). Y según que tomemos al conjunto de los repartos se utilizan las clases de justicia parcial y gubernamental (proveniente de parte del conjunto o del todo), sectorial o integral (referida a parte del conjunto o al todo), de aislamiento o de participación, absoluta o relativa y particular o general (en este caso, tendiente al bien común).

Desde el punto de vista de la particularidad de las soluciones, la justicia absoluta se convierte en equidad¹²⁵, y con miras a la generalidad la justicia relativa se transforma en

120 CIURO CALDANI, “Cultura...” cit., pág. 16.

121 Una valoración neutral carecería de sentido. Tan sólo es posible procurar la imparcialidad en la forma (camino previo) de la adjudicación. CIURO CALDANI, “Derecho ...” op. cit., pág. 107.

122 La pantonomía de la justicia contribuye al descubrimiento y el esclarecimiento de todas ellas. La justicia puede resultar destrozada cuando se opta con exclusividad por alguna clase en detrimento de otra.

123 Aristóteles clasificó a la justicia distinguiendo: 1- justicia total; 2- justicia particular, distinguiendo entre justicia distributiva y justicia correctiva, y este último a su vez, en justicia conmutativa y justicia en las relaciones voluntarias (judicial); 3- justicia política, dividida en justicia legal y justicia natural; y por último justicia doméstica, ramificada en justicia despótica, justicia conyugal, y justicia paternal. Santo Tomás suprimió la categoría de la justicia correctiva, igualando esta a la justicia conmutativa.

124 La complejidad pura se manifiesta, también, en el reconocimiento de las clases de justicia, en el que las vías de descubrimiento señaladas por la tradición aristotélico-tomista pueden enriquecerse, a través del Trialismo, con una pluralidad de enfoques.

125 El reconocimiento de la equidad es resultado de una aplicación del método general comparativo, desarrollado en cuanto a la materia. La exigencia de equidad surge de una diferencia específica tan relevante que requiere una solución diferente de la planteada con alcance general. El aporte de la investigación de GOLDSCHMIDT acerca de la justicia permitió integrar de manera clara a la equidad en el marco de la “Dikeología”, al punto que siendo una manifestación más de la justicia mereció en sí misma limitada consideración (CIURO CALDANI, “Compresión Jusfilosófica de la Equidad”, en ED, t. 155, pág. 687. La equidad está más estrechamente vinculada

justicia legal.

Para ser cabal, la comprensión de la justicia, también necesita considerar, en un enfoque dinámico¹²⁶, las perspectivas de partida y de llegada. Lo justo ha de descubrirse reconociendo cómo debe resolverse el caso según su realidad actual (en su situación de partida) y cuál ha de ser el resultado de la solución mira a un mundo mejor (en su situación de llegada). A estas perspectivas, cabe agregar la perspectiva de la justicia de trámite, en la que la dinámica está en la manera de establecerse lo que se ha de hacer¹²⁷.

Entre las clases de justicia afines al derecho privado ubicamos: la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, dialogal, conmutativa, parcial, de aislamiento, absoluta, y particular. Por otro lado las siguientes clases de justicia están más vinculadas con el derecho público: extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, monologal, espontánea, gubernamental, participativa, relativa, y general.

La idea de denominador particular es especialmente afín a la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, monologal y espontánea y a la justicia parcial, sectorial, de aislamiento, absoluta y referida a los particulares. En cambio, los denominadores comunes son más fácilmente la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, dialogal y conmutativa, y la justicia gubernamental, integral, de participación, relativa y general¹²⁸.

Con relación al complejo axiológico, dada nuestra especial ignorancia respecto de la humanidad, ésta se orienta más a exigir la investigación de su contenido por vía consensual, en tanto los valores especiales suelen dar más espacio a la investigación de su contenido por vía extraconsensual. La humanidad potencia más la justicia de llegada, en cambio los valores especiales atiende más a la de partida. La primera es más redistributiva y correctiva, los segundos son más distributivos y rectores¹²⁹.

Específicamente en cuanto a los valores especiales, la utilidad apoya a la justicia simétrica, conmutativa, de aislamiento y referida a los particulares; en tanto la salud, la verdad, y sobre todo la santidad y el amor, están más próximos a la justicia asimétrica, espontánea, de participación y general^{130 131}.

Dentro del marco histórico, la cultura tiende a considerar las clases de justicia - desde perspectivas diversamente intensas - de extraconsensualidad, acepción de personas, asimetría, carácter monologal, espontaneidad, parcialidad, integralidad, participación, carácter absoluto

con el Derecho Privado y la justicia legal tiene más aplicación en el Derecho Público. A su vez la radicalización de la equidad conduce al casuismo y el abuso de la justicia legal lleva al generalismo.

126 La justicia exige que el “ser” en sentido estricto llegue a satisfacer el “deber ser”. Tiene, en consecuencia, un sentido dinámico, que en su caso se acentúa por ser un valor que incluye también su desenvolvimiento. CIURO CALDANI, “Hacia una comprensión...” cit., pág. 715.

127 Íd., págs. 715 y 716.

128 CIURO CALDANI, “Denominadores...” cit., pág. 220.

129 CIURO CALDANI, “Acerca de las características...” cit., pág. 6.

130 CIURO CALDANI, “Integración...” cit., pág. 227.

131 La historia como vida en común lleva en sí un cierto sentido de justicia general y bien común.

y general. En cambio la civilización se orienta más hacia las otras clases de justicia, o sea consensual, sin acepción de personas, simétrica, dialoga, conmutativa, gubernamental, sectorial, de aislamiento, relativa y particular¹³². Los tiempos de cultura son más ambiciosos de justicia de llegada, en cambio las épocas de civilización se refieren más a la partida y sobre todo al trámite, en tanto en la decadencia las perspectivas se desorientan¹³³.

4. Relaciones entre el Arte y el Derecho

a) Enfoque básico

En la Filosofía del hacer o del arte ubicamos a las ciencias de producción, que enseñan cómo se producirá un género determinado de obras.

Dentro de ellas nos referimos a las vinculadas con las producciones artísticas. Acerca del arte se han planteado diversas ideas que desde la perspectiva de la belleza, lo caracterizan como claridad, simplicidad, elegancia, agrado, esplendor, proporción, orden, integridad, coherencia, armonía, infinito, etc. En cuanto al obrar humano, se lo caracteriza como originalidad, imaginación, creación, destreza, habilidad, etc. Aunque suele decirse que el arte es indefinible, dentro de una concepción tridimensional, creemos esclarecedor señalar que se trata de creaciones captadas ideológicamente y valoradas –las creaciones y las captaciones– por la belleza, que es un valor de plenitudes proyectadas al infinito¹³⁴. Consiguientemente encontramos en el mundo político una rama política denominada política artística, cuyo valor natural absoluto es la belleza.

Así como el Derecho, el arte puede ser comprendido mejor al hilo de una Filosofía Artística “menor” o Estética (que lo considera en sí mismo) ayudando a una integración en la Filosofía Artística “mayor” o Filosofía del Arte (que lo relaciona con el resto del universo)¹³⁵.

En la dimensión de los actos de creación, que puede denominarse “genealógica”, cabe

132 CIURO CALDANI, “Cultura...” cit., págs. 14 y 15.

133 CIURO CALDANI, “Hacia una comprensión...” cit., pág. 737.

134 CIURO CALDANI, “El Derecho y el Arte”, Boletín..., cit., N° 14, p. 37.

135 La Filosofía del Arte en la Edad Antigua y en la Edad Media se basa en la Metafísica griega: la teoría de lo bello y el Arte proceden de un planteo sobre el ser. El carácter antropológico de la Filosofía moderna se manifiesta en la Estética y en la Filosofía del Arte destacando que lo bello es una experiencia que hace el hombre. Precisamente la Estética como disciplina filosófica nace en este período. Finalmente la Estética y la Filosofía del Arte contemporáneo se encuentra muy divididas en diversas corrientes como la misma Filosofía. Por un lado, se manifiestan una Estética y una Filosofía del Arte tradicionales. Por otro lado, otra orientación se ocupa del análisis del lenguaje tomado en sentido amplio, cuidando el método y atendiendo al condicionamiento lingüístico del Arte. Otro planteo está dirigido a la Ciencia (Biología del Arte, Psicología del Arte, etc.) Por último cabe mencionar la postura marxista. SOTO, Alfredo M., “Filosofía, Derecho y Arte”, en “Boletín...” cit., N° 14, págs. 57 y 58.

distinguir actos creadores más o menos originales¹³⁶. La belleza no se refiere sólo al marco artístico y abarca también, en difícil relación, el ámbito de la naturaleza, produciéndose entre ambos una relación muy discutida. La belleza “artística” es producto de la “creación” humana¹³⁷.

En el despliegue de las captaciones que constituyen la dimensión “ideológica” del arte, se desarrollan funciones descriptivas e integradoras de los actos de creación. Las descripciones se refieren a los contenidos de la voluntad de los creadores y a la realización de esa voluntad, que depende respectivamente de su “imaginativa” y de su “destreza”. La integración, que se cumple simultáneamente con la descripción, se constituye con los sentidos que la captación de la obra artística le incorpora, que dependen en parte de la “sensibilidad” del receptor. El despliegue artístico requiere que la captación funcione mediante el cumplimiento de tareas indispensables: la interpretación y la “re-creación” de la obra. En la interpretación importa la lealtad al autor y en la “re-creación” es relevante la capacidad creativa del receptor¹³⁸. En la política artística el término orden es sustituido por la expresión estilo¹³⁹.

En la dimensión valorativa, la belleza valora las creaciones y sus captaciones. Evocando a Apolo, divinidad de la belleza, puede hablarse aquí de despliegue apolónico del arte¹⁴⁰.

La belleza se caracteriza por el poco recurso a la razón y por la armonía. La justicia es una categoría pantónoma (supone una totalidad y la domina), la belleza es una categoría monónoma (domina cuanto hay, pero no supone sino un solo objeto). Con relación a este último valor, el principio supremo de justicia consiste en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para realizar la belleza necesaria para su personalización¹⁴¹.

Partiendo del valor belleza podemos distinguir la axiología artística y la axiosofía artística. Siguiendo el hilo del trabajo efectuaremos algunas consideraciones sobre la axiología artística.

También respecto de los valores artísticos pueden señalarse los tres despliegues ya referidos. Valencia, valoración, y orientación. Cabe distinguir, en relación a ellos, actos

136 Reconociendo que la originalidad absoluta nos es inalcanzable y que la falta de originalidad, que corresponde a más “fabricación” y menos “creación”, se desenvuelve fuera del ámbito del arte, en el campo de la artesanía.

137 Entre los actos de creación, hay que diferenciar los que se refieren más a lo subjetivo, o sea, son más “románticos”, y los que tienen más referencia a los objetos que cobran sentido por la creación, es decir, son más “realistas”. CIURO CALDANI, “El Derecho y el Arte” cit., pág. 38.

138 La capacidad de sugerir “re-creaciones” es de importancia decisiva para la jerarquía de la obra de arte, pues sólo a través de ellas se consume el sentido de infinito en plenitud de la belleza. CIURO CALDANI, ídem, págs. 38 y 39.

139 Con Jacobo Kogan podemos recordar que “el genio artístico, lejos de ser el representante de un estilo colectivo o histórico, es, por el contrario, su más decidido oponente”; “la historia del arte es la de las formas inventadas contra las formas heredadas”, KOGAN, Jacobo, *El lenguaje del arte*, Bs. As., Paidós, 1965, pág. 209.

140 La proyección al infinito permite diferenciar lo bello de lo que es meramente lindo, REALE, Miguel, “O belo e outros valores”, Río de Janeiro, Academia Brasileira de Letras, 1989, pág. 42.

141 GOLDSCHMIDT, Ciencia ..., op. cit., en nota 3 p. 55; CIURO CALDANI, “Los valores jurídicos y el resto del mundo del valor”, en *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación..., 1986, p. 72, en nota 4, págs. 89, 90, y 91.

valiosos en el aspecto objetivo pero no en el subjetivo, actos con virtud intelectual pero no moral, y actos valiosos intelectual y moralmente. De resultados de las valoraciones surge un deber ser ideal aplicado impersonal (deber ser actual) y un deber ser ideal aplicado personal (deber de actuar), que puede referirse a actos valiosos o validados (es decir, al más valioso de los actos posibles en una situación para un individuo)¹⁴².

Una de las manifestaciones de la vida política en que parece lograrse mejor el ideal de agregación es la esfera artística¹⁴³. Todo sin desconocer los conflictos que la política artística presenta al hilo de los otros valores de convivencia.

Si bien una obra es artística por tener su centro de referencia en el valor belleza, no nos cabe duda que tiene una pluralidad de significados que la vinculan con todos los otros valores, incluso los valores jurídicos que culminan en la justicia. Al vincular la belleza y la justicia puede ocurrir que el contacto se produzca en niveles “cósmicos”, relativamente ajenos a esos valores –de “metajusticia” y metabelleza–, a través de fenómenos de realización “implícita” de valores –de “parajusticia” y “parabelleza”– o en alcances “subintrados”, en que un valor posee desarrollo legitimado por el otro –es decir de “infrajusticia” e “infrabelleza”¹⁴⁴.

Desde el punto de vista de la pantonomía y el fraccionamiento de la justicia, la belleza inclina al desfraccionamiento del valor. Como todos los valores del mundo político ayuda al conocimiento e las influencias de la justicia y del Derecho. Y con relación a las clases de justicia se vincula más con la justicia extraconsensual, con consideración de personas, asimétrica, dialogal, espontánea, parcial, integral, de participación, relativa y general.

En nuestro caso nos ocupamos de la parajusticia, expresada a través de la literatura. El Derecho y la literatura son áreas profundamente vinculadas al hilo de la unidad de la vida. Según Ciuro Caldani “la literatura..., es un venero de interrogantes para la Filosofía y la ciencia, que pueden, a través de ellos, liberarse de la relativa prisión de la razón. En la literatura como fenómeno social se expresan los ideales últimos que reconoce una comunidad y a través de ella puede iluminarse también el marco de la Filosofía del Derecho¹⁴⁵”.

En el presente trabajo pretendemos desarrollar un análisis donde la Ciencia Jurídica se integre y enriquezca con los aportes de la literatura, tratando de construir un puente entre el derecho y la literatura, con la intención de enriquecer el saber jurídico¹⁴⁶. Deteniéndonos

142 CIURO CALDANI, “Derecho ...” cit., pág. 120.

143 “El mundo del arte nos presenta un ejemplo patente de una comunidad ideal en que todas las intenciones coinciden, y es la producción y el goce desinteresado de emociones libremente armonizadas; KOGAN, Jacobo, “El lenguaje...” cit., pág. 220.

144 CIURO CALDANI, “Aportes para la integración de la historia del Derecho y la historia del Arte (Enfoque general –‘Parahistoria’ jurídica– Edad Moderna)”, en “Boletín...”, N° 5, cit., págs. 61 y 62.

145 El corte de los lazos del Derecho con los ideales que se expresan en la literatura es en cierto sentido, una de las consecuencias negativas del positivismo normológico. Creemos que urge superar los moldes aislantes constituidos por las normas y recomponer la “universalidad” de la cultura. CIURO CALDANI, “Meditaciones jusfilosóficas sobre las ‘Ficciones’ de Jorge Luis Borges”, en “Filosofía, Literatura...” cit., págs. 79 y 80.

146 GIOSA Laura y ZABALZA Guillermina, “Medida por medida, de Shakespeare. Un enfoque jurídico”, en

en casi todos los temas descriptos en este trabajo al analizar la temática de la axiología de la justicia. Quizás la mayor representatividad de la problemática jurídica por el arte se encuentra en la literatura.

Se ha observado que “los estudios jurídicos se han visto enriquecidos en las últimas décadas por los aportes de otras disciplinas, superando así cierto aislamiento tradicional. Esos aportes provinieron de los lugares más variados: la lógica, la teoría de los juegos, la antropología cultural, la sociología o la lingüística. Por su propia naturaleza, la ciencia jurídica ha estado especialmente atenta a los desarrollos de esta última disciplina... Muchos autores contemporáneos, pertenecientes a las más diversas escuelas y concepciones, insisten en subrayar los vínculos existentes entre el discurso jurídico y el discurso literario”¹⁴⁷.

Entre los géneros literarios, el Derecho se vincula especialmente con el drama, aunque a veces –como en el Derecho Penal- se aproxima más a la tragedia y en otros casos –como en el Derecho de las Obligaciones Contractuales- tiene relativa afinidad con la tensión menor de la comedia. A su vez, la novela generalmente resulta un género integrador de las distintas ramas jurídicas^{148 149 150}.

El Arte es en gran medida creación y el Derecho posee múltiples aspectos creativos y tiene entre sus principales “objetos repartideros” (que merecen ser repartidos) la promoción de la creación y la superación de la rutina, generándose lo que podría denominarse “el Arte del Derecho”. Y a su vez, el Arte expresa múltiples contenidos jurídicos, manifestando el “Derecho del Arte”¹⁵¹.

b) Visión de la parajusticia en algunas obras literarias

Con relación al Derecho Natural, como orden ideal opuesto al orden real de repartos,

“Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social”, N° 27, pág. 65.

147 V.gr. R. Dworkin, S. Fish, N. Mac Cormick, B. Jackson, J. Lenoble, R. Posner, E. Landowski, F. Ost, Van der Kerchove, J. Calvo González, D. Carzo, M. Nussbaum, R. Keveson, R. West y otros, Carcova, Carlos M., “Derecho, Literatura y Conocimiento”, pág. 171, Revista Jurídica de Bs. As. 1999-2000, Universidad de Bs. As., Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, Bs. As. Sin olvidarnos de mencionar los trabajos integradores de Miguel Á. CIURO CALDANI.

148 A diferencia del drama entendido en sentido estricto, que posee una solución aceptable, la tragedia carece de ella.

149 El drama versa sobre un asunto serio, a veces triste, pero se diferencia de la tragedia primero en que el asunto serio es sólo a veces triste, y sobre todo en que su desenlace no está previsto de antemano, CORBO ZABATEL Eduardo, “Cuando lo trágico paraliza”, La Nación Revista, p. 60.

150 La novela permite una síntesis de todos los géneros poéticos, pudiendo ser interpretada desde las más diversas perspectivas (épica, satírica, etc.). CIURO CALDANI, “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote”, nota 1 p. 19, en “Boletín...” N° 9, nota 1, pág. 19.

151 La tensión de lo apolíneo (más apegado a la forma y a la coherencia) y lo dionisiaco (más referido a la materia y a la vida en su impulso) en el Arte se busca en la realización de la belleza; en el Derecho mediante la satisfacción de la justicia, CIURO CALDANI, “El Derecho y el Arte” cit., págs. 87 y 88.

el gran trágico griego, Sófocles¹⁵², nos brinda un bello ejemplo en su célebre obra *Antígona*, en la cual la protagonista protesta, en nombre del Derecho divino, contra la privación de sepultura a su hermano, ordenada por el rey¹⁵³. La noción de Derecho Natural que expresa dicha obra, tiene horizontes de universalidad y eternidad. Dice la heroína, refiriéndose a las leyes divinas que invoca. “Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron¹⁵⁴. La tensa relación entre Derecho Positivo y Derecho Natural está en la denuncia del idealismo sin contacto con la realidad con la que Cervantes indicó uno de los caracteres particularmente intensos en su pueblo y una de las posibles derivaciones universales de la condición humana en el “*Quijote*”¹⁵⁵.

En cuanto a la objetividad del valor justicia, “*Antígona*” también nos lo muestra con claridad. Una frase de Hemón aparece a veces traducida “porque no puedo dar por justos tus errores¹⁵⁶. Aunque juega constantemente con lo subjetivo y lo irreal, Jorge Luis Borges plantea la posibilidad de los valores objetivos e independizados de la existencia del hombre al referirse en sus “*Ficciones*” a la posible extinción de la especie humana y la posible perduración de los valores de la imaginaria biblioteca de Babel¹⁵⁷.

Por otra parte “*El Quijote*” es citado como conmovedor testimonio del distanciamiento del ser y el deber ser.

La tensión entre las líneas del pensamiento cristiano agustiniano y tomista se muestra de cierto modo en el conjunto de los enfoques diferentes de don Quijote y Sancho, pero está en especial presente en el decir de Sancho “¿qué grandeza es mandar en un grano de mostaza...?”, prefiriendo gobernar media legua del cielo y no la mayor ínsula del mundo; y en la afirmación del duque que con las riquezas de la tierra se pueden granjear las del cielo¹⁵⁸.

Don Quijote muestra la proyección del alma iberoamericana frecuentemente encandilada por la valencia y los criterios generales orientadores, pero bloqueada respecto de las valoraciones de las realidades diversas de la vida¹⁵⁹.

152 La tragedia griega nació en una época de gran tensión entre lo conservador y lo innovador que se manifestaba en todas las expresiones culturales y su desenvolvimiento se produjo en un momento de relativa riqueza que permitió las costosas representaciones teatrales en un tiempo de desarrollo democrático, CIURO CALDANI, “Tragedia griega y Derecho”, en “Boletín...” cit., N° 18, pág. 62.

153 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 472.

154 CIURO CALDANI, “Notas para la comprensión jusfilosófica de “*Antígona*” de Sófocles”, en “Boletín...”, N° 2, pág. 39.

155 CIURO CALDANI, “El Derecho y el Arte” cit., pág. 89.

156 SÓFOCLES, *Antígona*, edición y notas de Carlos Miralles Solá, Salvat, 1982, pág. 101.

157 CIURO CALDANI, “Meditaciones jusfilosóficas sobre las ‘Ficciones’...” cit., pág. 90.

158 CIURO CALDANI, “Notas para una comprensión jusfilosófica del *Quijote*...” cit., nota 68 en pág. 26, citando a Cervantes Saavedra, Miguel de Don Quijote de la Mancha, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1968, t. II, p. 262 –P. II, Cap. XLII.

159 La locura de Don Quijote consiste, en cierto sentido, en su pérdida del “sentido” de la realidad, evidenciada de manera descolante en su insistente referencia a los encantamientos, Cervantes Saavedra, Don Quijote... cit., t.

Las tensión entre los criterios generales orientadores y las valoraciones completas se exhibe, por ejemplo, en Don Carlos de Schiller, Los Miserables de Víctor Hugo, El pato salvaje de Visen y La casa de Bernarda Alba de García Lorca; y la tensión de la valoración está profundamente reflejada en Hamlet de Shakespeare verdadero paradigma de la duda ¹⁶⁰.

En lo relativo al material estimativo de las valoraciones, aunque el Derecho es parte de la realidad, para comprenderlo mejor, tal vez, debamos desplegarlo de cierto modo en el mundo de los sueños, en el mundo de la utopía, y de algún modo en el mundo que trató de descubrirnos Borges¹⁶¹.

En cuanto a los medios para el descubrimiento de la justicia, que se cifran en un sentimiento racional, observamos en “Antígona” la expresión de Hemón: “los dioses han dado a los hombres la razón como el mayor bien de todos los que existen...”¹⁶² Sófocles cree en la razón como medio cognitivo exclusivo del Derecho Natural ¹⁶³.

Dentro del complejo axiológico, comparando el “Facundo” y el “Martín Fierro”, la tragedia hernandiana se ubica en los marcos de la “metajusticia” (justicia cósmica) y, en cambio, el ideal de Sarmiento se sitúa en la “infrajusticia” de los valores elegidos o fabricados por el individuo, en la “prejusticia” por el orden y la coherencia y en la “parajusticia” por la utilidad. En general la propuesta de “Facundo” quiere una justicia más válida del orden y la coherencia, en tanto que en “Martín Fierro” hay una más directa referencia a la justicia. “Facundo” pretende una justicia más integrada con la utilidad, en tanto que “Martín Fierro” es una protesta que puede comprenderse más al hilo de una más “pura” humanidad¹⁶⁴.

Con relación a las posibilidades de convivencia, en “Ficciones” observamos la vinculación interhumana, que puede ser enriquecida recíprocamente por el amor, resulta comparable con la de los espejos, en que unos reflejan la claridad de los otros. En un mundo que tiene como principal despliegue la política económica, Borges llama la atención sobre la política erológica y la política cultural¹⁶⁵.

A su vez, el amor está presente en diversas oportunidades en Antígona, aunque quizás el más grande protagonista de la tragedia sea el odio; el amor está presente no sólo en el comportamiento de la heroína, que llega al sacrificio por su hermano muerto, sino en las

I, Págs. 53, 57, 60, 86, 90, etc. (P. I, Caps. VII, VIII, XIII, etc.).

160 CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Guía para la integración del Derecho y la Literatura”, en “Investigación ...” cit., N° 16.

161 CIURO CALDANI, “Meditaciones jusfilosóficas sobre las ‘Ficciones’...” cit., pág. 99.

162 SÓFOCLES, Antígona, trad. José Alemany Bolufer, Barcelona-Buenos Aires, La Espiga, Ciordia, 1977, pág. 74.

163 GOLDSCHMIDT, “Clasificación sistemática de las corrientes iusnaturalistas”, en “Justicia y Verdad” cit., pág. 375, citando a Sófocles, Antígona, pág. 441 a 525.

164 CIURO CALDANI, “Notas de un ‘diálogo’ del ‘Facundo’ y el ‘Martín Fierro’”, en “Filosofía, Literatura...” cit., págs. 101, 102, 105 y 106. Ver también del mismo autor: “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

165 CIURO CALDANI, “Meditaciones jusfilosóficas sobre las ‘Ficciones’...” cit., pág. 97.

actitudes de Hemón¹⁶⁶. Además debemos mencionar en la obra *Rey Lear*, el amor que predomina en los personajes: Cordelia, Rey Lear, y Edgar. El complejo axiológico de la personalidad de don Quijote muestra, una integración de la justicia con el amor y una última referencia a la belleza. Amor y belleza se refieren principalmente al personaje fabricado por él de Dulcinea del Toboso¹⁶⁷. También acerca de las vinculaciones entre justicia y amor, podemos citar: “El misántropo” de Moliere, “Los miserables” de Víctor Hugo, y “Ana Karénina” de Tolstoi; y sobre las relaciones entre justicia y belleza, cabe referirse a “Nuestra Señora de París” de Víctor Hugo.

