



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

**CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL**

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

Nº 39



FUNDACIÓN PARA LAS INVESTIGACIONES JURÍDICAS

enero / diciembre 2006

©

Registro de la Propiedad Intelectual N° 476851, Formulario N° 12122

Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas

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

CUIT 30-68913973-2

ISSN 1514-2469

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 Ángel Ciuro Caldani

Tirada: 100 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Vicerrector a cargo del Rectorado: Ing. Aldo O. Gimbatti

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ricardo I. Silberstein

Vicedecano: Dr. Carlos Hernández

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

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

Consejeros Estudiantiles

Cristina Bilicich
Leandro Escobar
Fabricio Luciani
Germán I. Pinto
Facundo Pagnanini
Rodrigo Guerrero
Daiana Gallo
Julieta Saracini

Consejero No Docente

Ricardo Torrano

Consejero Graduado

Luis Horacio Vila

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

Director: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani (Investigador del CONICET)

Subdirectora: Dra. María Isolina Dabóve (Investigadora del CIUNR)

Secretarios Técnicos: - Dra. Érika Nawojczyk (Becaria del CONICET)
- Dr. Mariano H. Novelli (Becario del CONICET)

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar

Diseño y edición web: Gabriel M. Salmén

Árbitros científicos ad-honorem

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

ÍNDICE

IN MEMORIAM

Miguel Reale (1910-2006)	9
--------------------------------	---

DOCTRINA

ÁLVAREZ CHICANO, Carlos Manuel

<i>Dificultades histórico-jurídicas para la integración europea</i>	13
---------------------------------------------------------------------------	----

BENTOLILA, Juan José

<i>El reflejo de la persona humana en el espejo de la norma jurídica</i>	29
--------------------------------------------------------------------------------	----

Los límites del Derecho Internacional Privado clásico

<i>en un caso multicultural</i>	41
---------------------------------------	----

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

Estado del conocimiento en la investigación jurídica: líneas

de investigación e impacto social de la producción científica

<i>(investigación, posgrado e impacto social)</i>	47
---------------------------------------------------------	----

Integración y sociedad civil (En la búsqueda de la complejidad

<i>para la integración)</i>	57
-----------------------------------	----

<i>Mundo jurídico y “creatividad”</i>	69
---------------------------------------------	----

<i>Reflexiones sobre calidad educativa, política, gestión y formación</i>	85
---------------------------------------------------------------------------------	----

RONCHETTI, Fernando

El criterio de calidad de vida como criterio de valoración

<i>en el Derecho</i>	97
----------------------------	----

SALMÉN, Gabriel

*El Derecho de la Ciencia y de la Técnica como rama
del mundo jurídico* 115

REEDICIONES

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

Nota sobre la asunción y la deserción “convertidoras” de valores 133

Perspectiva trialista de la Axiología Dikelógica 135

Ubicación de la justicia en el mundo del valor

(El asalto al valor justicia) 149

APORTES PARA LA INVESTIGACIÓN Y LA DOCENCIA

CAMPOS, Roberto

Metodología jurídica trialista 163

GALATI, Elvio

Notas sobre investigación jurídica cuantitativa 187

IN MEMORIAM

MIGUEL REALE

(1910-2006)

El 14 de abril de 2006 falleció a los noventa y cinco años el profesor Miguel Reale, uno de los grandes jusfilósofos del siglo XX. Había nacido en el mismo Estado de San Pablo donde murió, el 6 de noviembre de 1910. Junto a otros grandes jusfilósofos, como Eduardo García Mázquez, Luis Recasens Siches, Carlos Cossío y Werner Goldschmidt, el profesor Miguel Reale formó parte del momento más brillante y original del desarrollo de la disciplina en América Latina. Pese a los relevantes debates que a veces los separaron, todos ellos expresan una profunda afinidad que puede ser nombrada en sentido genérico como tridimensionalismo, la designación que Reale dio a su propia construcción jusfilosófica referida a hechos, valores y normas.

La gran obra del maestro brasileño dio al pensamiento de su país una destacada voz en el panorama jusfilosófico internacional. Reale concebía a la Filosofía como autoconciencia de un pueblo¹ y logró dar a su producción un claro carácter afín con la cultura brasileña².