En la novela *El nombre de la rosa* de Humberto Eco, vemos la tensión entre el poder y la justicia, con motivo de la posesión de la biblioteca por parte de la Abadía en una época donde la escasez de los libros generó conflictos entre distintos factores de poder, donde podemos observar la injusticia de determinadas conductas tendientes a la no divulgación del material bibliográfico. El planteo jurídico axiológico básico de *Antígona* es una subversión de los valores naturales relativos poder y orden que en las medidas de Creonte se alzan contra la justicia. Por su parte el personaje *Antígona* significa el esfuerzo supremo por someter esos valores relativos a las debidas relaciones de contribución que han de guardar con la justicia¹⁶⁸. El *Rey Lear*, en la tragedia homónima, utiliza como imagen del conflicto entre la justicia y el poder expresando que los magistrados obedecen al perro y los usureros hacen ahorrar al falsario¹⁶⁹. En la tragedia *Macbeth*, la ambición por el poder de Macbeth y su señora es una característica esencial de la obra, este deseo lleva a los protagonistas a un cierto grado de locura¹⁷⁰.

En *Antígona*, Creonte se manifiesta constantemente preocupado por una quizás irreal arrogación del material estimativo de la justicia y el amor por el valor utilidad¹⁷¹. Todo el Quijote puede recibir una comprensión jusfilosófica, centrada en un conflicto de búsqueda de la justicia arrogándose la relación de medio a fin en que debe integrarse con la utilidad. El episodio de los mercaderes apaleando a don Quijote, puede ser un símbolo del conflicto de valores evidenciado en el personaje protagonista. Respecto a las vinculaciones entre justicia y utilidad corresponde citar: “El judío de Malta” de Marlowe, “El mercader de Venecia” de Shakespeare, “El avaro” de Moliere y “Eugenia Grandet” de Balzac¹⁷².

En *Antígona* hay un claro reconocimiento de la jerarquía del valor verdad, y el mensajero

166 SÓFOCLES, *Antígona*, trad. Alemany Bolufer, ob. cit., págs. 70 y 75.

167 CERVANTES SAAVEDRA Miguel A., *El Hidalgo Don Quijote...*, ob. cit., t. I, Págs. 24, 195/196 y 320, t. II, págs. 209 y sigs. (respectivamente: Parte I. Caps., I, XXV y XXXVII, Parte II, Cap. XXXII).

168 SÓFOCLES, *Antígona*, idem, p. 74.

169 SHAKESPEARE William, *El Rey Lear*, Colección Nogal, Bs. As., p. 126.

170 Like her husband, Lady Macbeth's ambition for power leads her into an unnatural, phantasmagoric real of witchcraft, insomnia and madness. *Macbeth*, enotes.com.

171 SÓFOCLES, *Antígona*, idem, pág. 46.

172 CIURO CALDANI, “Guía para la integración...” cit, pág. 22.

expresa categóricamente “Lo mejor, siempre es la verdad”¹⁷³. En el Quijote hay una difícil relación con la verdad y, mostrando una clara afinidad entre la limitada división del trabajo y del saber, don Quijote refleja en mucho la idiosincrasia iberoamericana señalando que la caballería andante encierra en sí todas o las más ciencias del mundo ¹⁷⁴. Respecto de las relaciones entre justicia y verdad, también puede citarse, “Galileo Galilei” de Bertolt Brecht.

En cuanto a la vinculación de la justicia y la santidad, toda la obra *El nombre de la rosa* está teñida por una fuerte tensión entre dichos valores absolutos. Por otro lado, en la obra del Quijote de la Mancha también en algunos pasajes la relación de dichos valores es relativamente tensa, porque si bien se destaca el temor a Dios, se afirma el carácter imprescindible del caballero andante en la lucha por hacer realidad lo que los religiosos en paz y sosiego pide al Cielo¹⁷⁵.

Por último, como un horizonte conmovedor con miras a la falta de realización del más alto valor a nuestro alcance, la humanidad, pueden recordarse las lamentaciones del dolor del justo que realiza Antígona¹⁷⁶. Frente al plexo valorativo quijotesco, la personalidad de Sancho Panza corresponde a un hombre más lisa y llanamente “humano”, sin los brillos, a veces deslumbrantes, que tienen los otros valores¹⁷⁷. También, el humanismo aparece en forma literaria en la obra dramática de Lessing “Nathan, el sabio”¹⁷⁸. Según Bloom, Hamlet y Falstaff son la invención de lo humano, la inauguración de la personalidad tal como debemos conocerla¹⁷⁹.

En cuanto a la pantonomía de la justicia, vemos como en el *Rey Lear* se manifiesta cuando el Conde de Gloucester asevera que sobre los traidores se descargará la gran furia de los astros celestes, y también cuando pide clemencia a los dioses¹⁸⁰. A su vez, se observa en la obra trágica *Julio César* cuando el tribuno Marullo les dice a los conspiradores que caigan de rodillas y rueguen a los dioses que suspendan la calamidad que por fuerza ha de caer sobre esa ingratitud¹⁸¹. También en la comedia *Medida por Medida*, de las palabras del duque surge dicha pantonomía al decir que las mentes no reciben hermosos dones sino para bellos fines, y la naturaleza no presta nunca la más pequeña parcela de su existencia sin reservarse la económica diosa los privilegios de un acreedor. Finalmente en el decir de Dante en su

173 SÓFOCLES, “Antígona” cit., pág. 87.

174 CERVANTES SAAVEDRA, “El Hidalgo Don Quijote...”, ídem, t. II, pág. 114 (P. II, Cap. XVIII).

175 CERVANTES SAAVEDRA, “El Hidalgo Don Quijote...”, ídem, t. I, págs. 87/88, p. 131 (resp. P. I, Caps. XIII y XVIII); t. II p. 264 (P. II, Cap. XLII).

176 SÓFOCLES, op. cit., pág. 80.

177 CIURO CALDANI, “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote” cit., págs. 20 y 21.

178 GOLDSCHMIDT, “Ciencia...” cit., pág. 196.

179 BLOOM Harold, “Shakespeare la invención de lo humano”, ob. cit., pág. 26. Falstaff es el protagonista de Enrique IV de Shakespeare.

180 SHAKESPEARE, “Rey Lear” cit, pág. 102.

181 SHAKESPEARE, “Julio César”, Bs. As., Bureau Editor, pág. 16.

“Divina comedia” a Tedesco Alberto que caiga de las estrellas justo juicio sobre su sangre y sea nuevo y claro.

El juego con el tiempo en las Ficciones de Borges permite mostrar y cuestionar la influencia de todos los momentos en cada momento y en especial en el presente cuando expresa que una de las escuelas de Tlon llega a negar el tiempo: razona que el presente es indefinido, que el futuro no tiene realidad sino como esperanza presente, que el pasado no tiene realidad sino como recuerdo presente. El diverso valor del pasado y el porvenir se manifiesta, por contraste, en la invitación a cambiar la realidad pensando el porvenir como pasado y el pasado como porvenir. Mediante la imaginación de un porvenir irrevocable como el pasado Borges quiere liberarnos de las indecisiones respecto del futuro, y a través de la imaginación de un pasado variable como el porvenir desea liberarnos de la cristalización de la vida pasada¹⁸². Macbeth contiene tres tipos de tiempo: el tiempo cronológico, el tiempo providencial, y el tiempo de Macbeth; por otra parte se manifiestan en la obra los esfuerzos sin éxito de Macbeth y Lady Macbeth por separar el pasado, el presente, y el futuro¹⁸³. La cultura en decadencia de la pampa descripta en el “Facundo” es sobre todo reinado del presente, y admite tanto la revisión por influencias del futuro que al fin priva del porvenir; en cambio, la civilización es más “futuriza”, pero procura fraccionar el porvenir para darle un cálculo más firme¹⁸⁴. También la relación entre pasado, presente y porvenir puede, a su vez, ejemplificarse en la referida “Hamlet” y en “Ana Christie” de O’Neill.

En Ficciones, el complejo personal se muestra con claridad al afirmar que en Tlon no existe el concepto del plagio: se ha establecido que todas las obras son obras de un solo autor, que es intemporal y es anónimo. De alguna manera el hombre es reflejo del hombre. Lo que hace un hombre es como si lo hicieran todos los hombres. Por su parte, el complejo real se manifiesta en que en Tlon un libro que no encierre su contralibro es considerado incompleto. Al hilo del complejo real se comprende, también, el valor que Borges atribuye al infinito, de decisiva aunque no siempre debidamente reconocida importancia en el Derecho. El infinito hace toda justicia menos rigurosa y en definitiva provisoria¹⁸⁵. Además el complejo personal se evidencia con gran claridad en “Fuenteovejuna” de Lope de Vega, en “Romeo y Julieta” de Shakespeare y en “Los hermanos Karamazov” de Dostoievski. Y el complejo real, con la distinción entre apariencias y la realidad, se muestra en “Tartufo” de Moliere y en “El gorro de cascabeles” y “Enrique IV” de Pirandello.

182 Como suele ocurrir en la literatura, el pensamiento borgeano sobre el tiempo nos aproxima a la condición imposible que el hombre se acercaría a la caracterización divina. CIURO CALDANI, “Meditaciones jusfilosóficas sobre las ‘Ficciones’...” cit., pág. 97.

183 “Macbeth contains three kinds of time: chronological time, providential time, and Macbeth’s time. Stephen Spender,..., discusses the unsuccessful efforts of Macbeth and Lady Macbeth to separate the past, present, and future aspects of time.” Macbeth, enotes.com.

184 CIURO CALDANI, “Notas de un ‘diálogo’...” cit., pág. 106.

185 CIURO CALDANI, “Meditaciones jusfilosóficas sobre las ‘Ficciones’...” cit., págs. 91 y 92.

Con relación al fraccionamiento de la justicia, en *El nombre de la rosa* observamos el corte en dicho valor sobre el secreto de la biblioteca y sobre la risa de Jesús. En *Antígona* los fraccionamientos del valor absoluto del mundo jurídico están presentes en diversas oportunidades, v. gr. cuando *Antígona* pregunta si alguien sabía si bajo sus obras, estas eran santas, y en la energía excesiva con que *Creonte*, en actitud de fanatismo, fracciona la justicia, se manifiesta cuando dice actuar sin temor ninguno de cometer sacrilegio¹⁸⁶. La vocación quijotesca al desfraccionamiento de la justicia se muestra, por ejemplo, en el deseo de conocer las causas de las condenas a los galeotes y en la consideración de los méritos de la virtud sobre los de la sangre; pero también hay enérgicos fraccionamientos como en la proyección al esposo de faltas de su esposa y en el apego a la palabra empeñada¹⁸⁷. También vemos el fraccionamiento de la justicia en la tragedia del *Rey Lear*, ya que según Samuel Johnson su último acto, el número v, ultraja la justicia divina¹⁸⁸. En *Medida por Medida*, *Angelo* en un diálogo con *Escalo* propone el aislamiento del enjuiciamiento de un reparto de otros semejantes, al expresar que la justicia no se apodera sino de aquel a quien descubre, no pudiendo disminuir su daño con la razón de que el juzgador haya podido cometer faltas parecidas al acusado. Muchas veces las obras artísticas son denuncias con miras al desfraccionamiento de la justicia en las ramas jurídicas, que el Derecho termina recibiendo, como sucede en el ámbito contractual con la interpretación predominante de “*El Mercader de Venecia*” y en el terreno familiar con “*Ana Karénina*”, y otras veces del fraccionamiento que el Derecho Penal provoca, como en *Hamlet*, y en *Crimen y castigo* de Dostoiewski.

En cuanto a la temática de las virtudes, en *Antígona*, *Creonte* destaca la diferencia entre virtud “intelectual” y virtud “moral”, al decir que difícil es conocer la índole, los sentimientos y opinión de un hombre antes de que se le vea en el ejercicio de la soberanía y aplicación de la ley¹⁸⁹. En el *Mercader de Venecia*, *Shilock* busca justicia a raíz de su odio hacia los cristianos, *Porcia*, en cambio apoyada en su amor a *Bassanio*. A su vez, en *Medida por Medida* el duque, a raíz de su futura ausencia, confía el nombramiento de *Angelo* al considerarlo un hombre virtuoso y probo. En *Julio César*, *Marco Antonio* señala la honradez de *Bruto* como móvil para efectuar la conspiración, en cambio para los demás partícipes indica como motor la envidia¹⁹⁰. Por su parte, en el *Rey Lear* el amor moviliza a *Cordelia*, al *Rey Lear*, y a *Edgar*, en cambio la envidia es el causante de las injusticias cometidas por: *Gorenil*, *Reagan* y *Edmundo*. En *Otelo*, la envidia se apodera de *Yago* a raíz de sus celos hacia el amor en sí, y consecuentemente motiva sus acciones, convirtiéndose en uno de los grandes villanos de la

186 SOFOCLES, “*Antígona*”, págs. 70 y 83.

187 CERVANTES SAAVEDRA, “*El Hidalgo Don Quijote...*”, ídem, t. I, pág. 276 (P. I, Caps. XXXIII), y p. 255 (P. I, Cap. XXXI.).

188 BLOOM, “*Shakespeare La invención de lo humano*”, ob. cit., pág. 489.

189 SÓFOCLES, “*Antígona*” cit., pág. 61.

190 SHAKESPEARE, “*Julio César*” cit., pág. 91.

historia de la literatura¹⁹¹. Homero describe la envidia en “La Ilíada” en la persona de Tersites quien halló una segunda immortalización en la obra de Shakespeare “Troilus y Cressida”. En la Divina Comedia Dante consideró a los envidiosos indignos del Infierno y los recluyó en el Purgatorio, lo que se compagina bien con la calidad de los envidiosos como mediocres. La tensión entre la virtud referida a la valencia de justicia y el vicio en cuanto a las valoraciones caracteriza la tragedia que encierra la figura de don Quijote¹⁹².

Con respecto a las diversas clases de justicia, en Antígona hay una puja entre las perspectivas de justicia con acepción y sin acepción de personas; al hilo de las perspectivas de simetría y asimetría, Creonte expresa, en sus ya referidas impugnaciones al dinero, su rechazo contra el más poderoso instrumento para lograr la “simetría” de los objetos del reparto; a su vez, Hemón impugna la actitud de su padre invitándolo a abrirse a una justicia más dialogal, superadora del “monólogo” en que se encierra Creonte; también observamos referencias de Creonte a una exagerada noción de justicia “conmutativa”, en tanto que la obra muestra los límites de esa clase de justicia, evidenciando que el honor del sepulcro es debido “espontáneamente” a la condición humana; ciertas expresiones de Creonte evidencian también cierta referencia a la justicia relativa, en cambio la obra destaca que de manera “absoluta” Polinices era merecedor del sepulcro; finalmente, Creonte pretende fundamentar sus decisiones en argumentos de justicia general¹⁹³. La tensión entre las clases de justicia con o sin “acepción” de personas resulta presente en el decir de don Quijote cuando señala que los primeros premios de las justas literarias suelen adjudicarse por el favor o la gran calidad de las personas, y los restantes por la mera justicia. Del Martín Fierro surge que la pampa es reinado de la justicia simétrica, espontánea, de participación, global y analítica; en tanto el Facundo manifiesta que la civilización es marco de la justicia simétrica (por la intervención de la moneda), conmutativa, de aislamiento y analítico-sintética¹⁹⁴. Por último, en cuanto a la justicia asimétrica, se ha de referir, a “El mercader de Venecia” y, acerca de la justicia espontánea, la narración sobre Aladino, en “Las mil y una noches”.

5. Conclusión

Esta monografía es una muestra más de la necesidad de dejar de lado los planteos simplistas y complejos impuros, para pasar a un estudio integrador de las diversas disciplinas del mundo político, logrando así su complejidad pura. En esto radica esencialmente el mérito

191 “Iago exhibits an all-encompassing jealousy directed not only against sexual love but against love itself in all its manifestations. As a result, envious hatred takes possession of his soul, motivates his actions, and turns him into the most completely villainous character in all literature”. Othello, enotes.com.

192 CIURO CALDANI, “Meditaciones sobre la virtud en el Derecho” cit., pág. 13.

193 CIURO CALDANI, “Notas para la comprensión jusfilosófica de “Antígona” de Sófocles”, en “Boletín...” cit., N° 2, págs. 39, 40, 41.

194 CIURO CALDANI, “Notas de un ‘diálogo’...” cit., pág. 106.

de la Teoría trialista, superadora de la simplicidad pura y la complejidad impura.

Por otra parte, el Trialismo nos permite desenmascarar el juego de los factores del poder siempre subyacente en el Derecho¹⁹⁵. Sin olvidarnos de la importancia de la dimensión normológica, sumado a la consideración de la justicia como un garante perpetuo del progreso, de la libertad y de la paz de todos los pueblos. Sustentándonos en las enseñanzas dadas por “El Maestro”, y en la sabiduría de Pedro y sus sucesores, junto con los Doctores de la Iglesia, entre los que resaltamos la figura de Santo Tomás de Aquino.

A su vez, manifestando entre los aportes enriquecedores de la integración cultural la fuerte vinculación existente entre el Derecho y la Literatura, que consecuentemente fortalece al valor humanidad. Una política humanista o un humanismo político deberá reconocer y favorecer la realización del arquetipo humano que cada época tiene que formular en función de las circunstancias pasajeras y de sus caracteres eternos.

El gran maestro germano-hispano-argentino afirmaba “Jurista es quien a sabiendas reparte con justicia¹⁹⁶. Quizás se pueda decir, aplicándolo al propio Goldschmidt:

“Artista es quien a sabiendas realiza la belleza” y

“Hombre pleno es quien a sabiendas vive humanamente”¹⁹⁷.

195 Ver LASSALLE, Ferdinand, “¿Qué es una Constitución?”, Santa Fe de Bogotá, Temis.

196 GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit, pág. VII.

197 CIURO CALDANI, “Werner GOLDSCHMIDT y las proyecciones sistemáticas de la ‘pantomía’ de la justicia”, cit., pág. 63.

LA MEDIACIÓN Y EL IMPERIO DEL POSITIVISMO-DOGMÁTICO EN LAS CARRERAS DE ABOGACÍA

Una explicación de la falta de aplicación masiva de la mediación en la provincia de Santa Fe

SILVINA PEZZETTA(*)

Introducción

En este trabajo trataremos de observar las razones por las cuales el recurso a la mediación parece haber fracasado en el intento de erigirse, en nuestra provincia, como medio alternativo de resolución de controversias, a pesar de su carácter más económico y eficaz respecto de la vía judicial. Y este fracaso consiste, desde nuestro punto de vista, en que no ha logrado imponerse masivamente como método de solución de conflictos. Aún cuando a partir de comienzos de la década de los 90, fecha en que el instituto¹ es introducido en nuestro país a nivel nacional, hubo grandes esfuerzos para imponerla, tanto a nivel legislativo cuanto a nivel de recursos para su difusión, firma de convenios con las provincias y programas pilotos, entre otros.

A partir de esta problemática, se intentará su comprensión, objetivo principal de esta tarea. Nuestra hipótesis será entonces la siguiente: el marco que brinda el paradigma jusfilosófico imperante² del positivismo-dogmático deja afuera a la mediación.

En la hipótesis aparecen dos datos que requerirán de desarrollos específicos. El primero, la afirmación de un paradigma jusfilosófico determinado, el positivismo-dogmático, como el predominante. Sobre este deberemos aclarar que significa y la forma en que se afirma y

(*) Doctoranda del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Becaria del CONICET.

1 Conjuntamente con la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, se encuentran la negociación, la conciliación y el arbitraje. Hemos tomado la primera por considerar que se trata del mecanismo más original y diverso en cuanto a las prácticas jurídicas dominantes en nuestro país en materia de solución de conflictos. El arbitraje, por ejemplo, es de naturaleza similar al proceso judicial, en cuanto procedimiento adversarial en que un tercero adjudica una solución.

2 Entendemos por imperante como lo que predomina en el pensamiento sobre lo jurídico en nuestros operadores jurídicos.

reproduce a través de la enseñanza del derecho en las Facultades de Abogacía³. El segundo dato, no será otro que la explicación de las características intrínsecas de la mediación, en especial en relación con la manera típica de resolución de conflictos en el positivismo-dogmático, con la que colisiona.

En consonancia con lo dicho hasta ahora, se observa que el objetivo secundario de nuestro estudio pretenderá mostrar la importancia práctica (es decir, en la aplicación) que tiene el marco teórico con que se diseñan los planes de estudio de las carreras de abogacía⁴.

Esta importancia tiene directas consecuencias en el “funcionamiento del derecho”. Es decir, en sus múltiples “intervenciones” en la vida social, tanto por parte de los operadores jurídicos, como por parte de la sociedad en cuanto al imaginario que maneja acerca de lo que el derecho es y la función que debe cumplir. También entendemos que el derecho “funciona” cuando es enseñado de una u otra manera, en las Facultades de Abogacía, por tanto queda esta práctica incluida dentro del mismo.

1. a. Primer dato de la hipótesis: una explicación del paradigma jusfilosófico imperante en la formación jurídica de grado

Para explicar el primer dato de la hipótesis seguiremos al profesor Norberto Bobbio. En su libro “El problema del positivismo jurídico”⁵ distingue diversos paradigmas referidos a las concepciones filosóficas y/o teóricas del derecho. Así, refiere a la ya clásica discusión entre jusnaturalismo y positivismo, para lo cual hace un desarrollo de los temas conexos con estos. De esta manera, comienza analizando cuatro tipos de formalismo:

1- Formalismo ético: que implica una teoría de la justicia, según la cual el acto justo es el acto de acuerdo a la ley.

2-El derecho como forma: considerando en este apartado dos posibilidades,

a- la formalidad del derecho como su característica definitoria, tal como lo hacen Kant y Kelsen,

b- la forma de los hechos que se consideran jurídicos, como el presupuesto del que parten los que son estudiosos del derecho. Esto es, la categorización de los actos como jurídicos, a través de los operadores que definen la forma de permitido, prohibido, obligatorio de un acto o hecho. También se lo llama normativismo.

3-La ciencia del derecho como ciencia formal: la ciencia del derecho no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos. Su tarea no es

3 A su vez, habría que indagar sobre el origen de este paradigma en las Facultades de Derecho, pero eso excede el objetivo este trabajo.

4 En este sentido, se puede ver BÖHMER, Martín (comp.), “La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía”, trad. Martin Böhmer, J. M. Aleman, Luciana Sanchez y Christian Gruember, Barcelona, Gedisa, 1999, especialmente la Introducción escrita por el compilador.

5 BOBBIO, Norberto, “El problema del positivismo jurídico”, 3ra. ed., traducción Ernesto Garzón Valdez, México, Fontamara, 1994.

la explicación sino la construcción y, en última instancia, la sistematización del derecho. En este punto coinciden tanto Carrió⁶, como Nino⁷ cuando definen a la ciencia dogmática del derecho.

4- La interpretación formal del derecho: que considera el papel del juez como el de un autómatas, declarativo del derecho, y, a la vez prefiere la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica.

Esta clasificación, a su vez, se relaciona con las distintas clases de positivismo que enumera como posibles. Así, Bobbio nos dice:

1- *Por positivismo jurídico como teoría –dice Bobbio- entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado*⁸. Para el autor, es Ehrlich quien mejor ha subrayado las características definitorias de esta versión del positivismo:

1-toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente.

2-esta regla está siempre dada por el Estado.

*3-el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad*⁹.

2- Además del anterior, hay un positivismo como forma de *approach*¹⁰ a la enseñanza y al estudio del derecho que es (como oposición al estudio del derecho que *debe ser*).

3- Por último, el *positivismo ideológico* que, al sostener la creencia en ciertos valores, otorga al derecho que es, y en base a este hecho, una valoración positiva. Sería, más bien, una teoría de la justicia.

El positivismo como *approach* al estudio del derecho, y como teoría del derecho se relacionan fáctica e históricamente. Cuando los juristas al fin del siglo XVIII, dejaron paulatinamente de lado el derecho natural y comenzaron el estudio del derecho positivo, éste era el derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas. Bobbio cree que es posible decir que el positivismo jurídico como *approach* y como teoría, nacieron a un tiempo. Pero, la implicación histórica es, valga la redundancia, histórica pero no lógica. En ese momento, el estudio del derecho como hecho conducía a la concepción estatal del

6 CARRIÓ, Genaro, “Sobre las creencias de los juristas y la Ciencia del Derecho”, en Revista “Academia”, Nro. 2, Año 1, Primavera, 2003, Buenos Aires, págs. 111 y ss..

7 NINO, Carlos, “Introducción al análisis del Derecho”, 2da. ed. ampliada y revisada, 13va. reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2005, capítulo VI.

8 BOBBIO, op. cit., 1994, págs. 43 y ss. Las negritas son nuestras.

9 Íd., pág. 44, citando a Ehrlich, en su obra “Die juristische Logik”.

10 Valga aclarar que es este término, proveniente de la lengua inglesa, el que utiliza BOBBIO para referirse a este tipo de positivismo.

derecho porque, en efecto, todas las reglas que los juristas elaboraban como derecho vigente eran puestas directa o indirectamente por el Estado. Esto fue lo que, a juicio de Bobbio, llevó a unir ambas posturas. Es decir, el positivismo jurídico ha aparecido como estatismo por razones históricas. No obstante, con respecto al modo de estudiar el derecho y no al modo de entenderlo, se ha podido hablar de positivismo jurídico con referencia a otros ordenamientos, tales como el ordenamiento internacional y el ordenamiento canónico.

Observando con detenimiento el plan de estudios y de los programas de las materias que se dictan en la carrera de Abogacía de la Facultad Derecho de la U.N.R.¹¹ y comparándolos con el positivismo, la dogmática y el formalismo, podemos acercarnos a la afirmación del primer dato de la hipótesis. Así vemos que en nuestra Facultad predomina, en primer lugar, el *approach* positivista. Y aunque compartimos con Bobbio que este método de acercarse al estudio del derecho no implica necesariamente al *positivismo como teoría y/o como ideología*, creemos que en nuestra Facultad el vínculo es aún insoluble. Lo mismo que su matrimonio con el formalismo, en cuanto característica posible de una ciencia del derecho. De esta manera, al estudio del derecho positivo, se suman el recurso a los tratados y manuales escritos por los grandes representantes de la dogmática jurídica¹².

Para Nino *Esta modalidad de ciencia jurídica se caracteriza por ciertas actitudes ideológicas e ideales racionales respecto del derecho positivo, por determinadas funciones que cumple en relación a él y por ciertas técnicas de justificación de las soluciones que propone...En realidad, como lo han sugerido Ross y Carrió, la dogmática jurídica vigente está fuertemente impregnada de la ideología que analizamos en el primer capítulo, llamada por Ross "seudopositivismo" y por Bobbio, "positivismo ideológico", que consiste en reconocer la fuerza obligatoria a todo derecho positivo por el sólo hecho de existir, o de ser tal. Esta ideología que, como vimos, constituye una especie de jusrrealismo conservador a pesar del rótulo de "positivista" que frecuentemente se le ha asignado, se expresa en el lema Gesetz ist Gesetz ("la ley es la ley"), cuyo significado es que la ley positiva debe ser obedecida y aplicada por los jueces independientemente de cualquier disenso axiológico respecto de ella, el cual, en todo caso, habrá de orientarse a proponer su reforma por medios legales*¹³. De este modo llegamos así a incluir a la tercera concepción del positivismo bobbiano, el positivismo como ideología, como parte de los paradigmas jurídicos reinantes

11 Aunque el presente trabajo tiene como objeto analizar lo que ocurre en la Facultad de Derecho de la U.N.R., podemos afirmar que esto es un caso más de lo que ocurre en otras Facultades del país. Así, analizan este paradigma como vigente tanto Nino como Carrió, en la bibliografía citada, coincidiendo en estudios más actuales los profesores de la ciudad de Córdoba, LISTA, Carlos Alberto, BEGALA, Silvana, "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante", en Revista "Academia" cit., Nro. 2, Año 1, Primavera, 2003, págs. 147 y ss.

12 Y es en este punto en el que Carrió coincide en diferenciar lo que Bobbio llama positivismo como *approach* y positivismo como teoría general del derecho. Este último es uno de los puntos de partida de la llamada Ciencia Dogmática del Derecho, según nos dice Carrió. Y Kelsen es, en su visión, el gran teórico de la dogmática.

13 NINO, op. cit., pág. 326.

en nuestra Facultad.

En síntesis, al positivismo como *método de enseñanza y estudio del derecho*, se le suma el positivismo como *teoría estatal del derecho*, con sus consiguientes notas distintivas de coactividad, la norma concebida como mandato, la centralidad del concepto de sistema jurídico y su autonomía, la idea del legislador racional, la norma de clausura, el juez como autómatas que tan sólo dice el derecho, etc. Por otra parte, estas posturas son reproducidas por el seguimiento de autores dogmáticos que, por lo que vimos, terminan recayendo en el *positivismo ideológico*. En última instancia nos encontramos con un producto teórico especial que llamaremos *positivismo-dogmático*.

Este *positivismo-dogmático*, como ya dijimos, tiene consecuencias en todos los niveles de funcionamiento del mismo. Así, por ejemplo, se dará una explicación de la interpretación¹⁴ de la norma con este paradigma, distinta de la que tendría lugar bajo otra teoría. Pero, en cuanto al objeto principal de nuestro trabajo, destacaremos aquella que tiene vital conexión con el modo de entender lo que es un conflicto que interesa al derecho y sus formas de resolverlo. Tanto es así que en el próximo punto veremos porque el *positivismo-dogmático* considera de una manera restrictiva al conflicto jurídico y, por tanto, entiende como forma principal de resolución del mismo al proceso judicial.

1. b. La definición del conflicto jurídico y el proceso judicial: corolarios necesarios del positivismo-dogmático

Dada la importancia que tiene el paradigma jusfilosófico de los planes de estudio en el funcionamiento del derecho, seguiremos en esta línea de trabajo mostrando como se traslada esta visión a la forma de resolver los conflictos. Para ello debemos, entonces, comenzar definiendo el conflicto jurídico y recordando cuales son las formas de resolverlo, desde el *positivismo-dogmático*. Este repaso nos permitirá advertir y comparar las diferencias conceptuales que se derivan de la mediación (asentada sobre un marco teórico distinto), como medio alternativo de resolución de conflictos¹⁵.

Seguiremos aquí al profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.R., A. Alvarado Velloso, y uno de los referentes en esta materia. Según define en su libro “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, el conflicto intersubjetivo de intereses existe cuando hay coexistencia de una pretensión y una resistencia en torno del mismo bien. Se define como...*de contenido exclusivamente jurídico,...cuando existe un choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por*

14 En este sentido, las teorías de la interpretación como claves en los diferentes desarrollos jusfilosóficos en torno al derecho se puede ver, CÁRCOVA, Carlos María, “Teorías jurídicas alternativas, Escritos sobre Derecho y Política”, Buenos Aires, Ed. Centro Editor de América Latina, 1993.

15 Entre los medios alternativos de solución de conflictos, MASC, se encuentra también la negociación, la conciliación y el arbitraje.

*desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple: por ejemplo, el comprador que no paga el precio de la cosa adquirida, no obstante ser ésa la conducta que el precepto legal ordena expresamente...*¹⁶.

Asimismo el profesor rosarino distingue tres vías de solución de los conflictos intersubjetivos de intereses. Estas son:

1-vía de la autodefensa: cuando el afectado en su interés no puede esperar el proceso, que llegaría tarde para evitar la consumación de un daño.

2-vía de la autocomposición:

a-sin ayuda de terceros, por medio de la renuncia del pretendiente o de su oponente, o bien por la transacción que de sus intereses hagan las partes. En este caso se dice que las partes concilian sus intereses.

b-con ayuda de terceros, las partes pueden pedirle que actúe como un amigable componedor que tan sólo sirva de nexo, sin proponerles soluciones. O bien puede actuar el tercero como mediador, dirigiendo las tratativas y haciendo proposiciones, que las partes pueden rechazar con absoluta libertad.

c-la última opción –que se trata, en realidad, de heterocomposición– en cuanto al rol del tercero, es que este sea un decisor del conflicto, para lo cual las partes lo autorizaron expresamente, comprometiéndose a acatar su decisión.

3-vía de la heterocomposición pública: el proceso judicial, al que se llega cuando las partes no logran autocomponer el conflicto.

Pero, y a continuación de la enumeración, Alvarado Velloso nos dice algo por demás de interesante para el presente estudio. Al respecto escribe: *Sintetizando metódicamente lo precedentemente explicado, todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes:*

a- por el uso de la fuerza, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social...

b- por el uso de la razón, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: este posibilita lograr una autocomposición...

c- por el uso de la autoridad de un tercero, que permite lograr una autocomposición... o heterocomposición privada...

d- por el uso de la ley: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la heterocomposición pública con la resolución de un tercero que es juez. Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso. Como es fácil imaginar, esta es la

16 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 24. El subrayado es nuestro.

*única alternativa posible en materia pena*¹⁷.

Llegados a este punto, contamos ya con un rico material para analizar desde la óptica de nuestra hipótesis. En primer lugar habremos de comentar el modo en que define al conflicto jurídico, por oposición a los de otra clase. Veamos: según Alvarado Velloso es jurídico un conflicto cuando la coexistencia de una pretensión y de una resistencia es generada por el desconocimiento o violación de un precepto legal que preordena una conducta que en los hechos no se cumple. Así, de acuerdo a los paradigmas jurídicos revisados, esto podría ser encuadrado en una de las clases del formalismo. Específicamente en la segunda: *el derecho como forma y, dentro de esta, el normativismo. Formalismo o normativismo, en cuanto ...un hecho es jurídico (en el sentido más amplio) cuando es considerado en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias...* Es decir: *...de acuerdo a- ...su forma, según la cual no puede ser más que ordenado, o bien prohibido, o bien permitido*¹⁸.

Aunque el normativismo, según Bobbio, no sea sino una de las herramientas teóricas a que ineludiblemente debe acudir el jurista para diferenciar lo jurídico de lo social, consideramos que el profesor rosarino va más allá de eso. Podríamos inferir que, al subrayar la violación o desconocimiento de un precepto legal, está asimilando jurídico a legal. Con esto afirma la unidimensionalidad del fenómeno jurídico, involucrando dentro de este sólo su aspecto normativo. Otro indicio de lo que se asevera es el hecho de que habla de “la conducta preordenada”. Además, aunque de manera tangencial, aparece la idea de derecho como sistema cerrado y omnicompreensivo, sosteniendo un *positivismo como teoría del derecho*. Recordemos que en este la coactividad se constituye en un rasgo definitorio del derecho.

Nótese también que hay una estrecha relación entre las formas de resolver los conflictos y la definición que de ellos se sostiene. En efecto, cuando el Dr. Alvarado Velloso “sintetiza” las formas de resolverlos, dice que la última de las posibilidades es el “uso de la ley”. Pero, ¿qué nos querrá decir con la expresión: solución de los conflictos intersubjetivos jurídicos por medio del “uso de la ley”? ¿Acaso en los otros medios la ley “no se usa”?

La respuesta a estas preguntas es harto interesante, en orden a mostrar la compatibilidad que existe entre la primacía de la solución litigiosa ante un conflicto y la *jusfilosofía positivista-dogmática*. Y, por oposición, la hipótesis de inconsistencia entre esta concepción y la naturaleza intrínseca de la mediación.

Veamos: todas las formas enumeradas (autodefensa, autocomposición y heterocomposición privada) están permitidas por la ley. Por tanto, podríamos decir que hay “uso de la ley” en estos casos. No debe ser ésta, entonces, la interpretación correcta de lo que nuestro autor quiso decir. Es más, claramente se encarga de señalar que sólo hay tal en el último de los supuestos: la heterocomposición pública, el proceso. Todo ello, pues, nos lleva a repensar el significado del enunciado: “uso de la ley”. Y, a través de este camino,

17 ALVARADO VELLOSO, op. cit., págs. 15 y ss. El subrayado es nuestro.

18 BOBBIO, op.cit., págs. 21 y ss.

llegamos a una interesante conclusión: la ley se usa, en cuanto esta impone una solución, que pueda establecerse de manera coactiva. Más, esta solución es la que debe dictar el juez, que se atiene exclusivamente a lo que la ley dice. De manera que, en la perspectiva del profesor rosarino, encontramos varias de las características ya descriptas en cuanto al positivismo y al formalismo.

Así, pues, recapitemos. En primer lugar, la decisión del juez supone siempre una regla preexistente –*preordenada*, según las palabras de Alvarado Velloso¹⁹. Esta regla está dada por el Estado y, como tal, constituye un precepto legal. Sin embargo, nuestro autor parece ir más allá del puro normativismo, con sus categorías: permitido, obligatorio o prohibido, para definir lo jurídico. No considera al término permitido, de la misma manera que a los conceptos de obligatoriedad y prohibición. Ello se desprende de que el “uso de la ley” es la solución que esta preordenaba como obligatoria, prohibiendo la contraria. Por ello, el autor afirma la coactividad del derecho para definirlo en cuanto tal, recurriendo una vez más al dominio del *positivismo-dogmático*.

Si combinamos la definición de conflicto jurídico con la referida a su resolución por medio del “uso de la ley”, observaremos nítidamente la preferencia por la solución judicial. Desde esta perspectiva, entonces, podemos advertir una vez más, la relación necesaria y suficiente que se entabla entre el concepto *positivista-dogmático* del Derecho y el recurso positivista al proceso judicial para la solución de controversias diversas, en cumplimiento de un precepto legal, previamente estatuido. Como en las Facultades de Derecho ella es la concepción prevaleciente, fácil resulta colegir la primera parte de nuestra hipótesis. Pasemos ahora, al análisis del segundo dato de nuestra propuesta interpretativa, esto es: a las características de la mediación.

2. Segundo dato de la hipótesis: el carácter antiformalista de la mediación.

En los últimos tiempos, muchas han sido las definiciones que se han elaborado en torno a la mediación. Pero, una de las más claras nos dice que *...la mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral -el mediador- facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo. Se configura con un sello propio que consiste en expandir las tradicionales discusiones para lograr la avenencia y ampliar las opciones de resolución, a menudo más allá de los puntos jurídicos involucrados en la controversia*²⁰.

La concepción transcrita nos resulta incluso adecuada, para graficar brevemente las propiedades de la mediación y distinguirla de la vía judicial de resolución de conflictos.

¹⁹

²⁰ Tomamos la definición de ÁLVAREZ, Gladys Stella, “La mediación y el acceso a justicia”, Santa Fe, Ed. Rubinza-Culzoni, 2003, pág. 135. El subrayado es nuestro.

Enumeremos algunas:

- a) La mediación es un procedimiento no vinculante. En cualquier momento, cualquiera de las partes –hasta el propio el mediador-, puede dar por finalizada la mediación. No hay coactividad de ningún tipo, ni el inicio ni en la continuación del procedimiento, para ninguna de las partes.
- b) El mediador no decide la disputa, puede proponer soluciones que las partes pueden libremente aceptar o no. Es un “facilitador” de las negociaciones, no un “decisor” de la cuestión. No adjudica derechos y obligaciones, como sí hace el juez en el proceso judicial.
- c) La mediación “abre” el marco de las posibilidades que establecería una solución estrictamente jurídica al trabajar con los intereses de las partes –siempre definiendo lo “jurídico” desde los paradigmas analizados con anterioridad-
- d) En este método hay posibilidades de que se llegue a un acuerdo que favorezca a las dos partes. En el proceso judicial, ello no parece posible. Salvo, el hecho de que ambas partes pierdan parcialmente, por oposición a lo que habitualmente sucedería: que sólo gane una.

Por ello, no sin razón se ha dicho que: *la filosofía de la mediación no es otra que la búsqueda de la justicia y la paz por las propias partes*²¹. Si hay algo caracteriza a la mediación por sobre todas las cosas –desde cualquier escuela que se la enfoque- es, precisamente, el carácter no adversarial de la misma. Las partes no deben confrontar para esgrimir sus mejores y más apropiadas razones, en orden a ganar la decisión favorable de un tercero (juez o árbitro). Por el contrario, este tercero (el mediador) actúa en un ámbito no competitivo, entendiendo igualmente en todos aquellos conflictos que haya entre aquéllas. Su función es, pues, la de permitir que las partes negocien sobre el conflicto; actuar como un director neutral, de estas negociaciones. Y ello lo hará, por medio de técnicas –provenientes de diversas disciplinas– en las que se ha entrenado en forma competente.

Por otra parte, según la teoría de la mediación, en todo conflicto podemos encontrar: *intereses que deben ser satisfechos, existen derechos que son indicadores de un probable resultado justo y también una relación cierta de poder entre las partes*²². En esta misma dirección, W. Ury señala que la mediación consiste en hacer hincapié en los intereses de las partes para resolver el conflicto, satisfaciéndolos.

En cuanto a los intereses, estos se definen como: *necesidades, deseos, preocupaciones, temores, proyectos, expectativas, representan las cosas que a uno le importan o que anhela y que subyacen en las posiciones de las personas, que es lo tangible, lo que expresan y dicen*

21 DUPUIS, Juan Carlos, “Mediación y conciliación”, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1997, pág. 10.

22 ÁLVAREZ, op. cit., pág. 97 citando a URY, William, BRETT, Jeanne y GOLDBERG, Stephen, “Getting dispute resolved. Designing systems to cut the costs of conflict”.

*que quieren. La conciliación de tales intereses no es fácil. Implica investigar preocupaciones profundas, idear soluciones creativas y hacer intercambios y concesiones en los casos en que los intereses son opuestos*²³.

Probablemente, esta escuela de Harvard a la que pertenece W. Ury, sea la que ha tenido mayor influencia y difusión entre nosotros. Por ello, frecuente será observar que la doctrina argentina pone el acento en la obligación de la mediación de concentrar sus esfuerzos en la comprensión de los intereses de las partes. El mediador, como primera tarea, debe preocuparse en descubrir cuáles son estos intereses, que, algunas veces, las partes desconocen por estar centradas en su posición original. Remarquemos a esta altura que no ha aparecido en ningún momento la preocupación por la definición de lo jurídico, lo legal, el orden público.

Ury opina: *En una sociedad enferma, la mayoría de las disputas se resuelven en base al poder, muchas en función del derecho, y las menos conforme a los intereses. En sociedades saludables la proporción está invertida: la mayor parte de los conflictos se solucionan conciliando intereses –a través de procedimientos como la negociación y la mediación–, algunas disputas se saldan a través del derecho –mediante mecanismos judiciales–, y los menos en base al poder*²⁴. Desde esta visión, proveniente de un operador del common law –dato no menor a la hora de comprender el instituto–, el interés de las partes es lo que debe primar ante todo en la resolución de los conflictos. Por ello, es posible inferir que, a través de este método se pueda llegar a soluciones en que las dos partes ganen.

Otras perspectivas relevantes de estas técnicas alternativas la constituyen, por ejemplo, la de la llamada mediación transformativa y la mediación evaluativa²⁵. En el primer caso, se interpreta que la mediación busca modificar la relación de las partes y no tanto, la solución de la disputa en sí. El segundo enfoque, por su parte, pone de relieve que la mediación sirve para hacer evaluaciones sobre los méritos legales de las pretensiones de las partes.

No obstante la diversidad de escuelas que tratan esta problemática, nos parece importante trabajar con la que pone el enfoque sobre los intereses, por dos motivos: Porque, como lo ya expresamos, ella es la que más ha influido en Argentina. Pero también, porque el acento en los intereses es el punto con el que este procedimiento colisiona con la postura jusfilosófica descripta como dominante.

3. Un primer acercamiento a la confirmación de la hipótesis: la ausencia de los medios alternativos de resolución de controversias, en la enseñanza de grado de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

23 Íd., págs. 97 y ss.

24 Citado por PADILLA, Roberto y CAIVANO, Roque, “Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional”, en “La Ley”, 1994-E-885.

25 Ver ÁLVAREZ, op. cit., págs. 133 y ss.

Dentro de este panorama filosófico y práctico del Derecho, no debe llamar la atención que los MASC no ocupen un lugar en el contenido de las materias obligatorias, como podría ser el caso de Derecho Procesal. O bien, que no haya sido objeto directo de alguna asignatura obligatoria específica, dentro de la carrera. Así, pues, en los programas correspondientes a las tres cátedras de Derecho Procesal Civil de nuestra Facultad, la mediación no figura entre sus unidades. El único medio alternativo explícitamente reconocido es el arbitraje. De todas formas, consideramos que esto es así sólo porque figura expresamente legislado en el Código Procesal Civil y Comercial, como mecanismo obligatorio para algunos tipos de procesos judiciales.

No obstante si cabe señalar que, en nuestra Casa de Estudios, la mediación ha sido incluida recientemente en el marco de la materia optativa denominada: “Negociación y Mediación. Métodos para la resolución de conflictos”. Quizá este también sea un indicador de la falta de aceptación del instituto. Muy interesante resulta en este punto, lo que dice Juan Carlos Varón Palomino en su artículo “Educación legal: estructuración de un curso introductorio de mecanismos alternativos de solución de conflictos en una Facultad de Derecho Colombiana.” *...el curso opera como un contrapeso de las materias de derecho procesal, en el sentido de transmitirles a los estudiantes el mensaje que en la práctica los conflictos transigibles pueden –y las más de las veces deben– ser resueltos por vías institucionales no jurisdiccionales* ²⁶.

Finalizando ya con este recorrido, no debemos dejar de lado que la enseñanza de los MASC, y de la mediación en particular, requiere de clases diferentes a las que habitualmente se dictan en la Facultad. Así, se debe favorecer la participación de los alumnos para que asuman un rol activo, en el que puedan desarrollar sus habilidades y destrezas en las relaciones interpersonales, así como aplicar lo que van aprendiendo. Las clases magistrales no son las más apropiadas para formar abogados familiarizados con la negociación.²⁷

4. La mediación en la provincia de Santa Fe. Su recepción legislativa y su aplicación

En nuestra provincia, la mediación fue considerada legislativamente por primera vez, mediante la ley 11.622, del 19 de noviembre de 1998. Su reglamentación tuvo lugar casi cinco años después, mediante el decreto 3372/03 del 16 de octubre de 2003. Sin lugar a dudas, esta tardanza constituye un buen indicador de la falta de interés en la aplicación de la ley. Creemos asimismo, que la explicación de esta ausencia se encuentra en el marco de la hipótesis que analizando en este texto.

26 Ver VARÓN PALOMINO, Juan Carlos, “Educación Legal: Estructuración de un curso introductorio de mecanismos alternativos de solución de conflictos en una Facultad de Derecho Colombiana”, en Revista “Academia” cit., Nro. 2, Año 1, Primavera, 2003, Buenos Aires, págs. 50 y ss.

27 Ver VARÓN PALOMINO, op. cit., pág. 51.

La ley, que consta de 39 artículos, establece en las disposiciones generales dos tipos de mediación. La judicial, que es la que se efectúa luego de presentada la demanda y en cualquier instancia del juicio (art. 1), y la privada. Esta última es la realizada ante los mediadores privados, habilitados conforme a la misma ley (art. 2).

Con respecto a los casos que quedan excluidos del ámbito de la mediación²⁸, no hay novedad legislativa. El artículo 3 dispone que las *causas penales y de faltas (salvo en lo que respecta a las cuestiones patrimoniales que se deriven de estas), los procesos de incapacidad y rehabilitación, los casos en que el estado provincial o sus entes descentralizados actúen como personas de derecho público, los recursos de amparo, hábeas corpus, hábeas data e interdictos, los juicios sucesorios (con respecto a las normas de orden público), los concursos preventivos y las quiebras, las causas laborales, las medidas cautelares, medidas preparatorias y previas, de aseguramiento de bienes o pruebas y los actos de jurisdicción voluntaria*, no pueden ser sometidos a la mediación.

En cuanto a los requisitos para ser mediador: en el caso de las mediaciones judiciales se requiere el título de abogado o procurador. Además, habrá que acreditarse la capacitación que la reglamentación establezca (art. 7). La mediación judicial, tal como se la describió en párrafos anteriores, tendrá lugar cuando ambas partes, luego de la primera intervención del juez y habiendo ordenado este la comunicación a ambas partes sobre la posibilidad de someter la cuestión a mediación, la acepten. Pero, en la realidad, los jueces casi nunca le notifican a las partes sobre esta posibilidad. De todas maneras, el hecho de que la mediación sea judicial, es decir post ingreso de la demanda, genera algunas dificultades. Nos parece poco probable que, luego de que un abogado haya tomado un caso e iniciado la demanda, acepte la mediación. Sin duda, sentirá temor ante la pérdida del caso con su consiguiente regulación de honorarios. Aún cuando para la firma del acuerdo obtenido, se necesite de su presencia.

Quizá otro factor que desaliente la utilización de este instituto entre los abogados litigantes sea el hecho que ellos mismos no puedan ser sorteados para actuar como mediadores en la mediación judicial. Para este caso actuarán, de acuerdo al Reglamento que dictara la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, los Jueces Comunales, los Jueces de Circuito, cuando deban asumir las tareas de los Comunales y los Defensores que indique el Ministerio Público. Es interesante recordar que el mismo ha sido dictado con anterioridad a la sanción de la ley, en fecha 29 de agosto de 1995.

La mediación privada, por su parte, puede estar a cargo de cualquier profesional que haya tomado los cursos pertinentes. En la práctica, la mediación siempre cuenta con la presencia de abogados. En el Centro de Mediaciones del Colegio de Abogados, involucra en

28 El trabajo explora, sobre todo, la aplicación de la mediación dentro del marco legislado. No obstante, la mediación ya se aplica en nuestro país en cuestiones penales. Esto último requiere un análisis en parte distinto al visto hasta aquí, por eso no es abordado.

todos los casos a un mediador abogado –de acuerdo a su reglamentación propia-, aunque este puede solicitar la co-mediación de un profesional, que sea conveniente al caso presentado. También la mediación que se realiza en sede de la Defensoría del Pueblo consta del control de abogados que velan por el respeto del orden público en los acuerdos. Los casos que ingresan son monitoreados por los mismos abogados que trabajan en esa sede, si bien no es obligatorio que el mediador revista tal calidad.

La reglamentación del decreto 3372/03 vino a completar la ley y a hacerla operativa. En los considerandos, indica, en primer lugar, la necesidad de *técnicas alternativas pero complementarias de la Administración de Justicia*, confirmando de esta manera que el argumento principal para su promoción ha sido la crisis de la Justicia.

En los considerandos también encontramos un error debido a que, al establecer que la Corte Suprema de Justicia y la Defensoría del Pueblo son invitadas a desarrollar en sus ámbitos un Programa Provincial de Mediación, se establece que las causas a atender serán patrimoniales, *laborales* o de familia. Recordemos que, en su artículo 3, la ley 11.622, prohíbe, sin mayor sentido²⁹, la mediación en materia *laboral*. De hecho, la Defensoría del Pueblo realiza mediaciones de índole laboral.