El tridimensionalismo realeano se edifica en diálogo con Kant, Husserl y Heidegger. Desarrolla una dialéctica de complementariedad conforme a la cual la regla de Derecho representa una integración continua de factores sociales y valores correlacionados según estructuras siempre sujetas a cambios históricos³. Sus intereses principales abarcaron el Derecho, la Política, la Historia y la Literatura. Al fin, el acto de conocimiento es para Reale un acto cultural; su obra se inscribe en la gran corriente culturalista.

La larga trayectoria de Reale abarca diversas actividades: la política, legislativa y administrativa, en cuyo marco fue Secretario de Justicia de su Estado natal e inspirador del nuevo Código Civil brasileño⁴; la académica en la que fue catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de San Pablo, cargo que ganó en 1941, y Rector de esa Universidad y, en lugar también muy destacado, la de apertura de nuevos senderos al pensamiento plural, como lo evidencian la fundación, en 1949, del Instituto Brasileño de Filosofía (IBF), que publica

1 REALE, Miguel, "Pluralismo e Liberdade", San Pablo, Saraiva, 1963, págs. 47 y ss.

2 Es posible v. *Philosophy in Latin America*, La Filosofía en Latinoamérica: Originalidad y Método, Ricardo Vélez Rodríguez, <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Lati/LatiRodr.htm> (8-12-2006).

3 Segundo Reale "quando um determinado número de valores incide sobre o fato social, dá lugar a várias soluções normativas (por exemplo, vários projetos de lei) uma das quais se converte em norma legal, devido à escolha decisória do Poder" (Variações sobre o poder, Miguel Reale, <http://www.miguelreale.com.br/artigos/varpod.htm> –8-12-2006–).

4 Puede v. nuestro artículo "Directrices iusfilosóficas del nuevo Código Civil brasileño", en "Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina", 11 de diciembre de 2002, págs. 13/19; 2002-IV, págs. 1303 y ss.

desde 1951 la “Revista Brasileira de Filosofia”, y la organización de numerosos encuentros filosóficos, dando en todos los casos amplia participación a diversas corrientes de opinión. Fue un generoso promotor del pensamiento, sea cual fuere la orientación que éste desarrollara.

Entre las obras más difundidas del gran pensador brasileño cabe mencionar: “*Filosofia do Direito*” (1^a. ed., San Pablo, Saraiva, 1953; 18^a. ed. 1997); “*Pluralismo e liberdade*” (San Pablo, Saraiva, 1963); “*O direito como experiência*” (1^a. ed., San Pablo, Saraiva, 1968; 2^a. ed., 1992); “*Experiência e cultura*” (1^a. ed., San Pablo, Grijalbo/Edusp, 1977; 2^a. ed., Campinas, Bookseller, 2000); “*Verdade e conjectura*” (Río de Janeiro, Nova Fronteira, 1983) y “*Teoria tridimensional do direito*” (1^a. ed., San Pablo, Saraiva, 1968; 4^a. ed., 1986). Parte de la bibliografía realeana ha sido traducida a otros idiomas, incluyendo el español⁵.

La vida y la obra de Reale quedan como una expresión de luz que debe orientar al pensamiento jusfilosófico latinoamericano, sobre todo si éste desea referirse a la región en que se desarrolla.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

5 Amplia información acerca de la vida y la obra de Miguel Reale puede obtenerse en: Miguel Reale, <http://www.ensayistas.org/filosofos/brasil/reale/> (8-12-2006); también es posible c. por ej. Folhaonline, 14/04/2006, Jurista Miguel Reale morre aos 95 anos em São Paulo, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u77553.shtml> (8-12-2006); Antígona, Sexta-Feira, Abril 14, 2006, <http://antigona-iji.blogspot.com/2006/04/faleceu-miguel-reale.html> (8-12-2006).

DIFICULTADES HISTÓRICO-JURÍDICAS PARA LA INTEGRACIÓN EUROPEA

CARLOS MANUEL ÁLVAREZ CHICANO *

I. Introducción

Escribe, acertadamente, Denis de Rougemont que la historia de la unidad europea va del Mito al Hecho pasando por las utopías. De esta afirmación deduce algunas conclusiones principales fundamentales. Sostiene que, en efecto, Europa es mucho más antigua que las naciones o pueblos que la integran, pero que corre el peligro de perecer a causa de su desunión y de las repetidas pretensiones de individualidades hegemónicas. Mientras que su unión la salvaría.

Por otra parte, no debe olvidarse, recuerda, que Europa ha ejercido desde su origen una función no sólo universal sino universalizante. Y así, durante un período esencial de la Historia, no sólo fomentó una noción del mundo, sino que procedió a su exploración y a suministrarle los medios intelectuales, técnicos, y políticos necesarios¹. Europa siempre ha buscado una expansión de sus valores, y cultura más allá de sus fronteras; creyéndose que tenía no sólo derecho a hacerlo, sino casi una obligación.

Por lo demás, la Europa unida no es, únicamente, un expediente moderno, económico o político, sino que es un ideal que aprueban desde hace más de mil años todos sus espíritus selectos, aquellos que han visto a lo lejos. Ya Homero calificaba a Zeus de *europos*, adjetivo que significaba, *el que ve a lo lejos*. Sin embargo, el verdadero medio de definirla es construirla. Más que de delimitarla en el tiempo de la Historia y del espacio terrestre, se trata de renovar sin cesar la radiación de su genio particular que resulta ser precisamente universal².

* Profesor de Formación y Orientación Laboral e Investigador de la Universidad de Málaga.

1 PELÉZ MARÓN, José Manuel, “Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea”, Madrid, Tecnos, págs. 17/20.

2 «Durante su brumoso amanecer, Europa fue un continente sin nombre. Éste aparecerá después; por ello la etimología puede arrojar alguna luz, si bien incierta, sobre el origen de dicha denominación.

La procedencia etimológica del nombre de Europa ha sido objeto de una encendida polémica. Sin embargo, dos son básicamente las posturas mantenidas al respecto: la de los defensores del origen semítico de dicha denominación y la de los que se pronuncian a favor de su carácter helénico. Para los segundos –cuya tesis han acabado imponiéndose–, la raíz estaría en *europé*, que equivale a “mirada profunda” y también a “ojos grandes”». Id.

Si hay algo que caracteriza a Europa es ser un continente “viejo”; pero no como, tristemente, se entiende en la actualidad sino en el sentido de profundo, un continente cuya historia se remonta al principio de los tiempos,

II. El nacimiento de Europa

Los países que forman la Unión Europea se desarrollaron en una cultura, fundamentalmente, marítima a orillas del Mar Mediterráneo³. Es una civilización abierta al mundo, con un profundo sentido comercial, y formada por múltiples componentes, principalmente: griegos, romanos, judeocristianos, germanos e islámicos, en España. Las dificultades de integración cultural europea⁴ se basan en la armonización de tan variadas influencias y las tensiones, inevitables que, a veces, se producen en su confluencia. Incluso dentro de un mismo país se han desarrollado de manera distinta. Así, en España, tras la invasión musulmana, mientras que desde el Norte los territorios sobrevivientes del periodo visigodo iniciaban la Reconquista, Andalucía se mantuvo bajo el dominio islámico desde el año 711 hasta 1492.

A continuación faremos un breve recorrido, por los elementos más significativos de las diferentes tradiciones que se asentaron en Europa. Después, nos referiremos a la problemática

una tierra que a pesar de su antigüedad no quiere ser apartada de la vanguardia mundial, y que quiere mantener una identidad propia y única, a pesar de la multitud de pueblos que la habitan.

«*Es de subrayar el dato de que en las leyendas en las que se nombra a Europa subyace la idea de la búsqueda de una identidad y destino históricos.*

En la tesis helénica, la pista más antigua la proporciona Hesíodo (S. VII a. de C.) quien en su Theogonía (verso 357) introduce la palabra Europa para denominar a una de las tres mil oceánidas (ninfas del mar), hija de Océano y Tetis.

Hasta aquí, Europa sólo es una palabra, un nombre, y también una referencia al mar primigenio. Después vendrá el mito: una princesa fenicia raptada por Zeus que adopta, en la ocasión, la forma de toro blanco. Un hermoso mito, sin duda, pero también enigmático. Quizá más enigmático que otros». Id.

Europa comparte tantas aportaciones culturales diferentes que sólo se puede entender su unión, no por razones geográficas, por ser un continente, ni tampoco por el mar que las unen, lo es sólo por una voluntad, más aún, por una vocación de todas las civilizaciones de las que se ha nutrido.

El expansivo humanismo griego, la juridicidad y el imperialismo romano, y el universalismo cristiano componen los elementos que integran la masa crítica de cuya explosión resulta literalmente Europa.