Además, la reglamentación del artículo 3, establece que la mediación se podrá utilizar cuando estén comprometidos el interés privado, excepto que se trate de las excepciones previstas en el artículo 3 o, en general, cuando esté en juego el interés público o las cuestiones sean de orden público. La ley debería haber sido redactada con mejor técnica. Al respecto se puede señalar que en materia de familia, por ejemplo, siempre hay orden público al que las partes deben atenerse –sobre todo, en relación a los menores-, y esto no impide la mediación. Es más, las características propias de la mediación hacen de ella un instrumento más apropiado que la vía judicial, para resolver algunas cuestiones. También indica que el interés público será un inhibidor de la utilización de este MASC. Creemos, entonces, que hubiera sido importante definirlo. Máxime, cuando se observa la disparidad de criterios con que los jueces acuden a la mediación. Además, según muchos teóricos de este procedimiento, no hay materia en la que no se pueda mediar. Por eso, depende del criterio del legislador lo que se excluye de su ámbito.

5. Reflexiones finales

En este trabajo hemos podido observar que existe una estrecha conexión entre los paradigmas jurídicos utilizados en la enseñanza y el estudio del derecho y los métodos de

29 Decimos sin sentido porque es tradición en materia laboral la conciliación y negociación extrajudicial con su respectivo acuerdo homologado, las paritarias, la audiencia de conciliación obligatoria. Conciliar o negociar, siempre que se aseguren la igualdad entre las partes y se respeten los derechos irrenunciables del trabajador, ha sido una práctica frecuente y muy útil para ambas partes en esta área del derecho.

solución de conflictos generalmente aceptados en una comunidad. Así, pues, si se identifica al Derecho exclusivamente con normas coactivas, dictadas por el poder de imperio estatal –acorde con el positivismo como teoría del derecho que ya vimos–, la definición de conflicto jurídico a que atendiéramos en el punto dos de este trabajo, resulta de una coherencia perfecta. Es decir que, serán jurídicos los conflictos, sólo cuando se haya desobedecido o violado lo que una ley establece. Si una ley no ordena o prohíbe una conducta determinada, de manera puntual y previendo una coacción en el caso de su desconocimiento, no será importante para los operadores del Derecho. En suma, definido el objeto derecho de esta forma, es posible afirmar que, de su seno, quedan fuera las problemáticas sociológicas y axiológicas, reconocidas por otras teorías jurídicas. Por ello, la adopción del paradigma *positivista-dogmático* anteriormente mencionado nos conduce entonces, a la inevitable consecuencia de llevar todo conflicto jurídico (donde jurídico es igual a ley) a los tribunales, donde se “hace uso de la ley” (que, circularmente, define lo jurídico).

Así, aunque paradójicamente la teoría estreche el “marco de lo que se considere derecho”; en la práctica, son cada vez más los casos que llegan a los tribunales, provocándose el conocido desborde. Pero también se deja fuera una serie de conflictos y de soluciones, por no estar estrictamente comprendidas por el paradigma del *positivismo-dogmático*. A nuestro juicio, esta disminución del campo de lo jurídico, parece inadecuada si consideramos, tal como lo hace Carrió, que no disponemos de otros técnicos sociales con certificado académico fuera de los abogados³⁰. La falta de inclusión de las dimensiones axiológica y sociológica produce el “olvido” de infinidad de conflictos en que los operadores jurídicos podrían tomar cartas.

En este punto es donde se conecta lo dicho sobre las diferencias en el modo de abordar el conflicto y tratar de solucionarlo que proponen los teóricos y defensores de la mediación y los operadores formados en el *positivismo-dogmático*. ¿Cómo se le puede pedir a un operador jurídico que piense en los intereses? Él ha sido profusamente entrenado para encuadrar el caso en la legislación vigente, ver cual es el derecho de las partes (en caso de que sea juez), o el de su parte (en caso de que sea abogado litigante). A partir de esto, dispondrá la solución de acuerdo a lo que las normas le dictan, en el caso de que esté ocupando el primer rol, o promoverá la acción procesal más adecuada en orden a obtener la realización del derecho de su parte, en el segundo caso. Es mucho lo que debe cambiar de su formación recibida para aceptar trabajar con conceptos, que desde esta visión, no son jurídicos.

Lo dicho tiene, por lo menos, dos consecuencias en la utilización de la mediación. En primer lugar cabe decir que, cuando ella es propuesta para tratar los mismos casos que podrían ser llevados al tribunal, vemos una resistencia generalizada por parte de los abogados litigantes, que son los que deciden el medio de resolución de controversias más adecuado. Esta resistencia, creemos, está originada por el tipo de formación recibida y sobre el que venimos

30 CARRÍO, op. cit., págs. 125 y ss.

haciendo hincapié. La segunda consecuencia tiene que ver con aquellos casos en que la ley no da soluciones específicas o útiles y la mediación podría ser una excelente herramienta de pacificación social. Pensamos, por ejemplo, en los conflictos surgidos en el marco de instituciones o comunidades, donde la convivencia genera pequeños pero perjudiciales roces entre sus actores. Aquí el derecho es, con toda su parafernalia de procedimientos, inútil, generando incluso la sensación referida por la repetida frase “no hay justicia”. La estrechez del paradigma *positivista-dogmático* deja afuera infinidad de problemas que los operadores jurídicos bien podrían resolver. En este sentido coincidimos con Goldschmidt cuando define como caso a *...toda situación que reclama dikelógicamente la realización de un reparto...*³¹.

31 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 301.

LA FAMILIA MONOPARENTAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA POSTMODERNIDAD^(*)

ANA RAVIOLI^(**)

La Edad de la Historia en que nos encontramos inmersos está siendo testigo de enormes transformaciones en lo que respecta al modo de relacionarse el hombre con sus semejantes. La sexualidad, la procreación y la convivencia han sufrido los impactos de la nueva era.

Como consecuencia de ello, la familia –grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento de todos sus miembros– está cambiando. La posibilidad de recurrir a técnicas de Reproducción Asistida ha dado lugar a que, a las familias divididas en virtud de separaciones y divorcios, los hogares reconstituidos en que conviven los hijos de los unos, de los otros y de ambos, las parejas que eligen no tener hijos, el creciente fenómeno de la homosexualidad –entre otras nuevas formas de familia– se agregue un nuevo modo de constitución familiar, que es la familia monoparental que se forma a partir de la decisión de una mujer de someterse a un tratamiento médico para concebir un hijo con el fin de criarlo en soledad, de manera programada y basada exclusivamente en su libre albedrío.

¿A qué se debe la proliferación de familias originadas en tal procedimiento? La hipótesis que aquí se propone responde a ello que la familia monoparental inicialmente querida como tal es un fenómeno propio de la Postmodernidad que se encuentra estrechamente vinculado con la Economía dominante.

Cada Edad de la Historia tuvo una forma de organizar la producción, la distribución y el consumo de los bienes que influenció de modo terminante a la estructuración de los grupos sociales. La actualidad no escapa a esa regla.

Con una visión parcializada –ya que la mayor parte de las referencias se vinculan con el mundo Occidental– y utilizando como marco teórico la Teoría Trialista del mundo jurídico¹,

(*) Extracto del trabajo final realizado en el Seminario de Bioética y Bioderecho dictado en la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

(**) Alumna de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

1 Acerca del Trialismo pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1996; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación

se intentará hacer referencia a las diversas formas de familia que predominaron en cada período de la Historia y en particular, a la que aquí se considera que es la que mayormente plasma la idiosincrasia predominante en la Postmodernidad, que convive con un plexo de otras formas que ponen de manifiesto la superficial diversidad que tiene como base a la uniformidad utilitaria de nuestro tiempo.

1. La economía como determinante de la organización familiar a través del tiempo

Las modificaciones de la realidad social suelen estar sino ocasionadas, al menos fuertemente influenciadas por cambios en la organización económica². Consecuentemente, al ser la realidad social la que las normas captan –o al menos intentan captar– de un modo lógico y neutral, y siendo realidad y normas valoradas por la justicia, tampoco puede negarse la influencia de la Economía en el mundo jurídico, ya que las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica constituyen, en forma conjunta e integrada, el Derecho.

En cada edad de la Historia, la Economía tuvo un sentido particular en la vida del hombre y fue importante para decidir los modos en que pudo interactuar con sus semejantes, así como también el establecimiento de pautas más o menos institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco.

1.1. La Edad Antigua

Sin desconocer la importancia que otras culturas puedan haber tenido en la Antigüedad, fueron fundamentales por su herencia para Occidente las tradiciones griega, romana y judeo-cristiana³. De distintos modos, en ellas, predominaron los valores utilidad y santidad⁴.

Dejando de lado el debate relativo a si con anterioridad a la forma familiar que predominó en las mismas, existió otra forma de organización de la familia⁵, debe tenerse en cuenta

para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

- 2 Desde la Antigüedad hasta el día de hoy encontramos planteos que vinculan a la Economía con el Derecho –Aristóteles, Locke, Smith, Saint Simon, J. S. Mill, Bentham, Marx, Stammler, Lassalle, el análisis económico del Derecho– en relación al tema: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas sobre Economía y Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social, N° 23, pág. 43.
- 3 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Jusfilosofía del Derecho de Familia en la Postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 29, pág. 17. Sobre dichas culturas puede v. MCNALL BURNS, Edward, “Civilización de Occidente”, trad. Rubén A. Laporte, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1983, Tomo I; HEGEL, G. W. F., “Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal”, trad. José Gaos, Madrid, Alianza Universidad, 1997.
- 4 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 40.
- 5 Sobre las teorías evolucionistas y estructuralistas respecto de si existió o no una sociedad prepatriarcal puede v. ENGELS, Friedrich, “El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado”, trad. Ediciones Progreso, Barcelona, Planeta - De Agostini, 1992, pág. 70; LÉVI-STRAUSS, Claude, “Las estructuras elementales del parentesco”, trad. Marie Terése Gvasco, Buenos Aires, Paidós, 1969, pág. 74; MORGAN, Lewis “La sociedad

que las tradiciones griega, romana y judeo cristiana tuvieron un elemento común que no siempre existió en la Historia de la Humanidad: la actividad agrícola-ganadera, que sólo fue posible a partir del asentamiento permanente de los sujetos en un territorio determinado. El período que los historiadores denominan “Neolítico” –iniciado alrededor de hace 12.000 años–, se caracteriza porque el hombre, de simple cazador, pescador o recolector de mariscos y otros animales, y también de plantas y frutas vegetales, pasa a practicar una vida agrícola y pastoril⁶. La transformación que ello importó reviste una importancia radical; se trató de un primer punto de inflexión en el desarrollo social humano⁷. La nueva forma de producción que la agricultura y la ganadería importaban, dio lugar a lo que hoy conocemos como familia patriarcal.

Ese elemento común agrícola-ganadero hace que, aún cuando las diferencias entre las culturas antedichas puedan ser notables, no suelen hacerse distinciones al tratar el modo en que se organizaban las familias de entonces. Las diferencias de la superficie se disipan cuando se observan las características estructurales de estas culturas. La organización en torno a la actividad agrícola hizo necesario por un lado, que las familias sean extensas para que la tierra pueda ser trabajada, y por otro, la existencia de un jefe que sea dueño de la totalidad de aquélla para que se mantenga incólume su integridad y no sufra divisiones que alteren la producción. Ese sujeto era el patriarca, de ahí la definición de patriarcalismo como aquella situación en que dentro de una asociación, las más de las veces primariamente económica y familiar, ejerce la dominación una sola persona de acuerdo con ciertas reglas hereditarias fijas⁸.

No debe restarse importancia, en lo relativo a la organización patriarcal, al elemento religioso. La familia antigua era un grupo muy numeroso, que estaba unido por el culto. Dos personas podían llamarse parientes cuando tenían los mismos dioses, el mismo hogar, la misma comida fúnebre⁹. No necesariamente debía existir un vínculo de sangre para formar parte de una misma familia –de hecho, los esclavos y los clientes se consideraban incluidos

primitiva”, trad. Luis María Torres y otros, Buenos Aires, Lautaro, 1946; MIZRAHI, Mauricio Luis, “Familia, Matrimonio y Divorcio”, Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 19.

6 ALMAGRO BASCH, Martín, “Manual de Historia Universal”, Madrid, Espasa-Calpe, 1970, Tomo I, pág. 499.

7 TOFFLER, Alvin, “La tercera ola”, trad. Adolfo Martín, Barcelona, Plaza y Janes, 1991, pág. 26. Resulta muy interesante el planteo realizado por el autor en tanto considera que en la organización de todos los pueblos del mundo se dan ciertos estadios que no tienen lugar en un momento determinado para todos por igual, sino que dependen de la evolución de cada sociedad. Así existe una primer ola que se presenta cuando el hombre comienza a utilizar la agricultura (que hoy, salvo en muy pocos casos, se ha extinguido), una segunda que aparece con la industrialización (que hoy sigue extendiéndose), y una tercera en que la riqueza está vinculada al conocimiento y a la tecnología y que actualmente está en curso sólo en algunos sectores del mundo.

8 WEBER, Max, “Economía y Sociedad”, trad. Juan Roura Parella y otros, Sevilla, Fondo de Cultura Económica, 1987, pág. 184.

9 FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio, “La ciudad Antigua”, trad. Carlos A. Martín, Barcelona, Obras Maestras, 1983, pág. 101.

dentro de la misma— sino que el elemento determinante era la religión doméstica. El pater¹⁰ —palabra que en la lengua religiosa se aplicaba a todos los dioses y en la lengua jurídica a cualquier hombre que no dependía de otro y ejercía la autoridad sobre una familia y sobre un dominio— era el jefe religioso, el dueño de la propiedad y el juez de la familia.

La familia era una pequeña corporación organizada, una pequeña sociedad que tenía su jefe y su gobierno. Pero si bien al factor religioso no se le puede restar importancia, tampoco puede negarse que cuando cambió la forma de concebir la espiritualidad en la era histórica subsiguiente, la economía continuó rigiéndose por cánones similares, y por ende la familia tuvo una constitución muy semejante a la de entonces.

1.2. La Edad Media

La baja Edad Media estuvo especialmente signada por la invasión del territorio anteriormente ocupado por el Imperio Romano occidental por los pueblos “bárbaros”, que predominantemente tenían origen germano. Los germanos fueron guerreros, y no se inclinaron por las actividades agrícolas, ganaderas ni comerciales. Estas inclinaciones tuvieron una significativa influencia en su organización social ya que, de hecho, siguieron organizándose a través de la familia sindiásmica¹¹.

El período aquí tratado fue de gran inseguridad para la población, que buscó encontrarla, por un lado, en la Iglesia —como protección espiritual— y por otro, en el Feudalismo —como modo de protección terrenal. Los individuos debieron pues buscar refugio en otros individuos y a consecuencia de ello nació un sistema en que el protector era el poderoso y los protegidos dependían de la personalidad del protector. Los pobres y débiles entregaban sus propiedades a los poderosos para obtener de ellos una enérgica protección¹².

El segundo período de la Edad Media estuvo marcado en el plano económico —al menos en un principio y al igual que la baja Edad Media— por la actividad agrícola. Mientras esta actividad fue la predominante, más allá de las diferencias con la Edad Antigua que se manifiestan en la superficie, la familia continuó constituyéndose en la Edad ahora analizada de un modo muy similar al de la Edad anterior.

La familia medieval es todavía un grupo formado por muchos miembros, una base social con lazos múltiples. El hombre sigue siendo el jefe y su mujer y sus hijos sus subordinados. Su estructuración se remonta a antecedentes greco-romanos¹³, de hecho, el derecho de primogenitura, ya existente en aquellas culturas, continuó siendo el fundamento de la

10 FUSTEL DE COULANGES, op. cit. pág. 105. La denominación pater es la misma en griego, en latín, en sánscrito; el autor enseña que de ello puede inferirse que la palabra data de un tiempo en que los antepasados de los helenos, de los “italianos” y de los indos vivían juntos en el Asia central.

11 ENGELS, op. cit. pág. 130.

12 HEGEL, op. cit. págs. 608 y 609.

13 ARIÈS, Philippe y DUBY, Georges, “Historia de la vida privada”, trad. Francisco Pérez Gutiérrez, Buenos Aires, Taurus, 1991, Tomo II, pág. 180.

sociedad familiar. A la luz del ejercicio de este derecho, mediante el cual se transmitían los bienes familiares a favor del hijo mayor, se evitó la arriesgada partición de un patrimonio¹⁴. La familia medieval fue una prolongación de la familia antigua, y la Iglesia contribuyó al mantenimiento de ese orden, haciendo más rígidas reglas que ya estaban impuestas en el orden anterior.

Pero los fines de la Edad Media traerían cambios que tendrían repercusión en todos los aspectos de la vida en Occidente. Durante los siglos XI, XII, y XIII comienza a gestarse el capitalismo, y con él, un orden totalmente nuevo de alcance mundial. Aquí se inicia el ascenso de la utilidad, y con el transcurso de los siglos ejercerá influencias en todos los aspectos de la vida humana.

1.3. La Edad Moderna

El florecimiento del arte y de la ciencia, el descubrimiento del Nuevo Mundo, la consolidación de las monarquías en los nuevos Estados modernos, la Reforma¹⁵, fueron todas manifestaciones de los nuevos carriles por los que transitaba Occidente. Fue un tiempo de detrimento del valor santidad y de una continuación del ascenso ya iniciado a fines de la Edad Media de la utilidad, junto con la verdad y la justicia. La atención que el hombre antes puso en Dios, ahora la iba a poner sobre sí y sobre el mundo que lo rodeaba.

La Edad Moderna fue un período en el que comienza un nuevo gran cambio. El auge del capitalismo mercantil hizo que los principales Estados de Europa –todos ellos organizados en base a monarquías absolutas– manejaran su economía con nuevos elementos: así surgen teorías como el mercantilismo, que entendía que la riqueza se relacionaba con la posesión de metales preciosos; la fisiocracia, doctrina económica que sostenía que el origen exclusivo de la riqueza está en la naturaleza y afirmó el predominio de la agricultura sobre la industria, y el liberalismo, que valorizó primordialmente la libertad económica y el comercio exterior¹⁶, teoría que terminará triunfando al finalizar esta Edad, junto con la clase social que la adquirirá como dogma: la burguesía.

Sin embargo, las transformaciones económicas que se produjeron durante casi todo el período bajo análisis no tuvieron un alto impacto –al menos positivo– en la vida cotidiana de la mayor parte de las personas. Las riquezas provenientes de aquéllas sólo sirvieron para aumentar la grandiosidad de la vida de los monarcas, de los nobles –ahora “de toga”–, y del clero, pero no en el grueso de la sociedad, que seguía organizándose en base a la agricultura.

14 MIZRAHI, op. cit. pág. 113.

15 Los paralelismos, principalmente del Calvinismo, con la nueva economía dominante son innegables. Al respecto: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, Tomo II, pág. 108.

16 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Historia...” cit, pág. 111.

El mundo anterior a la doble revolución era predominantemente rural¹⁷. De ahí que la familia troncal siga siendo la preferida en éste tiempo. La gran masa campesina continuó desarrollándose dentro de modelos familiares organizados en función de modos de explotación, de tipos de actividades agrícolas y de prácticas de herencia.

Sólo en los escasos sectores urbanizados existieron las familias aristócratas y burguesas –en una proporción ínfima en comparación con el grupo anterior– que comienzan a adoptar la forma nuclear, forma mucho más flexible que la predominante en el sector rural, y que mejor difunde el espíritu de empresa.

Es por ello que sólo se puede afirmar que el gran paso de la familia patriarcal a la familia nuclear o matrimonial se da recién al finalizar la Edad de la Historia que aquí se trata. Fue la industrialización la que marcó la transformación.

El gran cambio en la organización económica, acompañado por el ascenso de la nueva clase social en auge, la burguesía –que se manifiesta con todo su esplendor al finalizar la Edad Moderna, en el año 1789– harán que durante la Edad que se analizará a continuación se imponga el modelo de familia matrimonial, fusión entre la ideología burguesa y las nuevas aspiraciones de la clase obrera.

1.4. La Edad Contemporánea

Podría decirse que la Edad Moderna había dejado una doble herencia: por un lado –“superestructuralmente”– una cultura individualista que confía en la razón humana y en la posibilidad de que el individuo sea por sí mismo quien controla su propio destino. Ello permitió una cierta ruptura, o al menos una justificación a la misma, con el pasado y con el peso de la tradición. Fundamentalmente éste aspecto se manifestó a través de la Revolución Francesa y los ideales de la Ilustración que la acompañaron.

Por otro lado –“estructuralmente”– la Revolución Industrial había dejado un profundo cambio en la organización del trabajo. La aparición de la masiva elaboración fabril de objetos y productos provocó hondas transformaciones en la familia: poco a poco esta iría reduciéndose a padres e hijos, excluyendo a las demás personas que anteriormente formaban parte de la misma.

¿Por qué se produce ese cambio? ¿Qué es lo que hace que se produzca el paso de la familia patriarcal a la familia nuclear? La respuesta a esa pregunta parece provenir principalmente del segundo gran cambio antes apuntado. Con la industrialización, la familia –unidad productiva propia de los períodos anteriores– comienza a modificarse, principalmente a partir de la división entre casa y trabajo. La fuente generadora de ingresos para una familia no está ya en su hogar sino fuera del mismo, en las industrias.

17 HOBBSBAWN, Eric, “La era de la revolución”, trad. Félix Ximenez de Sandoval, Barcelona, Labor Universitaria, 1991, págs. 17 y 18. Con la expresión “doble revolución” el autor se refiere a las revoluciones Industrial y Francesa.

Esa división de espacios fue un elemento fundamental de cambio: para mantener el modo de vida campesino comenzaron a requerirse ingresos adicionales, no resultantes de la actividad campesina misma. El trabajo asalariado de los hijos servía entonces para mantener ese modo de vida. Los hijos e hijas migraban (generalmente a zonas urbanas) y enviaban remesas a sus familias de origen. Cuando ese vínculo de responsabilidad se quiebra –hijos se van a la ciudad y no mandan dinero ni vuelven– el modelo se torna impracticable¹⁸.

Tantas modificaciones, sin embargo, no tuvieron entidad como para hacer desaparecer la organización vertical de la familia. Sea porque perduraba la estructura cultural del período anterior, sea por el marco disciplinario y coercitivo en que se desarrollaron los cambios sociales, el hombre siguió siendo quien detentaba el poder dentro de la familia, de modo que, sin perjuicio de sentirse el impacto de la industrialización –y como consecuencia de ello la familia se acota– preservó una estructura semifeudal y jerárquica.

El hombre siguió siendo el jefe y su mujer y sus hijos sus subordinados. Apartadas ya del hogar las tareas específicamente productivas, adquiere un matiz preeminente la división funcional en la pareja matrimonial, esto es, una dicotomía en los roles respectivos del marido y la mujer; ésta concentrada en la organización del consumo, las labores domésticas y la atención de la prole; y aquél desempeñando tareas remuneradas fuera del hogar, y erigido en el único o principal sostén de la familia.

Podría decirse que la organización familiar que surge al finalizar la Edad Moderna, se consolida en éste período. Y ello fue fruto de la confluencia, por un lado de las nuevas necesidades generadas por el nuevo modelo económico, y por otro, de la imposición del ideal burgués, en que las mujeres se retiraban de lo profesional para dedicarse a la educación de sus hijos así como también al desarrollo de sus relaciones sociales.

Tal vez la Edad Contemporánea fue el tiempo de transición entre la familia vertical de las primeras Edades de la Historia y la familia horizontal de nuestro tiempo. Es posible que las tensiones entre socialismo y liberalismo manifiesten en lo familiar las tensiones entre la familia patriarcal –que parecería ser la más “socialista”– y la diversidad familiar de nuestro tiempo que encuentra su máxima expresión en la familia monoparental –que sin duda es más “individualista”–. La Postmodernidad terminará por demostrarnos que es el liberalismo (y su consiguiente individualismo) el que ha triunfado.

2. La familia monoparental como fenómeno creciente en la actualidad

Actualmente el mundo se encuentra transitando una nueva Edad de la Historia: la Postmodernidad¹⁹, período que se caracteriza por la existencia de múltiples segmentaciones

18 JELIN, Elizabeth, “Familia, crisis y después...”, en “Vivir en familia”, Buenos Aires, UNICEF/Losada, 1994, pág. 26.

19 Acerca de la Postmodernidad, puede v. por ej.: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Panorama Trialista de la Filosofía en la Postmodernidad”, en “Boletín del Centro ...” cit., N° 19, págs. 9 y ss.; “Las ramas del mundo

de la cultura de superficie, pero por un abrumador predominio profundo de la utilidad²⁰.

Como manifestación de la fragmentación superficial que la Postmodernidad presenta, hoy encontramos formas de familia variadas y cambiantes. En muy pocas generaciones la familia matrimonial perdió su monopolio y privilegio y paulatinamente fueron reconocidas otras formas de familia²¹.

¿Es que la familia se encuentra hoy día en crisis? Hay quienes creen que la proliferación de modos constitutivos de los núcleos sociales implica la existencia de una honda crisis de la familia²². Es evidente que, vivimos en un mundo en que la sexualidad, la procreación, la convivencia han sufrido enormes transformaciones y han evolucionado en direcciones divergentes, con lo cual comenzamos a dudar cuando hablamos de familia. Tal vez debería considerarse a la palabra crisis sin las cargas negativas que pareciera tener en un principio. En vez de invocar una crisis debería hablarse de un cambio. Las modificaciones en la estructura del parentesco no hacen que peligre la familia como institución, sino que hacen necesario replantear cuáles son los fenómenos abarcados por su concepto conforme a las pautas culturales predominantes. Crisis significa cambio²³, pero cambio no significa caos ni desaparición.