«*Las luchas, los enfrentamientos que se han venido sucediendo en el solar europeo no desaparecerán aplastados por la bota totalitaria de cualquier nacionalismo hegemónico. La idea, la vocación de unidad, seguirá anidada en la memoria colectiva. Se trata en cualquier caso, de una dimensión del espíritu. Una vocación que a pesar de múltiples fracturas dolorosas se perpetúa en el tiempo, porque siempre se han alzado hombres que han oteado el horizonte y han visto más lejos que otros. Son estos hombres los que han vertebrado la conciencia de Europa, porque, para bien y, a veces, para mal, estaban por delante del resto y porque la conciencia es siempre lo que está más allá y por encima de lo cotidiano. La historia de Europa es la de estos europeos de vanguardia. Es la historia de la idea de Europa, sin la cual ni siquiera existiría la palabra».* Id.

3 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases culturales de la ampliación de la Unión Europea y de la relación de la Unión con América Latina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 101 y ss.

4 Un preciso estudio sobre las dificultades culturales para la integración europea p. v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases culturales del Derecho Argentino”, en “Revista...” cit., N° 27, págs. 101/112; “Bases culturales de la ampliación...” cit., págs. 113/127.

de la ampliación actual⁵. En la actualidad cobra gran importancia la llegada de emigrantes de diversas partes del mundo a la Unión Europea, conservando gran parte de sus propias costumbres e idiosincrasia. El tratamiento de estas minorías se puede hacer de muchas maneras. El que consideramos más adecuado es el reconocimiento del multiculturalismo, que abordaremos más adelante. Explicaremos los problemas que suscita tal planteamiento: sus características, cómo defiende el pluralismo de valores, lo que significa, la forma en que creemos que deben ser tratadas las distintas culturas y etnias que conforman Europa, y la necesidad de considerarlas como entidades valiosas en sí mismas, sin que tengan por qué establecerse comparaciones entre ellas, ni calificarse como superiores o inferiores. Por último, extraeremos las conclusiones oportunas.

III. Tradición cultural europea

Grecia aporta la filosofía con su inacabable amor a la sabiduría. En su arte se vislumbra gran parte de su legado filosófico, el deseo de disfrutar de la vida en un sereno equilibrio, la tensión entre la armonía dionisiaca y la explosión vital dionisíaca⁶.

El legado romano tiene un eminentemente sentido práctico e individualista. Original en el derecho y de sobresaliente eficiencia en las construcciones y obras públicas, fue sobre todo una cultura de síntesis, capaz de aglutinar las aportaciones espirituales, sociales y económicas de los pueblos que formaron parte de su Imperio. Roma creó así un sistema armónico, integrador del pensamiento griego y de las tradiciones culturales del Mediterráneo oriental, donde hizo acto de presencia histórica el Cristianismo, aportando a Occidente un orden jurídico, la paz romana, un desarrollo político-económico y, en suma, un clima espiritual en el que se dieron cita los que han sido considerados mejores logros del espíritu humano: “La metafísica griega, el derecho romano y la religión de Israel (dejando de lado su origen y destino divinos) son los tres productos más gigantescos del espíritu humano (Zubiri, Naturaleza, Historia, Dios)”⁷.

El legado judeocristiano, que se convierte especialmente “europeo” y occidental en el cristianismo, se apoya en la creencia popular judía en un Dios único, creador, persona, omnisciente y omnipresente. El ser humano sólo adquiere su verdadero sentido en su unión con Dios.

A fines de la Edad Antigua se produce el ingreso de los germanos procedentes del norte de Europa. Cuando Roma cayó bajo el dominio germano, se llevó a cabo la fusión entre las legislaciones y costumbres romanas y bárbaras⁸. En los pueblos germánicos la compatibilidad

5 CIURO CALDANI, “Bases culturales del Derecho...” cit., pág. 117.

6 Íd.

7 ESCUDERO, José Antonio, “Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas”, Madrid, Universidad Complutense, 1985, págs. 113/137.