El tramo de la Historia recientemente iniciado nos trae, entre las diversas nuevas formas de familia existente, como paradigma de la utilidad reinante, un nuevo fenómeno, una nueva forma de estructura familiar, que es la denominada familia monoparental. No debe creerse que hoy día este tipo de estructura familiar sea el predominante; lo que aquí se intenta tratar es la importancia que tiene como fenómeno creciente. Los cambios que se analizaron en los puntos anteriores no se dieron en cortos períodos temporales sino que muchos años debieron transcurrir para que se produzcan. El paso de la familia patriarcal a la familia nuclear o matrimonial no fue una transformación que se produjo en medio siglo, por lo que –más allá de que hoy los cambios se hayan acelerado– no podemos dejar de reconocer entidad a un fenómeno como el aquí analizado, aún cuando no se pueda proyectar que en el futuro la familia monoparental va a lograr la entidad que llegó a tener la familia nuclear.

A la monoparentalidad puede llegarse por situaciones diversas. Debe aclararse que cuando aquí se hable de monoparentalidad, se estará haciendo referencia a su expresión en la que más se pone de manifiesto el exacerbado predominio de la utilidad en nuestro tiempo,

jurídico en la Postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 31, págs. 51 y ss.

20 CIURO CALDANI, “Estudios de Historia...” cit., pág. 182.

21 HINESTROSA, Fernando, “Diversas formas familiares”, en “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, coordinado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 213.

22 Por ejemplo: BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil – Familia I”, Buenos Aires, Perrot, 1993, pág. 16. Para el autor, principalmente la misma se debió a causas de tipo económico, y en forma secundaria a factores espirituales y políticos.

23 Crisis: Cambio considerable...// Mutación importante...// Momento decisivo de grandes consecuencias... Definiciones según la «Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana», Buenos Aires, Sopena, 1974, Tomo II, pág. 113.

que es la familia monoparental inicialmente querida como tal. Se trata el caso de la mujer – y sólo ella, al menos hasta que la única posibilidad de llegada de un nuevo ser al mundo sea la salida del vientre de quien lo gestó, si los hombres pudieran gestar hijos o máquinas pudieran hacerlo por ellos, la situación sería bien distinta – que decide libremente concebir un hijo con el fin de criarlo en soledad, de manera programada y basada exclusivamente en su libre albedrío.

No es fácil encontrar en la realidad social situaciones en las que se plasme en un modo tan patente el individualismo reinante en nuestro tiempo. La utilidad llega a un punto tal en que un solo sujeto decide por sí mismo la existencia de otro. Semejante despliegue del valor utilidad sólo puede llegar a humanizarse si se integra con la justicia.

2.1. La procreación humana asistida como presupuesto de la monoparentalidad

Un hecho innegable es que la mujer que tenga deseos de formar una familia monoparental debe, inexorablemente, recurrir a técnicas de Reproducción Asistida, es decir, diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción²⁴. De ese modo, la presencia física del hombre es reemplazada por sus gametos, que van a ser necesarios para lograr una nueva vida al unirlos con los de la mujer.

Hasta el año 1978 sólo se conocía una vía para poder concebir un hijo: la llamada vía natural, en la que la concepción se logra a través de la realización del acto sexual entre un hombre y una mujer. En ese año nace Luisa Brown, “el primer bebé de probeta”²⁵. A partir de entonces los avances de la ciencia en este ámbito fueron vertiginosos, generándose posibilidades cada vez más complejas, que impactan en el mundo jurídico y llaman a la sociedad a la adopción de una postura crítica que no margina los aspectos positivos del desarrollo científico, sino que asume una actitud de alerta frente a situaciones que pueden afectarla²⁶. Para advertir las posibilidades del impacto, basta con pensar que hoy es posible procrear requiriendo del hombre sólo sus espermatozoides, pero ya se habla de la posibilidad de que aquél sea totalmente prescindible, a través de la utilización de un óvulo de una mujer y una parte de una célula de otra²⁷.

Dentro de las técnicas de Reproducción Asistida encontramos dos grandes grupos:

24 LUNA, Florencia, “Problemas en torno a nuevas formas de procrear”, en “Decisiones de vida o muerte”, Buenos Aires, Sudamericana, 1995, pág. 229.

25 RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, Tomo I, pág. 359.

26 KRASNOW, Adriana Noemí, “Procreación Humana Artificial: comienzo de existencia de la persona”, en “Zeus”, 10 de julio de 2001, pág. 2.

27 MIZRAHI, Mauricio Luis, “Globalización, Familia y Derechos Humanos”, en “La Ley”, “Suplemento Actualidad”, Bs. As., Jueves 2 de diciembre de 2004, pág. 2.

aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o *in vitro*²⁸. En líneas generales, podría hacerse un paralelismo –aunque en cierto modo arbitrario porque podría haber excepciones– y afirmarse que cuando la mujer posee capacidad reproductiva en general recurre a la primer forma de reproducción asistida apuntada, en cambio cuando carece de dicha posibilidad necesariamente deberá recurrir a la segunda.

2.2. La situación en la Postmodernidad

La Postmodernidad –primer período histórico que se define a sí mismo en relación con otro y con un sentido negativo respecto del mismo²⁹– suele denominarse desde la Economía como una nueva edad o era “post-industrial”, en comparación con el período “pre-industrial” en el que la sociedad depende de las fuentes de trabajo naturales y de la extracción de sus recursos, y con el “industrial” en que la sociedad se organiza en torno al eje de la producción y la maquinaria, para la fabricación de bienes. La sociedad “post-industrial” posee ciertas características especiales entre las que se destacan la existencia de un pasaje desde una economía productora de bienes a una productora de servicios, la preeminencia de las clases profesionales y técnicas, el control de la tecnología, y la globalización. Este último fenómeno implica en lo espacial una integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras³⁰; pero genera en lo material un fuerte predominio del valor utilidad, que tiende a someter y al fin a ignorar otros valores³¹, en una economía que por un lado incluye y por otro excluye al que no le es útil. Por debajo del eclecticismo cultural de nuestro tiempo subyace el sentido económico en la mayor parte de las relaciones humanas y así se permite sin mayores cuestionamientos, por ejemplo, tener relaciones sexuales extramatrimoniales o con personas del mismo sexo, y en cambio no se puede no participar en el proceso de producción, distribución y consumo. El desarrollo científico acompaña este proceso relativizando cuestiones que hasta entonces eran certidumbres. Así las cosas, es lógico que se pierda la confianza en la razón y en el hombre en sí mismo.

¿Qué ocurre con la familia en éste conflictivo período? ¿Es que se producirá su fin, así como también se vaticina el de la Historia y de las ideologías?

28 Para ampliar sobre las distintas técnicas de Procreación Humana Asistida puede v. RIVERA, op. cit, Tomo I, págs. 359 y ss.

29 CIURO CALDANI, “Estudios de Historia...” cit., pág. 180.

30 STIGLITZ, Joseph E., “El malestar en la globalización”, trad. Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pág. 30.

31 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., N° 27, pág. 9.

Como se apuntó anteriormente, hoy la familia está cambiando. El modelo jerárquico y vertical de familia se ha transformado en uno horizontal e igualitario. Se produce la llamada democratización de la familia nuclear, en la que ya no juega la supremacía indiscutida el padre-marido, un rol puramente doméstico de la madre-mujer, ni tampoco una terminante posición subordinada de los hijos, tras la mayor participación de éstos en la toma de decisiones familiares³².

El cambio fundamental se produce a partir de que desaparece la división sexual del trabajo y la mujer se integra masivamente en la vida laboral, profesional e intelectual que anteriormente sólo tenía espacio para los hombres. Paradójicamente, la mujer fue protagonista de sus luchas por la igualdad con el hombre como persona y de ese modo, quedó, como él, sometida a las exigencias del sistema productivo³³. Es importante ver a la transformación, no obstante lo apuntado anteriormente, no como un mero cambio ideológico por el cual repentinamente el hombre advierte que debe reconocer a la mujer como su par en igualdad de condiciones con él. La mujer pudo incorporarse a la producción porque también hubo factores materiales que influyeron a esa posibilidad: por un lado, un solo salario generalmente no era suficiente para la manutención del hogar familiar, por otro, la mujer pudo programar su familia debido a los avances científicos –más concretamente la píldora anticonceptiva– que le permitieron equipararse con el varón en lo relativo a la posibilidad de cumplir efectivamente con las obligaciones laborales sin verse interrumpida por embarazos, que tan costosos suelen aparecer para los empleadores.

Así, los estereotipos funcionales desaparecen. Los cambios no son sólo para la mujer sino también para el hombre, que debe aprender a intervenir en las actividades propias de la esfera privada, de modo que de a poco las distinciones entre lo que hace el hombre y lo que hace la mujer van desapareciendo.

El cambio que experimenta la situación de la mujer se da, con distintos alcances, en el papel de los hijos. En las sociedades capitalistas patriarcales, los hijos estaban subordinados a los padres, a quienes conceden respeto y obediencia, manifestos en la obligación de colaborar en las tareas para el bienestar común, definido y mantenido por la autoridad paterna. Durante los últimos siglos, el mundo Occidental ha sufrido fuertes procesos de individuación de los hijos y quiebra de la autoridad patriarcal³⁴. Y al igual que como ocurrió con la mujer, la mayor autonomía de los hijos responde en parte a avances en el terreno ideológico que reconocen la individualidad de los mismos, pero también de que las nuevas generaciones participen del salario familiar saliendo a trabajar fuera del seno familiar para atender necesidades que cada vez le eran más difíciles de atender a los padres.

Así las cosas, equiparados el padre con la madre por un lado, e hijos con aquéllos por el

32 MIZRAHI, "Familia...", op. cit., pág. 65.

33 ZANONI, Eduardo A., "Derecho de Familia", Buenos Aires, Astrea, 1998, pág. 37.

34 JELIN, "Familia...", op. cit., pág. 31.

otro, la familia como vínculo de relaciones de autoridad ha pasado a ser un vínculo basado en relaciones de cooperación.

Una de las principales consecuencias que los cambios en la organización familiar en la Postmodernidad acarrea, es que las relaciones interpersonales están cada vez más basadas pura y exclusivamente en el afecto. Las divisiones funcionales del tiempo anterior hacían a los sujetos mucho más dependientes entre sí. La mujer necesitaba el ingreso aportado por el hombre; el hombre necesitaba que la mujer lleve a cabo las tareas domésticas para él poder salir a trabajar. Al desactivarse éste mecanismo de pequeña empresa familiar, ya no existen vínculos tan estrechos entre las personas sino que hay una gran fragilidad en los mismos, aunque es posible que hoy sean más sinceros que antes.

Ello ha contribuido a que en la sociedad actual, al haberse perdido el respaldo económico que la familia del período anterior tenía, las formas de familia sean varias y muy diversas. En el tránsito de la Modernidad a la Postmodernidad la división sexual del trabajo se sustituye por la superposición de roles masculinos y femeninos; el matrimonio generador de un vínculo de autoridad marital y desprovisto en gran medida de contenido erótico, se reemplaza por la pareja conyugal igualada ante la ley y enlazada a nivel sociológico desde una perspectiva amorosa; a la típica familia patriarcal le siguen las familias coparental, matrifocal, monoparental y homoparental³⁵.

Entre esas nuevas formas de familia, la familia monoparental lograda por el recurso de una mujer a técnicas de Reproducción Asistida, se presenta como el paradigma familiar del individualismo hoy reinante.

2.2.1. Dimensión sociológica

La familia monoparental surge a partir de *repartos*. Las dudas que podrían presentarse respecto de la existencia de un reparto o una distribución al referir a la concepción que se produce por vía del acto sexual llevado a cabo entre un hombre y una mujer quedan totalmente disipadas cuando pensamos en el caso en que una mujer decide recurrir a métodos de Reproducción Asistida para concebir un hijo.

El reparto frente al cual aquí nos encontramos, tiene como sujetos *repartidores* a la mujer que recurre a dichas técnicas y al equipo médico que con ella colabora para poder lograr la concepción; y como *recipiendario* al sujeto concebido como consecuencia de la voluntad de los repartidores. Al menos esos son los sujetos que aparecen en modo inmediato. No caben dudas de que cierta vocación repartidera tiene el hombre que provee sus gametos, así como también resulta de cierto modo recipiendaria la sociedad en general del nacimiento de una persona.

Si bien parece absurdo pensar que el resultado material de la adjudicación va a ser

35 MIZRAHI, "Globalización, familia..." cit, pág. 2

a su vez el beneficiario de la misma, en realidad lo que se nos aparece como difícil de comprender es que a través de un reparto se pueda crear –de la nada– un sujeto.

La voluntad de conducción deja reducida a una porción mínima la posibilidad de la espontaneidad de la naturaleza y del azar, y en cambio, tienen mayor entidad las *influencias humanas difusas* de la cultura³⁶.

Uno de los aspectos más conflictivos que este reparto nos presenta es el relativo a su *objeto*. En principio, al derivarse de este reparto una vida, el objeto del mismo es una potencia para el nacido. Sin embargo, no podemos negar que cuando diferenciamos la potencia de la impotencia siempre introducimos elementos valorativos, por lo que al analizarse la cuestión en la dimensión dialéctica se verá si es posible que el objeto repartido de la vida sea digno de ser repartido en todo momento o no.

El reparto al que hasta aquí se ha hecho referencia es *autoritario*, a través de una *mera imposición*; vale decir, ni la mujer ni el equipo médico se preocupan por la conformidad o disconformidad del beneficiario del mismo. No caben dudas de que en la relación jurídica de base –entre la mujer y el equipo médico– hay autonomía y se realiza el valor cooperación, al menos en tanto se respete el consentimiento informado por parte de quien se somete al tratamiento. Pero en el reparto que aquí se analiza, aquél en que reparten quienes ya previamente se pusieron de acuerdo para realizarlo a través de un contrato de naturaleza multiforme en el que se introducen elementos patrimoniales y personalísimos –el de prestación médica–, no se le pide el consentimiento al beneficiario porque no tiene la aptitud para darlo. De modo que en la relación jurídica derivada, donde se introduce quien tiene la situación jurídica de “persona por nacer” hay un reparto que realiza el valor poder, donde el beneficiario se encuentra en una situación de inferioridad y debilidad, en que su destino depende de la voluntad de los demás.

¿Cuáles son las *razones* de éste particular reparto? Los *móviles* pueden ser de índoles variadas. El móvil del equipo médico es el lucro. La cuestión es más compleja en el caso de la mujer que tiene la voluntad de formar una familia monoparental a través del reparto en cuestión. La voluntad de procrear con ausencia de un padre puede estar determinada por diversos móviles que pueden ir desde la soledad o el aburrimiento hasta ideales libertarios o de autosuficiencia.

Las *razones alegadas* también pueden ser diversas, pero debe reconocerse que en general no es un ámbito en el que suela recurrir a fundamentos distintos de los verdaderos –móviles– que llevan a la práctica. El relativismo imperante ha generado un gran desencanto respecto de ideales fuertes como el amor y la familia; por ende prácticas, de este tipo no son tan reprochadas por la sociedad como lo hubiesen sido en períodos anteriores. Al no existir ese reproche, no se hace necesario alegar nada.

Como se adelantó en el párrafo anterior –ahora en relación a las *razones sociales*– el

36 CIURO CALDANI “Jusfilosofía...” cit. pág. 23.

descreimiento general que existe respecto de los valores que rigieron la vida de los seres humanos durante siglos anteriores, ha llevado a que las nuevas generaciones no vean como anormales situaciones como la aquí analizada porque de a poco se van generalizando.

El reparto de la procreación recurriendo a técnicas de Reproducción Asistida implica en sí mismo vencer los *límites* necesarios para poder tener un hijo, y para la consolidación de la familia matrimonial.

Siguiendo el marco de autoridad en que la familia monoparental nace, en el orden de repartos se configura una fuerte *planificación*, realizadora del valor *previsibilidad*, dada por la posibilidad de programar cuándo y cuántos hijos tener.

2.2.2. Dimensión normológica

Ni las cuestiones vinculadas con la procreación humana asistida ni las que guardan relación con la existencia de la familia monoparental, aún cuando integran el orden de repartos, han sido objeto específico de captaciones lógicas y neutrales que las proyecten. En la dimensión normológica hoy nos encontramos ante una *carencia histórica*. Ante esta situación, el Trialismo propone recurrir a una de las tareas del funcionamiento de las normas: la *elaboración*. La *autointegración* por medio del recurso al Derecho Interno puede ser una vía para dar respuesta al objeto de estudio propuesto³⁷.

Es la Constitución Nacional –principalmente a través de las directrices incorporadas con la reforma del año 1994– la que aporta los rasgos más importantes que deben delinear la cuestión.

Los aspectos más importantes a tener en cuenta son, por un lado, el derecho de la madre a la denominada libertad reproductiva; por otro, la protección del interés superior del niño. A partir de aquí surgen dos interrogantes: ¿Existe el derecho a la libertad reproductiva? Y en su caso ¿Está el mismo consagrado por nuestras normas?

En cuanto a la primera cuestión, en base a algunos de los Tratados Internacionales que hoy gozan de jerarquía constitucional en virtud del Art. 75 inc. 22 existen normas que consagran la libertad o el ejercicio sin restricciones del derecho a formar una familia, tanto para el hombre como para la mujer³⁸. Atendiendo a la evolución del concepto de familia que en la Postmodernidad se está produciendo, parecería que dichas consagraciones permitirían

37 KRASNOW, Adriana Noemí y CAPELLA, Lorena Soledad, “Comienzo de la existencia de la persona humana en la procreación humana artificial”, en “Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Rosario, 2003, Tomo I, pág. 183. En dicho trabajo se adopta el método de la autointegración para resolver la cuestión del comienzo de la persona humana en la procreación humana artificial. El método puede extenderse al caso de la familia monoparental por darse respecto de la misma una situación similar, y por ser la procreación humana asistida su presupuesto.

38 Por ej. Art. 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 17, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 23 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

afirmar el ejercicio de la libertad reproductiva. Pero claro está, como los derechos nunca son absolutos, deberá tenerse en cuenta hasta dónde el ejercicio de esa libertad no perjudica derechos de otros sujetos, especialmente de los niños.

En virtud del tratamiento diferencial que requieren los niños, debido a su particular debilidad e indefensión, dentro del cúmulo de Tratados a los que se refiere el ya citado Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989. En especial relación con el tema que aquí se trata, la Convención hace referencia al derecho de *conocer a sus padres y ser cuidados por ellos* (Art. 7 inc. 1º in fine), y el derecho a *preservar su identidad* (Art. 8 inc. 1º). Cuando la Convención hace referencia a los padres parece excluir totalmente la posibilidad de tener solo *un* padre. Pero también debe tenerse en cuenta que el mismo Art. 7º antes de hacer la referencia citada consagra que ello se efectúe *en la medida de lo posible*. Dicha mención es similar al *‘en general’* al que hace referencia el Art. 4 inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tantos debates ha suscitado. Se trata de recursos del redactor de la norma para no cristalizarla en sólo una parte de la realidad cuando sabe que la misma lo va a sobrepasar. En consecuencia, no parece que esté vedada la posibilidad de que un niño tenga sólo a su madre, al menos no existe una prohibición expresa.

El punto de colisión que presenta la familia monoparental con las normas antedichas está dado por la imposibilidad de conocer su identidad que tiene el menor que nace en su seno, dado que para ser concebido se recurre a dadores anónimos de gametos masculinos. El derecho a la identidad implica el derecho de cada uno de ser uno mismo, de distinguirse y de ser distinto, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales³⁹. La cuestión de la dación de los gametos, a diferencia de lo que ocurre en otros países del mundo, no se encuentra regulada en Argentina (sólo se aplica por analogía el principio de la gratuidad en la misma); por ende es muy factible que el menor que nace de esos gametos no pueda conocer quién es su padre, por lo cual su identidad se vería fuertemente menoscabada.

En esos casos, la determinación de la filiación en relación a su padre va a ser sumamente dificultosa, y mucho mayor lo será en los casos de maternidad subrogada.

Como se puede ver, la cuestión no es tan simple cuando recurrimos a las normas. Las soluciones son variadas y la amplitud de las normas que consagran los Tratados Internacionales nos permiten defender soluciones diversas. Habrá que recurrir a los valores para intentar dar una respuesta acabada a los problemas que se nos plantean.

2.2.3. Dimensión dikeológica

Tanto el recurso a técnicas de Reproducción Asistida como la voluntad de formar una

39 MIZRAHI, Mauricio Luis, "Identidad filiatoria y pruebas biológicas", Buenos Aires, Astrea, 2004, pág. 55.

familia siendo la mujer la cabeza de la misma, implican una fuerte concreción, como ya se adelantó, del valor *utilidad*.

La mujer que en el caso bajo estudio reparte, junto con el equipo médico, en cierto modo mediatiza a su hijo para la satisfacción de una necesidad reproductiva propia. Obviamente mucho mayor es la mediatización de la persona por parte del equipo médico, que además lucra con dichas operaciones. Aquí se plantea el arduo problema de la consideración de la vida como *objeto repartidero*. No caben dudas de que en principio la vida es digna de ser repartida. Pero, ¿qué ocurre cuando comienzan a aparecer formas de procreación alternativas a la natural? Dejando de lado las innecesarias e indemostrables proyecciones de la justicia hacia exigencias teológicas⁴⁰, debemos reconocer que un criterio de justicia que entre todos construyamos debe valorar las nuevas situaciones atendiendo a la realidad imperante, intentando en base a ella, proporcionar a cada individuo el espacio de libertad necesario para su personalización.

Básicamente aquí aparece una gran tensión entre la voluntad de una mujer que desea autorealizarse teniendo un hijo, con el interés superior del menor que se ve amenazado ante esa pretensión.

A diferencia de lo que ocurre en la familia matrimonial –en la que existe un despliegue mucho mayor del amor entre un hombre y una mujer, en base al cual se desarrolla el amor entre padres e hijos– en la familia monoparental sólo tiene lugar éste último despliegue erológico. Sin embargo, la familia monoparental es en realidad tan apta como la familia matrimonial para aportar realizaciones de la salud, de la justicia y de la humanidad⁴¹.

Aún cuando en un principio la familia monoparental inicialmente querida como tal nos provoque un cierto rechazo de tinte prejuicioso, debemos tener en cuenta que ello es algo que siempre nos ocurre ante el advenimiento de una situación antes insospechada. Si bien es verdad que este tipo de familia es en cierto modo más segura que la familia matrimonial porque *fracciona* los *complejos personal, real y temporal* en relación a la familia, nos genera inseguridad porque *desfracciona* nada menos que la posibilidad de concebir un hijo.

En realidad, es allí donde se encuentra el punto conflictivo. Los cuestionamientos a la monoparentalidad no tienen que ver con el hecho de que una mujer pueda ser mejor o peor que hombre y mujer juntos para criar un hijo –ello en todo caso puede ser la razón alegada– sino con la incertidumbre que provoca el hecho de poder traer al mundo a un sujeto en virtud de un contrato. Es allí donde se manifiesta la utilidad, tanto por parte de la madre como de los médicos que contribuyen a ello. Lo demás no es más que una muestra de amor, que no puede diferenciarse de la situación en que se encuentra una mujer que ha enviudado o que se ha separado o divorciado y sigue adelante con la crianza de sus hijos.

40 La actualidad del Trialismo ha reconocido esa posibilidad. Al respecto ver: CIURO CALDANI, “La Conjetura...” cit., pág. 55.

41 CIURO CALDANI, “Jusfilosofía del Derecho de Familia...” cit., pág. 25.

Por lo demás, se podrá tomar a un hijo como medio tanto en una familia monoparental como en una familia matrimonial. ¿Acaso es más reprochable el caso de una mujer que recurre a la ciencia para poder procrear que la pareja que sin desearlo lo concibe? No debemos aferrarnos a modelos que en la realidad se están mutando, ni permitir que el valor supremo de la Economía se subvierta contra la justicia.

Ello fundamentalmente puede ocurrir si de algún modo le son violados al niño los derechos antes enunciados, por ejemplo eliminándose las posibilidades del menor de conocer quién es genéticamente su padre, ocultándosele su origen o mintiéndosele sobre el mismo, o afectándose de algún modo su dignidad.

En cambio, si le son respetados sus derechos, como ser humano y como niño, y si se le otorga el espacio de libertad necesario para su personalización, la familia monoparental concretará el valor justicia, con alcances distintos a los de la familia matrimonial, pero legítimos al fin, en tanto contribuyen al valor humanidad.

TEMAS EN DEBATE

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA MEDIATIZACIÓN DEL SER HUMANO

GUILLERMINA ZABALZA(*) - MARÍA VICTORIA SCHIRO (**)

1. Introducción

En el presente trabajo, pretendemos abordar la problemática de la Maternidad Subrogada o Gestación por cuenta de otro, comprendiendo en este supuesto a la pareja de progenitores que aportan los gametos fecundados para su posterior implantación en el útero de una mujer que lleva adelante el embarazo con el compromiso de entregar el niño después del alumbramiento. El objeto de estudio de este trabajo será analizado desde la Metodología Jurídica Trialista, desarrollada por el Profesor Werner Goldschmidt, destacando la trascendencia que posee contemplar el fenómeno jurídico como hecho, norma y valor, reafirmando que el hombre es un fin y no un medio en sí mismo. Es por ello, que el valor supremo al que debemos aspirar es al valor humanidad, despojándonos de aquellos valores utilitaristas y económicos, que disminuyen al hombre en su libertad. Luego de realizar un análisis a la luz de la realidad social, observamos que en la maternidad subrogada se disocia el acto procreacional de la gestación destacando que a pesar de tratarse de un acuerdo realizador del valor cooperación entre los que desean ser padres y la persona que obra a tal fin, puede convertirse en un acto de autoridad ante la ruptura de ese acuerdo. Al efectuar este estudio, advertimos la insuficiencia de las instituciones jurídicas vigentes en la Argentina para captar este tipo de fenómenos, no obstante los proyectos de reformas y leyes sobre la materia, que regulan este tipo de prácticas con una clara tendencia a la erradicación de las mismas y a la mediatización del embrión. Por consiguiente, consideramos fundamental que la realidad social y su captación por la norma y el ordenamiento normativo, sean valorados por el valor Justicia, a fin de arribar a una solución humanista, desarrollando de esta manera el valor humanidad; y esto, sólo se logrará si el ordenamiento normativo privilegia al embrión como persona humana y sujeto de derecho, reconociéndole en todos los casos derecho a su identidad biológica, sin cercenamientos derivados de la especial situación en que se encuentra por haber sido fecundado extracorporeamente.

(*) Docente de Introducción al Derecho y Derecho de Familia y Sucesiones de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

(**) Docente de Derecho de Familia y Sucesiones y Derecho Internacional Privado de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

2. Declinación trialista

En las próximas líneas realizaremos la declinación trialista de la Maternidad Subrogada con el deseo de señalar que el **fenómeno jurídico** posee tres elementos, **conducta, norma y justicia**¹, ya que *“a diferencia de la metodología kelseniana, construida con miras a la meta de purificar el objeto de la ciencia del Derecho, el planteo goldschmidtiano procura su integración con realidad social, normas y valor”*². Por tal razón, es fundamental acercarnos al hombre, con su sentir y vivir, porque el derecho no es una ciencia aislada que solo tiene como objeto de estudio normas, sino que por el contrario **es un orden de repartos, captado lógicamente y neutralmente por un tercero, y orden y ordenamientos valorados por el valor justicia**. Por ende, *“lo relevante a tener como meta del conocimiento jurídico es la vida humana, cuyo concepto puede discutirse, pero constituye una realidad que vale reconocer en todos los despliegues a nuestro alcance”*³. Pues, como dijimos, el hombre es un fin en sí mismo, y no un medio.

2.1. Dimensión sociológica

Al analizar la maternidad subrogada, podemos observar que existen una serie de adjudicaciones de potencia e impotencia. Advertimos que existe un *acuerdo* entre la pareja que aporta el material genético y la mujer que acepta que se le implante en su seno el embrión con el objeto de cuidarlo hasta el momento del alumbramiento y después de este, entregárselo a los padres biológicos. En consecuencia, estamos en presencia de un *“reparto autónomo, que se caracteriza por el hecho de que él se lleva a efecto sin que intervenga ni ordenanza, ni coacción directa; los protagonistas del reparto están de acuerdo en que el reparto se realice”*⁴. Se parte del acuerdo, es decir de conductas coincidentes para llevar a cabo este reparto. Y esto es de fundamental trascendencia, ya que al determinar la existencia del acuerdo, también se observa la ausencia del cercenamiento de libertad de los protagonistas del mismo, colaborando esto para el desarrollo del *“Principio Supremo de Justicia que consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir, de personalizarse”*⁵. Lo que implica un indicio de justicia del reparto autónomo, pero que no implica la justicia de dicho reparto en su totalidad.

Pues bien, en el presente reparto nos encontramos con repartidores, destacando que

- 1 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 8.
- 2 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 54.
- 3 CIURO CALDANI, “La conjetura...” cit., pág. 53.
- 4 GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., pág. 63.
- 5 Íd., pág. 417.

deben ser hombres, ya sean aislados o agrupados. Como repartidores, se observa la presencia de la pareja que aporta el material genético y de la mujer que acepta ser implantada. A su vez, estos también son recipiendarios, ya que al tratarse de un reparto autónomo, sus protagonistas son al mismo tiempo repartidores y recipiendarios. No obstante, cabe destacar, que también es recipiendario, el embrión implantado en el seno de la mujer gestante. Ahora bien, al contemplar la categoría de recipiendario, debemos determinar si se trata de recipiendarios gravados o beneficiados. Esta cuestión nos exige introducirnos en el objeto del reparto, que consiste en la potencia o impotencia que por medio del mismo se adjudique. Potencia es todo aquello que enaltece o prolonga el ser y la vida, en tanto que impotencia es todo aquello que no enaltece ni prolonga la vida. En primer lugar, analizaremos a los progenitores, considerando que los mismos son recipiendarios beneficiados con este tipo de prácticas al recibir la potencia de la vida deseada de un hijo, materializándose su voluntad procreacional. Respecto de la mujer gestante, por un lado, es recipiendaria beneficiada al colaborar con el desarrollo y crecimiento del embrión, y recipiendaria gravada, al desprenderse del niño con el cual estableció lazos físicos y afectivos durante los meses de embarazo. Asimismo, en caso de que hubiese existido un contrato cuya contraprestación a cambio del alquiler del vientre haya sido en dinero, se vería beneficiada por dicho aporte económico. Respecto del embrión implantado, corresponde determinar si es recipiendario gravado o beneficiado, ya que por un lado recibe la potencia de la vida al ser implantado en el vientre de una mujer que tiene aptitudes físicas para llevar adelante su cuidado y desarrollo, generándose entre ellos un vínculo afectivo y físico, que será interrumpido al momento del alumbramiento, ya que la madre gestante en su acuerdo se comprometió a entregar al niño a los progenitores. En consecuencia, es recipiendario beneficiado respecto de la potencia de la vida, pero gravado ante la imposibilidad de recibir la lactancia de su madre gestante (a menos que esté permitido en el acuerdo) y la ruptura de todo vínculo o contacto con ella después del alumbramiento (a menos que esté permitido un régimen de visitas). En principio, la forma de este reparto, es decir, el camino seguido para arribar al mismo, es la negociación entre sus protagonistas; y en cuanto a las razones del reparto, destacamos que existen los móviles, las razones alegadas y las razones sociales. Respecto de los móviles, es decir, lo que los sujetos quisieron realmente en su interioridad, se puede contemplar que los móviles que llevaron a la pareja a este tipo de acuerdo es su intención y deseo de ser padres, en tanto en la mujer gestante pudo existir un fin altruista en caso de que ante el deseo y necesidad profunda de ser padres de la pareja se haya solidarizado ofreciendo su cuerpo como instrumento para llevar a cabo la gestación del hijo tan ansiado y esperado; en tanto y en cuanto en los supuestos en que haya existido una contraprestación en dinero por el uso de su vientre, se puede detectar un fin más egoísta y utilitario. Las razones alegadas, en este supuesto consideramos que coinciden con lo móviles. No obstante, las razones sociales, podrán variar, según el contexto ideológico de la comunidad en donde la práctica se lleva a cabo, desprendiéndose que en una sociedad más liberal será

aceptado y compartido este medio procreacional, en tanto en una sociedad más conservadora será repudiado o aceptado con reservas.

Al analizar la maternidad subrogada, es interesante detenernos en la cuestión relativa a los límites de los repartos, determinando que los mismos consisten en aquellos obstáculos que nos impiden llevarlo a cabo. En el presente supuesto, se puede observar que existió un límite físico en la progenitora al no poder llevar a cabo en su vientre el embarazo. Ante esta circunstancia, la pareja opta por el otro reparto descripto anteriormente.

El reparto autónomo requiere la coincidencia de voluntades, es decir el acuerdo, desde que comienza hasta que termina. Pero es posible, que en determinados casos, este reparto autónomo se transforme en un reparto autoritario, y ante estas circunstancias surgen cuestiones que necesitarán una solución. ***“El reparto autoritario, se caracteriza por el hecho de que el repartidor lleva a cabo el reparto sin preocuparse de la conformidad o disconformidad de los demás protagonistas”***⁶. Ahora bien, en este caso, la transformación de reparto autónomo en reparto autoritario, reviste especial trascendencia, ya que si la ruptura del acuerdo se debe a la ausencia de voluntad de la madre gestante de entregar el niño a los progenitores, o en el deseo de interrumpir el embarazo, o en la negativa de recibir el niño por los progenitores, se desprende que el acuerdo recayó sobre un objeto material (embrión - niño) respecto del cual es imposible realizar transacciones, ya que ante el disenso, se detecta la mediatización del ser humano y la afectación del valor justicia.

En estos supuestos, se produce una disociación entre la madre gestante y la biológica, requiriéndose determinar a cuál de las dos verdades se les dará mayor importancia, al parto o al material genético.

2.2. Dimensión normológica

“La generación deja de ser un acto íntimo en el que únicamente intervienen los padres, para pasar a ser una acto complejo, un verdadero proceso, prolongado en el tiempo, con intervención de terceros”⁷.

Este párrafo resulta ilustrativo de como la ciencia aplicada a la vida hizo que la dimensión tempo-espacial del acto procreacional se altere fundamentalmente. Y que las construcciones jurídicas en torno del mismo resulten insuficientes para regular el fenómeno.

Los acuerdos de maternidad subrogada son claro ejemplo de lo antedicho. Cuando una mujer manifiesta su voluntad de llevar adelante la gestación de un óvulo fertilizado de otra pareja, contribuye con su declaración a formar el consentimiento. Dicho consentimiento constituye uno de los elementos estructurales del contrato, cuyo objeto es la entrega del niño nacido después del parto. De manera que este acuerdo presupone una obligación de hacer:

6 GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., pág 58.

7 WAGMAISTER, Adriana, “Maternidad Subrogada”, en “Revista Derecho de Familia”, n° 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, págs. 22 y ss.

llevar adelante la gestación; y una obligación de dar: entregar al nacido. Al referirnos a este acuerdo, es necesario analizarlo mediante el Funcionamiento de las Normas desde la Teoría Trialista del Mundo Jurídico. Por ende, la primera tarea que debemos realizar es la del Reconocimiento, es decir, descubrir aquella norma vigente que sea susceptible de aplicación al caso que nos incumbe. En tal sentido, de considerar como contrato este negocio jurídico bilateral, la pregunta es ¿dentro de qué tipo de contrato previsto en nuestro ordenamiento normativo se encuadraría? *Adriana Wagmaister sostiene que se trata de actos jurídicos atípicos “pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia”*⁸. Por nuestra parte consideramos que dado que el acuerdo engendra obligaciones de hacer: recibir la implantación del gameto fecundado, llevar adelante la gestación del mismo, someterse a controles médicos periódicos, llevar una vida saludable, etc., podría encuadrarse en una locación de servicios. Pero el corolario de estas obligaciones de hacer lo constituye una obligación de dar: entregar el niño a sus progenitores; en este caso la figura más a fin lo constituye la locación de obra. De la prevalencia dada a una de estas actividades, será la tipificación del contrato como una u otra figura, o se proclamara su atipicidad. Puede que la madre gestante se arrepienta del acuerdo celebrado e incumpla con su obligación de dar. La solución que se de a este problema dependerá de la postura que tome cada ordenamiento normativo en torno a la validez o nulidad de este tipo de acuerdos. *Dice Sambrizzi : “para determinar la existencia o no de responsabilidad por parte de la madre gestante por su negativa posterior al convenio –antes o después de nacido el niño– a entregarlo, resulta determinantes las normas legales que rijan al respecto. Si las mismas aceptan como válida la maternidad subrogada, la gestante debe entregar al hijo. Pero si no fuera así, resulta decisiva la solución que se admita con relación a la determinación de la maternidad: si según ella, quienes encargaron la gestación y aportan los gametos tienen, por esta última razón, un derecho preferente por sobre el de la gestante, considerándoselos en virtud de ello como los padres del nacido, quien gesto al niño deberá entregarlo a los requirentes y resarcirlos por los daños materiales y morales que su negativa les hubiere producido; si, en cambio, se da preferencia a la madre gestante, esta no estará obligada a entregar al niño, ni tampoco a resarcir al matrimonio que encargo la gestación por los gastos en los que estos hubieran incurrido con motivo del convenio efectuado, lo que en ese supuesto sería así debido a la prohibición del convenio circunstancia que los inhibe para efectuar un reclamo de esa naturaleza”*⁹.

Nuestro ordenamiento normativo no contempla de manera expresa el supuesto de maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro. Ante esta carencia normativa, se recurre a la auto-integración, es decir a la aplicación analógica de aquellas normas que

8 Íd., págs. 24 y ss.

9 SAMBRIZZI, Eduardo, “La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 239.

regulan casos similares; pero al realizar esta tarea el encargado del funcionamiento de las normas, advierte la imposibilidad de la auto-integración para tipificar dicho acuerdo, dado que el objeto de la maternidad subrogada estaría fuera del comercio y sería contrario a las buenas costumbres, ya que el artículo 953 del Código Civil Argentino prescribe que *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hecho que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de las conciencias, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”*. En consecuencia, se desprende de nuestro ordenamiento normativo que todo contrato de maternidad subrogada sería nulo por su objeto. Por lo tanto, ***“ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas no hay posibilidad de ejecución forzada dada la naturaleza del compromiso asumido”***¹⁰.

No obstante el estado existente en nuestro ordenamiento normativo, existen proyectos de legislación que abordan este tópico expresamente y se inclinan por una solución. Tal es el caso de la “Ley de Reproducción Humana Asistida”, que cuenta con la aprobación de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, pendiendo su tratamiento por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Este proyecto, en su artículo 14 dispone que el Contrato de Maternidad Subrogada es nulo, y ello en virtud de que su objeto es considerado contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Ahora bien, luego de analizar la validez o nulidad de dicho acuerdo, será necesario determinar y precisar la cuestión atinente a la filiación, ya que si bien el acuerdo es nulo, debemos preguntarnos qué solución se debe abordar ante el supuesto de que esta práctica se de en la realidad. ***“La solución de los problemas que se presentan en la maternidad subrogada dependen, en buena parte, de la respuesta que se de a un aspecto ciertamente relevante de la cuestión, consistente en la determinación de cuál de las personas que tienen alguna intervención en la práctica de que se trata tiene mayor derecho a ser considerada como madre del niño y, por tanto, a quedarse con él, en caso de discrepancia sobre ese aspecto”***¹¹.

La disociación entre el acto procreacional y la gestación, que supone la maternidad subrogada, conlleva problemas derivados del emplazamiento filial del niño y, en estrecha relación con este último, la cuestión acerca de la validez o nulidad del acuerdo celebrado entre sus padres genéticos y la mujer gestante. La solución a los mencionados problemas puede inferirse, en el ordenamiento normativo argentino, del art. 242 del Código Civil (según ley 24.540): “La maternidad quedará establecida, aún sin reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...”. Esta disposición legal constituye la aplicación

10 WAGMAISTER, op. cit., págs. 19 y ss.

11 SAMBRIZZI, op. cit., pág. 236.

del aforismo romano según el cual “el parto sigue al vientre” (*partus sequitur ventrum*), y en virtud de ello, “la maternidad siempre es cierta” (*mater semper certa est*).

Pero, las técnicas de reproducción humana asistida echan sombra sobre la certidumbre de la maternidad, o al menos, sobre la certeza de la maternidad biológica, que no siempre es coincidente con la determinada legalmente.

Cabría en el caso del ordenamiento normativo argentino, hacer una interpretación de la auténtica voluntad del autor de la norma, a fin de desentrañar el objetivo y los móviles que tuvo al momento de legislar. En tal sentido, analizaremos la evolución legislativa, desde nuestro Código Civil, pasando por las leyes que reformaron su redacción original en este aspecto, hasta llegar a la ley 24.540 a quien se debe la letra actual del Art.242 del Código Civil Argentino. Está de más decir que en el siglo XIX, época de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, era impensado que la maternidad podía disociarse. Podría hallarse allí una carencia histórica de normas por novedad científica. Ahora bien, las leyes posteriores (tales como la ley 23.264, a quien se debe la anterior redacción del mencionado artículo 242) se sancionaron en la década del '80, siglo XX, que ya conocía del avance tecno-científico en materia de reproducción humana asistida. Al respecto, dice Zannoni ***“La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la maternidad de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento; demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar de más requisitos”***¹². Lo mismo ocurre con la ley 24.540. Entonces cabe preguntarse si la norma actual fue una toma de postura ante el fenómeno de la maternidad subrogada, y nos hallamos ante una carencia histórica de normas. ***“Por esta razón es necesario asumir que en esta hipótesis el nexo filial no sólo tiene un fundamento biológico, pues éste existe en ambos protagonistas sino que indispensablemente tendrá que ponderarse la voluntad procreacional. De no resolverse el dilema con este nuevo enfoque, subsiste el riesgo de encorsetar las nuevas formas de procreación en los viejos moldes donde no era imaginable otro modo de fecundación que la originada en la unión sexual a través de la cual hombre y mujer conforman el embrión que germina en el cuerpo de aquélla”***¹³.

La adopción de una postura legislativa en Argentina se halla actualmente, no en el ordenamiento normativo vigente, sino en los proyectos de reforma legislativa. Veamos cuáles son los carriles por los cuales discurre este tema en el orden local.

2.2.1. La maternidad subrogada a la luz del Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998

Una solución al problema que plantea la maternidad subrogada, respecto de la

12 ZANNONI, Eduardo A., “Derecho de Familia”, Bs. As., Astrea, t. 2, pág. 334.

13 Íd., pág. 547.

discordancia biológico-jurídica en la determinación de la maternidad, se plasma en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, que en el párrafo final de su art. 543 dispone "...La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita". Aquí hay una coincidencia entre el Código Civil vigente, en tanto la determinación de la maternidad se produce por el hecho del parto. Pero el proyecto contiene una posición explícita del tema que venimos abordando, carente en la obra de Vélez. Y la intención del legislador resulta de los fundamentos del proyecto, que respecto a este artículo establece ***"Esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema, y también en el proyecto que cuenta con media sanción del Honorable Senado de la Nación"***¹⁴. Esta solución brindada por el mencionado proyecto, y el propósito que la anima, son objeto de comentario del Doctor Miguel Ángel Ciuro Cالدani, quien nos dice ***"A nuestro criterio, la posible tensión entre la mujer que cede el óvulo y la que cede el vientre, debería haber sido resuelta respetando el acuerdo que podría existir entre ellas, que no necesariamente recorre el camino, que creemos ilegítimo, del alquiler y puede responder en cambio a elevados propósitos altruistas. En caso de romperse el acuerdo entre ambas mujeres podría haberse dejado a la solución según las circunstancias del caso. En cambio, la respuesta adoptada en el proyecto ignora incluso las célebres enseñanzas salomónicas, de atender al significado del mayor interés materno (I Reyes, 3, 16 y ss.) y los derechos del niño a su patrimonio genético. Con carácter que estimamos nítidamente totalitario, se mediatiza al hijo asignándole compulsivamente una maternidad que con mucha frecuencia puede llevarlo a su abandono o incluso a su entrega en adopción a los padres genéticos o a cualquier otra persona. A nuestro parecer esta propuesta del proyecto, que seguramente va mas allá de los propósitos de los redactores, debe ser modificada"***¹⁵.

2.3. Dimensión Dikelogica

Finalmente, tanto los repartos como las normas que los captan nos conmueven, ya sea por su justicia o injusticia. Y es precisamente, en este apartado donde nos abocaremos a la axiosofía dikelogica que enfoca el contenido de la justicia.

Como hemos formulado anteriormente, y siguiendo las enseñanzas de la *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, el Principio Supremo de Justicia consiste en asegurar a cada cual la esfera de libertad necesaria para desarrollar su personalidad, para convertirse de individuo en persona, es decir para personalizarse. En consecuencia, teniendo al hombre como fin y

14 Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, de 1998.

15 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría General del Derecho respecto del Proyecto de Código Civil Argentino", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 23, págs. 39/40.

no como medio, es que debemos preguntarnos sobre el objeto repartidero, que en el presente caso, se centra en la misma vida humana. Por ende, es trascendente, determinar si es justo dar vida, y en lo particular de la práctica que nos atañe, si es justo dar vida en virtud de la maternidad subrogada, donde la maternidad necesariamente se disocia, y el niño corre el gran riesgo de convertirse en un objeto de transacción. Esta es una cuestión que conmueve nuestro ser desde lo más íntimo, ya que la única manera que posee la pareja de materializar su voluntad procreacional es utilizando el vientre de otra mujer, quien se convierte en un instrumento para el fin deseado, es decir para la vida del niño fuera del vientre. En consecuencia, parecería que la mujer gestante es un medio y no un fin de esta práctica. Respecto del niño engendrado, se podría concluir que si bien puede pensarse que es un medio destinado a realizar el deseo de ser padres biológicos, también se observa que este tipo de prácticas es el único camino para que su vida se desarrolle. Ahora bien, a la luz del Principio Supremo de Justicia, se desprende que este tipo de prácticas sólo serán justas en tanto se pretenda la personalización de los padres biológicos, del niño engendrado, y de la mujer gestante, es decir, en tanto se atienda al valor humanidad, tomando a cada hombre como único e irrepetible y por ende como un fin en si mismo. En consecuencia, centrándonos en el niño engendrado, debemos analizar los conceptos esbozados anteriormente con el tema atinente a su derecho a la identidad, que implica su derecho a conocer su realidad biológica, pero también su verdad del parto; ya que si bien sus padres son quienes aportaron el material genético, no se puede desconocer el vínculo físico y psíquico que ha engendrado con su madre gestante, es decir, con la mujer que lo cuidó y alimentó durante todo el embarazo. De esta manera, se estará contribuyendo con la realización del niño, al ser este conciente de su realidad y con la personalización de la mujer gestante, quien ya no es un medio sino un fin en si mismo.

3. Conclusión

Al concluir con nuestro estudio, observamos que en la realidad social se presentan este tipo de prácticas, lo que reclama una solución normativa inspirada en el valor justicia, teniendo siempre su mirada en el embrión implantado, que como persona humana y sujeto de derecho, desde el momento mismo de su concepción, tiene derecho a conocer su origen genético y de gestación.

Los problemas que se presentan con este tipo de prácticas giran alrededor de sus protagonistas, por un lado los padres genéticos –con su deseo de concretar su voluntad procreacional–, la madre gestante –quien podrá tener un interés económico o, por el contrario, un interés altruista–, y trascendiendo a estas realidades el embrión, que reclama su respeto a la vida, a la identidad y a un desarrollo digno.

De lo expuesto anteriormente, concluimos que con el objeto de obtener seguridad jurídica, se pretende encorsetar una determinada realidad, convirtiéndose el derecho en un inductor de conductas a través de la prohibición.

La realidad nos golpea y ante la posibilidad de esta práctica, no podemos escondernos con la respuesta de que el acuerdo es nulo o que la maternidad sigue al vientre, porque es un supuesto que reclama una solución justa, centrando su mirada en el embrión implantado, sujeto de derecho. Por ende, los operadores del derecho, no debemos negar la realidad, mediatizando al embrión, con el deseo de desalentar este tipo de prácticas, porque de esta manera no se respeta el interés superior del niño.

NOTICIAS

ÁREA Y CURSO DE DERECHO DE LA EDUCACIÓN

GONZALO ALVAREZ

El 7 de septiembre de 2004, por iniciativa del Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, el H. Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario aprobó por unanimidad la creación del Área de Derecho de la Educación en el ámbito de dicho Centro, designando a cargo de la misma al Abogado Gonzalo Alvarez.

Se sostuvo en los fundamentos de la resolución que el Derecho de la Educación es un tema de gran relevancia y poco abordaje en la disciplina jurídica y que la creación de un área dedicada al estudio y la investigación de dicha temática, representa indudablemente un aporte sustancial para el cumplimiento de los objetivos de la enseñanza superior universitaria.

Los estudios del derecho, en cuanto este tiene por principal objeto de su regulación la educación, no han sido muy desarrollados por los juristas. Más bien, parece como un tema de los pedagogos cuando abordan el análisis de las políticas educativas y la organización institucional de los sistemas educativos. En el ámbito de los académicos del derecho el tema ha sido abordado con algunas excepciones, con cierta marginalidad, en disciplinas como el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo y en menor medida en el Derecho Civil y más recientemente desde nuevas ramas del Derecho como el Derecho Social. En cualquier caso, los esfuerzos han sido mayormente aislados y desconectados, privando a esta importante área del enfoque complejo que, proveniente de una mirada transversal de las tradicionales ramas jurídicas, nos permita dimensionarla correctamente y definir aquellos principios pertinentes para su aplicación e interpretación. Este enfoque transversal de las ramas clásicas del derecho (y las no tan clásicas) cuando toman contacto con la educación es lo que denominamos Derecho de la Educación, y lo que nos permite abordar la compleja regulación jurídica de la educación desde una perspectiva que resguarde las trascendentes funciones que tanto en lo individual, cuanto en lo social, se le asignan a la educación. De esta forma la quiebra de un establecimiento educativo, el despido de un docente, el ejercicio de la patria potestad por parte de padres o tutores, pueden ser vistos desde una perspectiva enriquecedora que los aleje de la simple quiebra de una empresa o del ejercicio de alguna facultad legal de un empleador, centrando el interés en el proceso educativo y sus funciones.

Vale aclarar que no estamos haciendo referencia al derecho a la educación, consagrado tanto en la Constitución Nacional cuanto en diversos instrumentos internacionales de derechos

humanos. Este será objeto principal de estudio para el Derecho de la Educación como rama jurídica transversal, pero el objeto del Derecho de la Educación lo excede, abarcando todos los puntos de contacto entre derecho y educación.

El Área se reúne periódicamente, en sesiones ordinarias, al menos una vez al mes, en la sede del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social en la Fundación Prats. En el marco de la programación de las actividades ordinarias se organizó un seminario interno de “Introducción al estudio de la educación” el que tiene por objetivos acercar a los asistentes al seminario a las diversas disciplinas que abordan las problemáticas vinculadas al fenómeno educativo, como la pedagogía, la didáctica, la psicología educativa, recorriendo las principales cuestiones relacionadas con el concepto de educación, las teorías pedagógicas y las teorías curriculares, a fin de que sirvan de base para la posterior reflexión y elaboración en torno del Derecho de la Educación. Este seminario está a cargo del Profesor Mariano Morelli. Sus actividades se han desarrollado durante 2005 y continuará durante el primer semestre de 2006.

Por otra parte se puso en marcha un ciclo de conferencias sobre el Derecho de la Educación, cuyo objetivo es relevar las experiencias y puntos de vista sobre el tema a cargo de diversos especialistas que han construido, tanto desde la actividad académica cuanto de la profesional, el campo del Derecho de la Educación. Hasta el momento han dictado sendas conferencias los doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani, José Luis Cantini y Luis Ricardo Silva. Este ciclo continuará durante 2006.

Uno de los objetivos centrales del Área es construir una biblioteca especializada. Esta se ha ido conformando con el aporte de material por parte de los integrantes del área y también se han recibido donaciones. Se encuentra físicamente en el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la responsable es la docente Silvina Pezzetta.

Uno de los aportes de más trascendencia desarrollado a partir de la conformación del Área fue la aprobación por parte del H. Consejo Directivo de la Facultad de una asignatura optativa del ciclo superior de la Carrera de Abogacía denominada “Derecho de la Educación”. Ésta comenzó a dictarse durante el segundo cuatrimestre de 2005 generando una gran expectativa entre los estudiantes, ya que se inscribieron más de doscientos alumnos. El dictado estuvo a cargo de los Profesores Gonzalo Alvarez y Mariano Morelli y el docente Fernando Luciani, acompañados por otros integrantes del Área.

Esta iniciativa vincula los esfuerzos de investigación con los de la docencia, articulando ambas funciones de la Universidad y propiciando, a través de la difusión del estudio del Derecho de la Educación, la conformación de una masa crítica de docentes, investigadores y profesionales que se dediquen regularmente a esta disciplina.

La asignatura tiene por objetivos introducir a la comprensión del concepto del Derecho de la Educación, como rama jurídica autónoma, complementaria de las tradicionales, introducir a la comprensión de la configuración histórica del Derecho de la Educación, en el contexto

argentino e internacional, promover la formación en torno a los conocimientos relativos al Derecho de la Educación y al régimen jurídico de la educación argentina, favorecer el análisis crítico de los principales debates políticos en torno al derecho a la Educación, su ejercicio y sus condicionamientos y analizar las bases constitucionales, legales y reglamentarias del Derecho a la Educación en la Argentina.

Sus contenidos abordan el estudio de las autonomías de las ramas del Derecho. La Educación y Derecho de la Educación. Las relaciones del Derecho de la Educación con el Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derecho Administrativo, Derecho Comercial, Derecho Procesal, etc. El Derecho a la Educación como construcción histórica polémica. Los alcances del Derecho de la Educación y del derecho a la educación. La educación en la Constitución Nacional. El Derecho a la educación y los derechos fundamentales. La educación en los tratados internacionales de derechos humanos. El estudio del Derecho a la Educación en la legislación argentina desde la conformación del sistema educativo hasta nuestros días. El análisis del rol del Estado nacional en materia educativa y las tendencias hacia la principalidad y la subsidiaridad en la prestación del servicio educativo. El proceso de transferencia de los servicios educativos a las provincias. El análisis del régimen jurídico actual de la educación en la argentina, abordando en particular el análisis de la ley federal de educación, la ley de educación superior, la ley de formación técnico profesional y el régimen laboral docente en la educación pública y en la educación privada, entre otros contenidos sustantivos.

Integran el área de Derecho de la Educación los siguientes docentes y estudiantes: Gonzalo Alvarez, Mariano Morelli, Fernando Luciani, Silvina Pezzetta, Mariano Novelli, Alejandra Larrea, Carla Majul, Corina Elisio, Carlos Bukovac, Fausto Carubelli, Florencia Moljo, Ingrid Hedin y Roberto Sader.

TAREAS DEL GRUPO DE ENSEÑANZA PERSONALIZADA

WALTER BIRCHMEYER

Desde el año 2000 trabaja en el ámbito de la Cátedra A de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR el Grupo de Enseñanza Personalizada, a propuesta de su titular, profesor Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani. Son sus integrantes los docentes abogados Mariano Novelli, Elvio Galati y Walter Birchmeyer, y los ayudantes Srta. Soledad Vizzi y Sr. Germán Armesto. Según la propuesta formulada oportunamente por el profesor titular, el Grupo trabaja bajo la responsabilidad del suscripto.

El Grupo tiene por objetivo promover actividades para los alumnos que voluntariamente quieran dedicar mayor cantidad de su tiempo al desarrollo de sus capacidades intelectuales. Esto ha significado a lo largo de estos años la organización de seminarios de profundización sobre el pensamiento de los grandes juristas de la Historia del Derecho, la organización de viajes de estudio, la preparación de material sobre técnicas de estudio y asistencia a los alumnos que requieran ayuda en su desempeño durante el ciclo lectivo. El Grupo se reúne periódicamente para comentar lecturas que brinden técnicas de innovación pedagógica. Estas lecturas actualmente consisten en bibliografía sobre pensamiento crítico, pensamiento lateral, educación personalizada (tema que dio nombre al grupo en sus inicios), métodos de casos, universidad investigadora, etc.

Para apoyar estas tareas estamos formando una biblioteca especializada, que esperamos pueda servir de soporte formativo a los demás integrantes de la cátedra.

Como viene repitiéndose todos los años desde la creación del Grupo, el 14 de noviembre ppdo. se realizó un viaje a la ciudad de Buenos Aires con la finalidad de visitar las sedes de los tres poderes del Gobierno federal, a fin de que los alumnos interesados tengan un conocimiento más vívido de los lugares y las personas que son en última instancia fuente material del Derecho estatal.

El 5 de diciembre de 2005 se organizó un panel sobre *“Técnicas de aprendizaje en la Universidad, con especial referencia a Introducción al Derecho”*, al que asistió un nutrido grupo de alumnos de la cátedra. Abrió el panel la Srta. Soledad Vizzi, quien dio una charla sobre su experiencia concreta como alumna de la Facultad de Derecho UNR en la temática que nos convocaba. Seguidamente habló Walter Birchmeyer acerca de la importancia de la técnica de redacción de ensayos para el alumno de Derecho. *“Quien no ha escrito una*

monografía no ha reflexionado todavía” suele decir un conocido epistemólogo, y creemos que este lema también es aprovechable por el alumno universitario que suele abordar el estudio exclusivamente como una actividad de recepción pasiva, la que en el mejor de los casos consiste en una paciente, responsable y seria tarea de recepción y repetición.

Muy poco suele haber de reelaboración y mucho menos de crítica en la principal tarea del alumno de Derecho. Como escribir un ensayo requiere sostener posturas, ejercitar la crítica, reflexionar sobre la seriedad de un argumento, etc. creemos que la iniciación en esta técnica puede ser de gran utilidad para el estudio del alumno y un incentivo para despertar la vocación investigadora. Terminó el panel con la participación del Sr. Germán Armesto, quien dirigió en la misma tarde un mini-seminario sobre las técnicas de estudio; seminario porque incluyó aspectos teóricos y actividades por parte de los alumnos.

Es intención del Grupo continuar con la profundización de estas actividades durante el ciclo 2006, especialmente las que refieren a la vinculación del estudio de grado con las técnicas de investigación científica.

Motivar a los alumnos en el desarrollo de sus potencialidades fue la inquietud que guió al profesor Ciuro Caldani cuando propuso la creación del Grupo en el marco de la cátedra A de Introducción al Derecho. Cabe aclarar que aunque la preocupación por motivar y dar herramientas para la formación del alumno de Derecho no es una novedad¹, la misma disciplina es una de las materias curriculares que más aptitud tienen para promover la reflexión y el pensamiento crítico, las preguntas acerca de la posibilidad de la conducta libre, la estructura social en la que se desenvuelve el Derecho, la vigencia y eficacia de las normas y su ordenamiento, su fidelidad y exactitud, la búsqueda de la solución justa, la ubicación del Derecho respecto del resto del mundo de la cultura, y tantas otras, no pueden dejar al alumno desmotivado, y en general no lo hacen.

El Grupo se propone, de cierto modo especial, ayudar a quien requiere un apoyo en su ingreso al relativamente “hostil” mundo universitario, dar más a aquellos que piden más, y en general, poner de manifiesto que ni la Institución, ni sus docentes, ni sus alumnos tienen derecho a “no tener ganas” cuando de crecer se trate.

1 La misma cátedra de Introducción al Derecho ofrece desde hace varios lustros, antes de la creación del Grupo, un Seminario voluntario de profundización, el que en la mayoría de sus versiones se ha referido a *“El funcionamiento de las normas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*. En ese ámbito los alumnos más entusiastas investigan cómo hace funcionar las normas nuestro máximo tribunal, obteniendo un conocimiento de primera mano sobre ello. Ese Seminario se ha convertido en una “escuela de derecho libre”, en el sentido en que se aprende Derecho porque a los integrantes les agrada, no porque alguien se lo mande. Grandes logros ha obtenido.

SEMINARIO SOBRE TEORÍA DE LA DECISIÓN

ANDREA A. MEROI (*) - GABRIEL M. SALMÉN (**)

1. Durante el año 2005, organizado por las cátedras A y E de Introducción al Derecho y la cátedra C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario conjuntamente con el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la misma Casa de Estudios, se desarrolló en el transcurso de tres jornadas un seminario sobre Teoría de la Decisión (TD). Su dictado estuvo a cargo de los profesores Rubén Calcaterra, Clara Lewin de Dobry y Carlos Trentini, con la colaboración de Christian Gentili.

Este seminario tuvo como propósito brindar una introducción a la TD desde una perspectiva multidisciplinaria, a fin de alentar la incorporación de las herramientas conceptuales y las técnicas que se han desarrollado en torno a esta teoría y que en algunos ámbitos aún suenan como cuestiones extrañas al Derecho.

No debe, sin embargo, llamarnos la atención esta perplejidad que la teoría todavía provoca en los ambientes jurídicos más tradicionales, ya que ésta no ha tenido su origen y primer desarrollo en cuestiones vinculadas al Derecho sino, en cambio, a la economía, la administración y, sobre todo en sus comienzos, al campo militar.

La intención, en definitiva, ha sido la de acercar a los profesionales del derecho enfoques interdisciplinarios que ayuden a la mejor comprensión del proceso de toma de decisiones en el ámbito jurídico.

Este seminario encuentra antecedentes en la preocupación que desde tiempo atrás viene manifestando por el tema el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani; preocupación ésta que se vio reflejada en sus artículos *“El ámbito de la decisión jurídica. La construcción del caso”*¹ y *“Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”*², publicados en el año 2000.

(*) Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Doctorando y adscripto a la cátedra C de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El ámbito de la decisión jurídica. La construcción del caso”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 57/64.

2 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación y Docencia”, N° 33, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 9/17.

El inicio del seminario tuvo lugar el día 2 de setiembre de 2005 y en esa oportunidad el Dr. Rubén Calcaterra, abogado, se refirió al tema desde una perspectiva centrada en la teoría de conflictos y en los modos alternativos de resolución de conflictos, en especial, la mediación.

El día 9 de setiembre de 2005, expuso la Contadora Clara Lewin de Dobry, quien hizo mención de la importancia que se le asigna a la Teoría de la Decisión en las áreas académicas en las que ha tenido participación, en especial en la carrera de Ingeniería Industrial y en la carrera de postgrado de Medicina Colectiva en la Facultad de Medicina de la U.N.R., destacando los aportes que para el moderno desarrollo de la teoría ha hecho Herbert Simon³. También hizo especial hincapié en la necesidad de que la TD se enseñe en el marco de conocimientos filosóficos más amplios.

Finalmente, el día 25 de noviembre de 2005, el Contador Carlos L. Trentini, Master en Dirección de Empresas (M.B.A.), se refirió a la Teoría de la Decisión con particular referencia a las organizaciones, relacionando la toma de decisiones con los objetivos de la organización. También trató entre otros temas, las distintas etapas y tipologías de la decisión, el planeamiento y el control, la decisión racional y su teoría y las situaciones de decisión y los distintos escenarios. En esa ocasión contó con la colaboración del Licenciado Christian A. Gentili quien expuso sobre los “factores personales del proceso decisorio”, pasando revista a temas tales como los desestímulos y obstáculos para la decisión, los elementos motivadores y cómo reducir la presión y el estrés a la hora de la toma de decisiones.

Se pretendió, como ya se dijo, dar al seminario un carácter interdisciplinario⁴, acorde con la propia naturaleza del tema a abordar.

2. El desarrollo de la moderna teoría de la decisión tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX con las contribuciones de representantes de varias disciplinas académicas, entre ellas, matemáticos, economistas, sociólogos, psicólogos, filósofos, ingenieros, cientistas políticos, etc. Actualmente se reconoce a la TD como un tema académico por derecho propio y, pese a que hay alguna división de tareas entre las distintas disciplinas que lo abordan, existe un amplio campo en que las tareas de las diferentes disciplinas se superponen, con lo cual confluyen sobre el tema diversas metodologías y tradiciones de investigación⁵.

3 Premio Nobel de Economía 1978. Puede consultarse su autobiografía en: <http://nobelprize.org/economics/laureates/1978/simon-autobio.html>

4 Tal vez se puede precisar aún más el carácter teniendo presente la distinción entre interdisciplina, multidisciplina y transdisciplina. Al respecto puede verse por ejemplo: http://www.pulso.com/aen/71_65.htm

5 Resulta ilustrativo al respecto considerar que Daniel Kahneman, psicólogo, recibió el Premio Nóbel 2002 de Economía. Las contribuciones de Kahneman desde la psicología cognitiva se realizaron en el ámbito de la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre, haciendo significativos aportes a la teoría económica, sobre la motivación de los individuos. P.v.: LUCO, Alfonso, “Un psicólogo Premio Nobel 2002”, en: http://www.ecampus.cl/Textos/psicologia/Alfonso_Luco/aluco1.pdf,

PABLO, Juan Carlos de, “Después De Kahneman y Tversky; ¿Que queda de La Teoría Económica?”, Presentado

La Teoría de la Decisión, como es obvio, no es una teoría acerca de una decisión en particular o una especial categoría de decisiones, sino un desarrollo teórico sobre *decidir*, es decir, sobre *cómo decidimos* y sobre *cómo debemos decidir*. Con esto ya dejamos planteadas -a la par de la pretensión de universalidad de la teoría-, las dos principales líneas de análisis de la cuestión, que se encolumnan bajo los rótulos de *teorías descriptivas* y *teorías normativas* de la TD.

Una teoría descriptiva de la decisión es una teoría de cómo las decisiones son realmente tomadas y una teoría normativa es, entonces, una teoría acerca de cómo las decisiones deben ser tomadas.

Aunque el “debe” de la expresión anterior puede ser interpretado de diferentes maneras, existe acuerdo entre los teóricos de la decisión que se refiere al prerequisite de racionalidad en la toma de decisiones y así, una teoría normativa de la decisión será una teoría acerca de cómo las decisiones deben adoptarse en orden a ser racionales⁶.

En general se considera que otras normas que no sean las de racionalidad son extrañas a la TD. Sin embargo debe advertirse que la TD no entra en escena sino cuando las normas éticas y políticas ya están establecidas⁷ y que no se excluyen otras normas que entran a funcionar una vez que los objetivos de la decisión ya han sido fijados.

De tal modo, en un ejemplo usual que adaptamos al ámbito del Derecho⁸, si un abogado quiere ganar un pleito, la teoría de la decisión podrá ayudarlo a determinar cómo alcanzar ese objetivo. La pregunta sobre si él debería ganar ese pleito en orden a la conveniencia última de su cliente, no se considera una cuestión que atañe a la Teoría de la Decisión⁹.

Otra distinción importante que encontramos dentro de la TD es la que divide los estudios

en Foro de estudios financieros, 15 de julio de 2004, en: <http://www.depabloconsult.com.ar/divulgacion/pdf/new/104.doc>

6 HANSSON, Sven Ove, “Decision Theory, A Brief Introduction”, 1994-08-19, Minor revisions 2005-08-23, Department of Philosophy and the History of Technology Royal Institute of Technology (KTH), Stockholm, en: <http://www.infra.kth.se/~soh/decisiontheory.pdf>, CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “Aportes ...” cit.; SEN, Amartya K., “Los tontos racionales. Una crítica de los fundamentos conductistas de la teoría económica”, http://portal.onu.org.do/contenidos/archivos/Los_tontos_racionales.PDF; dice Rawls: “La teoría de la justicia es una parte, quizá la más significativa de la teoría de la elección racional” (RAWLS, John, “Teoría de la Justicia”, trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 29).

7 HANSSON, Sven Ove, op. cit. Cfr. con lo que expresan Girle y otros: “Computer based systems are being increasingly used to assist people in decision making. Such systems are known as decision support systems. In our opinion, it is an important problem to explore computationally the results of incorporating moral theories of these various types into systems for practical reasoning”, GIRLE, Rod, HITCHCOCK, David, McBURNEY, Peter, VERHEIJ, Bart, “Decision Support for Practical Reasoning: a theoretical and computational perspective”, en: <http://www.csc.liv.ac.uk/research/techreports/tr2003/ulcs-03-007.pdf>

8 El ejemplo original hace referencia, respectivamente, a un general, a una batalla y a la guerra,

9 Por ejemplo quien le entabla una demanda a quien es su único proveedor y en definitiva gana el juicio, pero se queda sin negocio. La cuestión se relaciona con la estrategia, ámbito que tiene su propio e importante desarrollo teórico.

entre *teorías cuantitativas* y *teorías cualitativas*¹⁰.

Esta separación responde a los intentos de superar los enfoques tradicionales representados por las teorías cuantitativas, las cuales se considera que proveen un marco adecuado para el tratamiento de casos muy simples, pero son menos eficaces en casos más complicados o realistas. En ese sentido, los críticos de las teorías cuantitativas sostienen que éstas no guiarían las decisiones en circunstancias imprevistas o de cambio de supuestos que subyacen a la decisión, y no ofrecerían maneras de capturar preferencias genéricas y otras expresiones comunes para las tomas de decisiones en términos formales convenientes.

El estudio de la toma de decisión desde el punto de vista cualitativo está más estrechamente relacionado al estudio de la racionalidad limitada¹¹.

Los orígenes de la TD se remontan a Aristóteles, quien en su *Ética* a Nicómaco ya esboza una verdadera teoría¹².

Mucho más tarde, en el siglo XVIII, puede señalarse el análisis, que del proceso de decisión dentro de una asamblea deliberante, realiza el gran filósofo del iluminismo Condorcet¹³, considerado como la primera teoría general sobre las etapas de un proceso de decisión¹⁴.

Otro significativo hito fue el marcado por Herbert Simon a mitad del siglo pasado, mediante la introducción de una radical innovación. La TD, que hasta ese momento consideraba al modelo de racionalidad independientemente del decisor y del proceso de decisión, a partir de Simon pone en el centro de su reflexión el proceso de decisión y sostiene que el modelo racional debe encontrarse dentro de tal proceso y no fuera de él¹⁵.

Debe reconocerse como presupuestos de la decisión a la libertad y al tiempo, ya que sin ellos ninguna decisión es posible. Advuértase que por la vía de estos presupuestos, la TD se abre a un vasto campo para la indagación filosófica. *Libertad* y decisión son conceptos íntimamente relacionados a punto tal que habitualmente se define la libertad mediante la referencia a la noción de capacidad para obrar de un modo u otro o no obrar¹⁶, lo que presupone

10 P. v. DOYLE, Jon and THOMASON, Richmond H., Background to Qualitative Decision Theory, en: <http://www.csc.ncsu.edu/faculty/doyle/publications/qdt99.pdf>

11 Se opta por la primera posibilidad suficientemente satisfactoria.

12 Dice Aristóteles, por ej.: "...propuesto algún fin, consultan de qué manera y por qué medios lo alcanzarán. Y si parece que se puede alcanzar por muchos medios, deliberan por cuál medio más fácilmente y mejor se alcanzará, y si en un medio se resuelven, deliberan cómo se alcanzará por éste". ARISTÓTELES. "Ética", Libro III, trad. Pedro Simón Abril, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1918. Puede consultarse en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/763/8.pdf>

13 1743-1794

14 HANSSON, op. cit., p.9.

15 TSOUKIÀS, Alexis, From decision theory to decision aiding methodology (my very personal version of this history and some related reflections), DIMACS Technical Report 2003-21, June 2, 2003, disponible en: <http://www.lamsade.dauphine.fr/~tsoukias/papers/history02.pdf>

16 Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, voz Libertad: 1. f. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Puede

la necesaria disposición de alternativas para el obrar y la toma de una decisión previa en algún sentido. El otro presupuesto, el *tiempo*, se vincula constitutivamente con la decisión, y debe destacarse a su respecto el concepto de *oportunidad*¹⁷, que tanta trascendencia cobra en el ámbito jurídico.

Se han señalado como elementos de las decisiones: un individuo o grupo de individuos “decisores”, las acciones alternativas, los estados de la naturaleza, las consecuencias y el criterio de elección¹⁸. El objeto de las decisiones son las acciones que resultan de ellas¹⁹.

El proceso de decisión debe combinar la lista de posibles acciones, las consecuencias esperadas de cada una de estas acciones, las probabilidades de ocurrencia de cada una de estas consecuencias y, finalmente, el valor de satisfacción o de dolor que produce cada uno de estos resultados a la persona que debe tomar la decisión. En base a todos estos datos hay que calcular el valor esperado o utilidad de cada una de las acciones y elegir la mejor²⁰.

Con relación al proceso decisorio y sus etapas, se han desarrollado modelos que pueden distinguirse entre *secuenciales* y no *secuenciales*. Los primeros son secuenciales en el sentido de que el proceso de decisión se divide en partes que siguen siempre el mismo orden o secuencia. Por el contrario, en los modelos no secuenciales, la relación entre estas rutinas y subrutinas (etapas) no es lineal sino circular, de modo que cuando se está cumpliendo una etapa puede estar haciéndose simultáneamente otra que interactúa con la primera.

Ejemplo de modelo secuencial es el de Herbert Simon para quien el proceso de decisión consiste de tres etapas: a) inteligencia: hallar ocasión para tomar la decisión; b) diseño: encontrar posibles cursos de acción y; c) elección: elegir entre los cursos de acción²¹.

Un modelo no secuencial, es el planteado, por ejemplo, por Mintzberg, Raisinighani y Théorêt²², Este modelo se divide en tres fases a las que corresponden subrutinas. La fases y sus subrutinas son las siguientes: a) Identificación: a1) conocimiento de la decisión (problemas

consultarse en: <http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>

- 17 Miguel Ángel Ciuro Caldani, dice: “La toma de decisiones es el proceso de escoger una entre varias opciones... La opción se vincula estrechamente con el aprovechamiento de las oportunidades, con referencia a la cual cabe desenvolver la perspectiva dinámica del derecho”. CIURO CALDANI, Miguel A., “Aportes...” cit., p. 13.
- 18 MARINA, Maria Erminia, “Metodi matematici per la gestione delle aziende”, Università degli Studi di Genova - Facoltà di Economia. D.I.E.M. Dipartimento di Economia e Metodi Quantitativi. Sezione di Matematica Finanziaria, en: [http://www.economia.unige.it/04/diem/new/matematica/marina/Metodi matematici per la gestione delle aziende 1/corso1.1.doc](http://www.economia.unige.it/04/diem/new/matematica/marina/Metodi%20matematici%20per%20la%20gestione%20delle%20aziende%201/corso1.1.doc)
- 19 Es ilustrativo en este sentido el título de la obra de John L. Pollock, *Thinking about Acting: Logical Foundations for Rational Decision Making*, New York - London, Oxford University Press, 2006 <http://oscarhome.soc-sci.arizona.edu/ftp/PAPERS/Thinking-about-Acting.pdf>. Esto no debe llevar a confusión con el objeto de la propia TD, que es la misma decisión en términos genéricos.
- 20 MEROI, Andrea A., “La estrategia en el Derecho Procesal, La comprensión de la decisión y la estrategia en la resolución de conflictos”, “Investigación...”, N° 35, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2002.
- 21 Según Hansson, Sven Ove, “Decision Theory...” cit.
- 22 Mintzberg, Henry, Dury Raisinighani y André Théorêt, “The Structure of “Unstructure” Decision Processes”, *Administrative Sciences Quarterly*, 1976; citado por HANSSON, Sven Ove, “Decision Theory...” cit..

y oportunidades); a2) diagnóstico; b) Desarrollo: b1) Investigación (buscar soluciones ya conocidas); b2) Diseño (encontrar nuevas soluciones); c) Selección: c1) revisión (búsqueda de más alternativas conocidas y eliminación de las sub-óptimas); c2) evaluación elección; y c3) autorización.

Dado el carácter no secuencial es dable recurrir a la etapa de “identificación” durante el “diseño”, o hacer actividades de “desarrollo” cuando se está en la etapa de “evaluación”. Si al final del proceso la solución no resulta satisfactoria se puede volver a recomenzar todo el ciclo.

El reconocimiento de las etapas o fases del proceso decisorio cobra gran importancia para la toma de conciencia de las fortalezas y debilidades e, incluso, omisiones, en el propio proceso de toma de decisiones. Esta toma de conciencia permite la adquisición de las habilidades necesarias para el reforzamiento de los puntos débiles y de los correctivos que ayuden a evitar las decisiones erróneas.

La misma noción de proceso no secuencial nos alerta sobre la inconveniencia de la toma de decisiones mediante métodos que clausuran las etapas ya cumplidas y restan la ocasión para el enriquecimiento recíproco de cada una de las tareas y la rectificación o mejora de la decisión final.

Relaciones de preferencias, probabilidades, estados de la naturaleza, utilidad esperada, condiciones de certeza, riesgo e incerteza, lógica de la decisión, matrices de decisión, criterios de racionalidad, etc., son todos conceptos de los que se vale la moderna TD.

A la par de la TD también se han desarrollado técnicas para la toma de decisiones que son herramientas útiles para ayudar a establecer las probables consecuencias de las decisiones, a determinar la importancia de cada factor en juego y, en definitiva, a encontrar el mejor curso de acción. Ejemplo de estas técnicas son los *árboles de decisión*, *diagramas de Ishikawa*, *grillas de análisis*, etc.

La TD, por su parte, se relaciona con otras teorías tales como la *teoría de la acción*, la *teoría de los juegos*, la *teoría de conflictos*, la *teoría de la estrategia*, etc. La determinación de los campos de actuación propios de cada una de ellas y la complementación entre todas estas teorías también puede resultar un aporte significativo para el Derecho.

El Derecho, como toda actividad humana, requiere de constantes decisiones; su propia dinámica se desenvuelve al hilo de decisiones. Son decisiones las que ponen en funcionamiento todo el complejo orden de los actos jurídicos en su más diversas manifestaciones, son decisiones las que llevan a las partes a entrar en un conflicto o a evitarlo y a escoger finalmente la vía para la disputa y su solución; también son decisiones las que ordenan la vida en comunidad mediante el dictado de normas, etc.

Conforme a la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada básicamente por Werner Goldschmidt, el objeto jurídico está compuesto por repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y específicamente a la vida), captados por normas que los

describen e integran y valorados, los repartos y las normas, por la justicia. Estos repartos, “producidos por la conducta de seres humanos determinables, se originan en un proceso que abarca el *reconocimiento* de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de los cuales son posibles diversas conducciones, entre los cuales se *decide* alguno y luego se lo efectiviza. Reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos”²³.

La teoría trialista brinda *categorías de análisis* que permiten cumplir con las tareas antes señaladas de un modo más profundo y con plena conciencia de todo lo que entra en juego a la hora de la toma de decisiones. Por ello, la incorporación de la TD al Derecho, sobre todo a través de la teoría trialista del mundo jurídico, resulta de la mayor importancia para la mejor comprensión de los fenómenos jurídicos y de la propia toma de decisiones en el campo del derecho.

Bibliografía

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El ámbito de la decisión jurídica. La construcción del caso”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 57/64.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, 2000, en “Investigación y Docencia”, N° 33, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs. 9/17.
- MEROI, Andrea A., “La estrategia y el Derecho Procesal. La comprensión de la decisión y la estrategia en la solución de conflictos”, en “Investigación ...” cit., N° 35, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2002, págs. 49/56
- ARISTÓTELES, “Ética”, trad. Pedro Simón Abril, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1918. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/763/8.pdf>

Obras generales sobre TD:

- CURZIO, Leonardo, “Toma de Decisiones”, Cuadernos de orientación Metodológica, N° 3, Instituto Federal Electoral, México, 1998.
- <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=516>
- HANSSON, Sven Ove, “Decision Theory, A Brief Introduction”, 1994-08-19, Minor revisions 2005-08-23, Department of Philosophy and the History of Technology Royal Institute of Technology (KTH), Stockholm
- <http://www.infra.kth.se/~soh/decisiontheory.pdf>
- POLLOCK, John L., “Thinking about Acting: Logical Foundations for Rational Decision Making”
- <http://oscarhome.soc-sci.arizona.edu/ftp/PAPERS/Thinking-about-Acting.pdf>
- SIMON, Herbert, “La Nueva Ciencia de la Decisión Gerencial”, Buenos Aires, El Ateneo, 1982

Enlaces:

- Bicchieri, Cristina, “L'irrazionale che aiuta a decidere” <http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/000401.htm>
- Bunge, Mario, “Elogio de la indecisión” <http://www.uottawa.ca/publications/interscencia/inter.1/decision.html>

23 Ciuro Caldani, Miguel A., “Aportes...”, op. cit., p. 12.

- Calvo Soler, Raúl, “El desuso. Una propuesta acerca de la racionalidad de dejar de usar normas jurídicas”
http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/06CALVO.PDF
- Calvo, Raúl y Venier, Carlos “Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales”.
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/Isonomia_06.pdf
- de Pablo, Juan Carlos, Después de Kahneman y Tversky; “¿Qué queda de la Teoría Económica?” Presentado en Foro de estudios financieros, 15 de julio de 2004.
<http://www.depabloconsult.com.ar/divulgacion/pdf/new/104.doc>
- de Pablo, Juan Carlos, “La economía como proceso decisorio. Reseña de ideas ajenas”.
<http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/263.pdf>
- Doyle, Jon and Thomason, Richmond H., “Background to Qualitative Decision Theory”
<http://www.csc.ncsu.edu/faculty/doyle/publications/qdt99.pdf>
- Ehud Guttel & Alon Harel, “Probability Matching and the Law: A Behavioral Challenge to Law & Economics”.
http://basilo.kaist.ac.kr/preprint/CENTE/dp_368.pdf
- Elster, Jon, “Some Unresolved Problems in the Theory of Rational Behavior”.
<http://www.geocities.com/hmelberg/elster/ar93supi.htm>
- Gallardo Ortiz, Miguel Ángel “Tiempo de “decidir decidir” (metadecisiones y prospectiva)”
<http://www.cita.es/filosofar/metadecisiones.pdf>
- Gärle, Rod, Hitchcock, David, McBurney, Peter, Verheij, Bart, “Decision Support for Practical Reasoning: a theoretical and computational perspective”.
<http://www.csc.liv.ac.uk/research/techreports/tr2003/ulcs-03-007.pdf>
- “La Técnica del Árbol para la Toma de Decisiones”, Estrategia Magazine,
<http://www.e-estrategia.com.ar/ediciones/edicion0031/administracion.asp>
- Lewis and Roca, Lawyers. Legal Risk Evaluation
http://www.lewisandroca.com/practice_area_detail.asp?PracticeAreaID=88
- Luco, Alfonso, Un Psicólogo Premio Nobel 2002.
http://www.ecampus.cl/Textos/psicologia/Alfonso_Luco/aluco1.pdf
- Marina, Maria Erminia, “Metodi matematici per la gestione delle aziende”. Università degli Studi di Genova - Facoltà di Economia. D.I.E.M. Dipartimento di Economia e Metodi Quantitativi. Sezione di Matematica Finanziaria.
[http://www.economia.unige.it/04/diem/new/matematica/marina/Metodi matematici per la gestione delle aziende 1/corso1.1.doc.doc](http://www.economia.unige.it/04/diem/new/matematica/marina/Metodi%20matematici%20per%20la%20gestione%20delle%20aziende%201/corso1.1.doc.doc)
- Mongin, Philippe, “Expected Utility Theory”.
<http://expected-utility-theory.behaviouralfinance.net/Mong.pdf>
- Myer Sankary, “Law: Dispute resolution”.
<http://lnwebdev01.realtors.org/rmomag.NSF/pages/lawjuly04>
- Oviedo Lozano, Lady Johanna, “Teoría de la Toma de Decisiones”.
<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040921170149.html>
- Pollock, John L., “Plans and Decisions”.
[http://oscarhome.soc-sci.arizona.edu/ftp/PAPERS/Plans and Decisions.pdf](http://oscarhome.soc-sci.arizona.edu/ftp/PAPERS/Plans%20and%20Decisions.pdf)
- Pollock, John L., “Thinking about Acting: Logical Foundations for Rational Decision Making”.
<http://oscarhome.soc-sci.arizona.edu/ftp/PAPERS/Thinking-about-Acting.pdf>
- Polymérís P., Andreas, “Teoría General de Sistemas, Decisión Colectiva”, DIICC, Universidad de Concepción, 1990.
<http://www.inf.udec.cl/~apolymer/TGS/DecisionColectiva.pdf>
- Rusbel Martínez R., “El puesto de la racionalidad en las ciencias sociales desde la perspectiva de Jon Elster”.
<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/elster31.pdf>

- Schauer, Frederick, “Rule-based decision-making in the development of legal institutions in political environments”.
http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Schauer_presentation.pdf
- Sen, Amartya K. “Los tontos racionales. Una crítica de los fundamentos conductistas de la teoría económica”.
[http://portal.onu.org.do/contenidos/archivos/Los tontos racionales.PDF](http://portal.onu.org.do/contenidos/archivos/Los%20tontos%20racionales.PDF)
- Sen, Amartya, ¿Qué impacto puede tener la ética?
http://www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/sen_impac.htm
- Senger, Jeffrey M., “Decision Analysis in Negotiation”
<http://www.usdoj.gov/odr/article8.pdf>
- “Strategic reasoning - Decision theory”.
<http://philosophy.hku.hk/think/strategy/decision.php>
- Tsoukiàs, Alexis, “From decision theory to decision aiding methodology (my very personal version of this history and some related reflections)”.
<http://www.lamsade.dauphine.fr/~tsoukias/papers/history02.pdf>
- Victor, Marc B., “A new use for decision trees and risk analysis: choosing an optimum fee arrangement”t.
[http://www.litigationrisk.com/LRA for Plaintiff Contingent Fee.pdf](http://www.litigationrisk.com/LRA%20for%20Plaintiff%20Contingent%20Fee.pdf)
- Victor, Marc B., “Interpreting a decision tree analysis of a lawsuit”.
[http://www.litigationrisk.com/Reading a Tree.pdf](http://www.litigationrisk.com/Reading%20a%20Tree.pdf)
- Web Dictionary of Cybernetics and Systems, entrada: DECISION THEORY.
http://pespmc1.vub.ac.be/ASC/DECISI_THEOR.html

RESEÑAS

ALTERINI, Atilio – NICOLAU, Noemí (Directores),
 HERNÁNDEZ, Carlos (Coordinador),
 “El Derecho Privado ante la internacionalidad,
 la integración y la globalización
 (Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani)”,
 editorial LA LEY, Buenos Aires, 2005, 684 págs.

WALTER BIRCHMEYER(*)

En el marco de las Vigésimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 22 a 24 de septiembre de 2005 se presentó el libro-homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani. El libro es dirigido por los juristas Noemí L. Nicolau y Atilio Alterini, y coordinado por el profesor Carlos Hernández. El acto de homenaje con la presentación del libro se realizó el día 22 en el Salón de Actos de la mencionada Casa. Entendemos que estas Jornadas académicas, probablemente las de mayor prestigio y tradición en el ámbito jurídico nacional, por primera vez dedicaron su homenaje a un jurista que no es académicamente originario de la ciudad organizadora y que no viene estrictamente del Derecho Civil sino del Derecho Internacional Privado y la Filosofía del Derecho Privado. El relato del emocionante acto de homenaje, con las razones alegadas de las autoridades del evento pertenece ya a las crónicas de las Jornadas¹.

Se ha elegido para la obra el título principal “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”. Difícil tarea se presentaba a los organizadores, quienes resolvieron el problema con agudeza: el profesor es un humanista que, como señalamos, siempre ha sentido predilección por la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Privado. Leyendo el amplio panorama de temas sobre los que ha escrito, esto no deja de ser un fraccionamiento del complejo material, que contribuye a su mejor manejo. Los autores optan entonces por un título que muestra la complejidad a la que se enfrenta el Derecho Privado, hace dos siglos elaborado por cauces nacionales y hoy tensado entre la armonización que exigen los procesos de integración y las crisis en las que lo sumen

(*) Docente ordinario de la Facultad de Derecho de la UNR.

1 Puede consultarse Derecho al día, nro. 76, en http://www.fder.uba.ar/derechoaldia/inc_notas_historia.php?ed=76&idnota=796&fecha=2005-10-13&sec=Nota (consultada el 10/02/2006).

los procesos de globalización/marginación y la Postmodernidad. En fin, optaron por un título exhaustivo y esperaron trabajos de muy diversas temáticas. No fueron defraudados.

El libro se inicia con un Prólogo que hace las veces de *laudatio*, escrito por los Directores y el Coordinador, en el que hacen una semblanza biográfica del profesor Ciuro. Un “Listado seleccionado de la obra publicada por el Profesor Doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani” abre el cuerpo del libro. Esta selección incluye parte de una producción que suma una veintena de libros y varios centenares de artículos, ponencias, conferencias, lecciones, etc. publicados a lo largo de cuatro décadas^{2,3}.

Los 45 trabajos se ordenan en cuatro secciones, las dos primeras más generales, dedicadas a las perspectivas de Filosofía y Teoría General del Derecho, y al Derecho Privado respectivamente, y las restantes a temas más específicos: el tercero al Derecho de Familia y el cuarto al Derecho Internacional Privado y de la Integración.

“El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Perspectivas filosóficas y de Teoría General”:

Alterini, Atilio, *¿Hacia un Geoderecho?*; Alvarez Gardiol, Ariel, *Al profesor, al maestro*; Chaumet, Mario E., *El Estado constitucional y el Derecho Privado*; Dabove, María I., *Geriátricos en Argentina: Complejo punto de encuentro del Derecho Público y Privado*; De Lorenzo, Miguel, *Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado*; Erbetta, Daniel, *Postmodernidad y globalización: Hacia dónde va el Derecho Penal?*; Flah, Lily, *El ambiente y la bioética en el mundo globalizado*; Gherzi, Carlos, *La apropiación del derecho. El conocimiento científico y su uso interesado (aproximaciones desde la metodología de la investigación sociológica)*; Lorenzetti, Ricardo, *Hacia una dogmática de los delitos de lesa humanidad*; Louge Emiliozzi, Esteban, *Bases para la caracterización de un Derecho Privado Humanista*; Martins-Costa, *Culturalismo y Experiencia en el nuevo Código Civil*; Messina de Estrella Gutierrez, Graciela, *La internalización⁴, la integración y la globalización de los derechos personalísimos*; Sánchez Lorenzo, Sixto, *Los límites a la integración y a la universalidad jurídicas desde un punto de vista dialéctico*; Schipani, Sandro, *Releer el Corpus Iuris Civilis*; Sosa, Gualberto, *El Derecho Privado ante la Internacionalidad. La integración y la Globalización*; Soto, Alfredo, *La inserción sistemática del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Penal en el Derecho Internacional Privado*; Stähli, Jorge, *Integración y globalización: Relaciones peligrosas*.

“Algunas perspectivas de la internacionalidad, la integración y la globalización en el Derecho privado patrimonial”:

Araya, Miguel, *Dos modelos de Sociedad Anónima*; Ariza, Ariel, *En torno a la autonomía*

2 En 32 páginas citan cerca de 600 trabajos.

3 En el trabajo del Dr. Chaumet puede v. también una interesante selección de trabajos del Dr. Ciuro clasificado por materias, p. 45.

4 Entendemos que se quiso decir ‘internacionalización’.

privada contractual en el siglo XXI; Casiello, Juan, *El avance de los factores objetivos de responsabilidad extrarcontractual. Sumaria mirada comparativa sobre dos códigos de América Latina y los Proyectos de reforma del Código Civil Argentino*; Caumont, Arturo, *Contrato, tipología contractual y globalización*; Esborraz, David, *Análisis de las definiciones de contrato por 'género próximo y diferencia específica' contenidas en los Códigos Civiles Latinoamericanos, como punto de partida para la unificación del Derecho contractual en América Latina*; Frustagli, Sandra, *Reflexiones en torno al contrato como marco de la tensión entre utilidad y derecho de la personalidad*; Gandolfi, Giuseppe, *Contratos de depósito y de préstamo de uso y de consumo: Apuntes preliminares para la redacción de un Código europeo de los contratos*; Garrido Cordobera, Lidia, *Los daños en la sociedad actual*; Granados, Ernesto, *Apuntes para reflexionar sobre el Derecho Concursal*; Hernández, Carlos, *Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Á. Ciuro Caldani)*; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Dilación de procesos concursales y violación de derechos humanos*; Moreno Rodríguez, José, *"Causa" y "Consideration" en la formación del contrato: Estado actual en el Derecho comparado*; Nicolau, Noemí, *El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización*; Saux, Edgardo, *El derecho privado globalizado y una singular problemática: la obligación tácita de seguridad*; Vázquez Ferreyra, Roberto, *Los presupuestos de la Responsabilidad Civil*.

“Algunas perspectivas de la internacionalidad, la integración y la globalización en el Derecho de Familia”:

Córdoba, Marcos, *La incidencia de los tratados internacionales en el Derecho de Familia*; Cruz Pereyra, Luis, *Área judicial común en el Derecho de Familia Europeo. Competencia en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial*; Méndez Costa, María, *Los niños con capacidades diferentes en la Convención y en América Latina*; Perugini Zanetti, Alicia, *La restitución internacional de menores, el Derecho Procesal Internacional y el Derecho Internacional Privado*; Uriondo de Martinoli, Amalia, *Incidencia de los tratados internacionales en el Derecho de Familia*.

“El Derecho Internacional Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”:

Andorno, Luis, *El acceso a la justicia en cuestiones ambientales del MERCOSUR. Posibilidad de adopción o adaptación de la Convención de Aarhus*, Dalla Via, Alberto, *La invocación de fuerza mayor, la teoría de la imprevisión y del estado de necesidad en los arbitrajes internacionales ante el CIADI*; Feldstein de Cárdenas, Sara, *Arbitraje e inversiones extranjeras*; Grosman, Cecilia, *Importancia de la armonización legislativa del Derecho de Familia en el MERCOSUR y países asociados*; Menicocci, Alejandro, *Reflexiones sobre el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado*; Molina del Pozzo, Carlos, *El derecho de la Unión en el Tratado Constitucional*; Vicente Blanco, Dámaso, *El primero laudo arbitral en el CIADI “sobre el fondo” relativo a las crisis argentina 2000-*

2002. *el laudo de mayo de 2005 en el caso “CMS Gas Transmisión Company c. República Argentina” (Trato justo y equitativo, cumplimiento de los compromisos con la inversión extranjera y estado de necesidad en la crisis argentina; Lattuca, Ada, Un testimonio de gratitud. Homenaje al Dr. Ciuro.*

No es nuestra tarea realizar una reseña crítica de esta obra, ya que no es habitual respecto de este tipo de aportes. Sí nos resulta particularmente interesante poder recorrer el libro y reconocer la *biografía* del homenajeado. Todos los autores han tocado temas que no son extraños a la obra del profesor. Con cada uno de sus trabajos los participantes se ubican en relación al homenajeado. Hay así relaciones de afinidad teórica, de contribución y continuación de la obra de aquél, de indiferencia y, por qué no, de oposición. Así, algunos autores han optado por desarrollar **aportes específicos** del profesor **a la Ciencia jurídica**, así pueden verse los trabajos de Noemí Nicolau sobre la teoría de las respuestas jurídicas, de Carlos Hernández, respecto a los aportes del Dr. Ciuro Caldani al Derecho del Consumo y de Dámaso Vicente Blanco respecto a los aportes del Profesor a la comprensión de la evolución del Derecho de las inversiones extranjeras y su enfoque respecto del carácter dual de la globalización/marginación. Sin un enfoque tan preciso, desarrolla Alterini la idea de *geojuridicidad*, con grandes afinidades con la obra del profesor homenajeado. Varios de sus discípulos siguen un camino similar.

Otros autores han optado por trabajos vinculados con la **Filosofía del Derecho, en especial la del Derecho privado**, (así Louge Emiliozzi y su comprensión humanista del Derecho Privado; Martins-Costa, y su trabajo sobre culturalismo y el nuevo código civil, Frustagli y el estudio de la tensión entre justicia y utilidad en el Derecho privado).

Sobre la **Historia del Derecho**, se puede ver el enjundioso trabajo de Schipani y su potente propuesta de que la doctrina romanista ponga el telón conceptual común a un despliegue universal del derecho privado, varios autores toman puntos de partida histórico, en particular los que refieren a la Postmodernidad y sus efectos sobre el Derecho.

Con afinidades con el **Derecho público**, los trabajos de Erbetta sobre el presente y la prospectiva del Derecho Penal, de Chaumet sobre el Estado constitucional y el Derecho Privado, Lorenzetti y su trabajo sobre los delitos de lesa humanidad.

Respecto al **Derecho Internacional Privado**, pueden verse los trabajos de Soto y su comprensión de los Derechos Penal Internacional e Internacional Penal a través de la concepción normológica del Dipr., según su última versión desarrollada por el Dr. Ciuro. Alejandro Menicocci aborda el siempre difícil tema de las calificaciones utilizando las categorías de la teoría *trialista*; también se dedican al Dipr. el trabajo de Alicia Perugini (restitución de menores). Gran atención concitaron en las Jornadas los aportes sobre tratamiento de inversiones, con aportes de Feldstein de Cárdenas, Dalla Via y el profesor vallisoleto Vicente Blanco.

Al impacto de la **internacionalidad** (en sus aspectos publicistas y privatistas) en el Derecho de Familia, se dedican los trabajos de Amalia Uriondo, Marcos Córdoba, María Méndez Costa y Luis Cruz Pereyra.

Vasta experiencia tiene el profesor Ciuro en el marco del **Derecho comparado**, especialmente respecto de su teoría general y del Derecho de Familia en particular. Sobre este tema serán de gran provecho los trabajos de Gandolfi en referencia al “Código Europeo de los Contratos”, y de Moreno Rodríguez, referente al rol de las instituciones “causa” y “consideration” en la teoría de la formación del contrato en la actualidad; no obstante, varios trabajos ven también necesario recurrir a la comparación jurídica.

Sobre el **Derecho universal**,⁵ no debe pasarse por alto la notable comprensión que del tema hace Sixto Sánchez Lorenzo; también Edgardo Saux aborda la problemática de un Derecho Privado ‘globalizado’.

Sobre la **Metodología jurídica** desarrolla su trabajo Carlos Gherisi.

Al **Derecho Privado en general** se dedican los trabajos de Ariza, Araya, Esborraz, Frustagli (esta última con importante esfuerzo para integrar elementos de la iusfilosofía a la teoría de los contratos), Casiello, Caumont. Garrido Cordobera, Granados, Kemelmajer y Vázquez Ferreira.

A la **Bioética y Bioderecho** se dedica el aporte de Lily Flah, sobre el ambiente y la bioética en el mundo globalizado.

Entre las **disciplinas cuyo desarrollo promovió** fuertemente el homenajeado se encuentran el **Derecho de la Integración**, con los trabajos de Jorge Stähli, que desarrolla el impacto de estos fenómenos en el Derecho Privado, de Molina del Pozo, que refiere al Tratado Constitucional Europeo, el aporte de Luis Andorno al hoy candente tema de los problemas ambientales en el marco del MERCOSUR.

El Profesor Ciuro contribuyó al reconocimiento de nuevas ramas del Derecho como el **Derecho de la Ancianidad**, respecto del cual puede verse el trabajo de María I. Dabove sobre Geriátricos (también Chaumet incluye un ejemplo que mienta esta rama). Sus aportes al desarrollo de una **Teoría General del Derecho (como sistema jurídico)** también aparecen, concientemente marcados o no, en los trabajos que estudian el origen, la transformación y la declinación de las ramas del Derecho, y las relaciones entre ellas. Buena parte del volumen está dedicada a ello. Otras ramas descubiertas por el profesor Ciuro quedaron sin ejemplos que marquen el estado de la cuestión, tales como el **Derecho del Arte** (remarcado por el decano de Rosario, Dr. Silberstein, en el acto reseñado en Derecho al Día, citado en nota 1), el **Derecho de la Salud**, el **Derecho de la Ciencia y la Tecnología** y el **Derecho de**

5 Sobre la comprensión del Derecho “global” (por único) como un Derecho Universal que tiende al reconocimiento de las especificidades de las unidades (nacionales, regionales, etc.) que lo componen ha escrito el Dr. Ciuro por lo menos dos obras: “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, FIJ, 1979, y “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, FIJ, 2001.

la Educación. La relación del Derecho con el resto del mundo de la cultura⁶ se encuentra presente en varios trabajos, especialmente las relaciones de integración y dominación del Derecho y la Economía, pero el tema no ha recibido tratamiento específico. Es natural, enmarcándose el libro en unas Jornadas de Derecho Civil.

Tonos críticos lleva el interesante aporte del Dr. Alvarez Gardiol, quien dice, en su “Al profesor, al maestro” que “... sigo estando profunda y absolutamente convencido de que la dogmática jurídica se agota inevitablemente, en el bosquejo no pocas veces lívido y desfallecido de la normatividad. Todo avance que se proponga sustentar a la norma con soportes traídos de otros ámbitos, con apoyos de facticidad, o con respaldos valorativos que sean extraños a la misma norma, aun cuando en algunos casos pueda brindar el espejismo del bienestar singular que nos dé una aparente sensación de serenidad, habrá sido portador de la simiente que socavará hasta sus cimientos más profundos, la sólida estructura de la juridicidad, como sistema de normas reguladoras del comportamiento.”⁷ Rescatamos el imprescindible disenso que hace realmente ‘universal’ a la Universidad.

La clasificación ensayada es relativamente arbitraria y sólo trata de ilustrar nuestra primera impresión al consultar el libro. Confrontando la bibliografía del homenajeado y los temas elegidos para rendirle tributo, queda demostrado que la obra ha cumplido largamente con la tarea de ilustrar la biografía intelectual del profesor Ciuro Caldani.

Los profesores Alterini, Nicolau y Hernández han realizado una tarea cicolópea, compilando seguramente con mucho esfuerzo las participaciones de tantos juristas extranjeros y nacionales que han conocido y trabajado junto al profesor homenajeado, y merecen por ello nuestro reconocimiento.

Retomando la lectura del título, dice Jorge Stähli en su participación que “*la contribución del destinatario del homenaje de la obra en ese sentido [se refiere al título, nota del autor] ha sido y será en el futuro del más alto valor. Ello así no sólo por la gran riqueza que aportan sus trabajos, sino por el permanente impulso que transmite para alentar su desarrollo. El título elegido para el libro, de notable certeza, es uno de los muchos que pueden corresponderle con justicia al Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani*”. Concordamos con él. No obstante, aun no estando todos los que son, ni siendo todos los que están, también creemos que esta obra merece por su factura ocupar el lugar del *Liber Amicorum et Discipulorum* del Profesor Doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani.

6 Ver las diversas obras de Ciuro Caldani sobre el continente político del mundo jurídico, especialmente su libro “Derecho y Política”, Depalma, Bs. As., 1976.

7 P. 23.

Este libro se terminó de imprimir en marzo de 2006
en Acquatint Evolución Gráfica
Alem 2254 - S2000FML Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: info@acquatint.com