8 TUSSELL, Javier y AVENTIN, Mercé, “Historia de las Civilizaciones. Los orígenes de la Edad Media”, Barcelona, Larousse, 1997, págs. 337/395.

del interés individual en la comunidad adquiere considerable significación, que se descubre en sus más antiguas instituciones. Así, las comunidades políticas germanas estaban formadas por grupos familiares integrantes de la llamada Sippe, palabra que hace referencia tanto a la comunidad de parientes de sangre de una determinada persona, como más específicamente a la organización agnática propia de quienes descienden en línea masculina común. En este último sentido, la Sippe constituye una unidad jurídica con notables repercusiones de carácter penal, y así la muerte de uno de sus miembros legitima a los restantes para ejercer la venganza de sangre (Bultrache) o para reclamar la composición económica (Wergeld) que habrá de ser distribuida entre sus miembros. Además el conjunto de derechos y deberes de la comunidad parental puede hacerse extensivo a extraños mediante la llamada fraternidad artificial, formalizada por el juramento y la mezcla simbólica de sangre de quienes oficialmente se hermanan. Tal institución, característica de los derechos nórdicos, existió también entre los eslavos y otros pueblos europeos bajo las formas predominantes de comunidad militar y económica.

Las zonas europeas del Sur, con mayor presencia romana suelen ser más individualistas y a poseer menos sentido de lo común; las del Norte, con mayor presencia germana, suelen equilibrar el individualismo con el sentido de la colectividad⁹. Ello se traduce en una mayor cantidad de servicios sociales estatales en los países del Norte que del Sur, con una mentalidad más redistributiva y veladora del interés colectivo pero, como contrapartida, lógicamente, recaudando más impuestos a sus ciudadanos. También se denota en una mayor presencia de elementos nacionalistas en los países del sur, especialmente en España, en la que se transluce una progresiva búsqueda de una identidad propia de sus regiones. Lo que en principio no tiene por qué ser negativo, pero quizás sí el desvincularse del proyecto común que representa España como nación, en un mundo que cada vez más busca la integración. En cambio, en otros países del Norte, se vive el proceso inverso, una progresiva unión de sus regiones, buscando la reafirmación de un destino común, de todas las regiones, como es el caso de Alemania.

La conversión de los germanos al cristianismo sirvió de puente entre la Edad Antigua y la Moderna¹⁰. Seguramente es Inglaterra el país que ha logrado una mejor síntesis entre lo romano y lo germánico.

Tras un período de desorden y confusión se inició la recomposición de la cultura occidental con el imperio de los frances, base del Sacro Imperio Romano Germánico, sintiéndose continuador de la herencia cultural occidental¹¹.

La caída del Imperio Romano no supuso la destrucción de sus elementos esenciales; por

9 CIURO CALDANI, “Bases culturales del Derecho...” cit., pág. 117.

10 CIURO CALDANI, “Bases culturales de la ampliación...” cit., pág. 104; CIURO CALDANI, “Bases culturales del Derecho...” cit., pág. 117.

11 Íd.

el contrario, lo que de organización internacional hubo a partir de su desaparición encontró en aquél los fundamentos de su operatividad. Es bien cierto la existencia de un rico y variado mosaico de reinos feudales que, de hecho, funcionaban con casi absoluta independencia unos de otros; pero es igualmente comprobable que todos ellos eran depositarios, en mayor o menor medida, de un conjunto de elementos comunes: los religiosos, los culturales, los jurídicos, e, incluso, los políticos. Un mundo, en suma, de diversidades en la unidad o de cierta unidad en la diversidad. La existencia de la unidad religiosa, mantenida viva por el Papado, quizás permitiera la continuación de la idea de Imperio, aunque con consistencia relativamente más formal.

Stadt Müller, en imagen gráfica, ha escrito que «*el sistema medieval de los estados occidentales se asemeja a una eclipse, alrededor de cuyos dos focos, el Pontificado y el Imperio, se agrupan todos los Estados*»¹². Bajo estos dos focos se iba a mantener la idea de la continuidad del Imperio Romano y de todo cuanto éste había representado. El mismo San Agustín, en su *De Civitate Dei*, trata un auténtico esquema político de la Edad Media; ciertamente la parte central de su tesis ya está explicitada en el *Contra Celso* de Orígenes, pero San Agustín extremará las conclusiones: existen dos ciudades, fundadas por Caín (el amor de sí mismo hasta el olvido de Dios) y Abel (el amor de Dios hasta el desprecio de sí mismo). Presentará a la ciudad terrena sometida y sojuzgada a sus propias tendencias y pasiones en una lucha por conseguir un ideal estable, lo que le está vedado por su naturaleza mudable e inestable. Por el contrario, la ciudad de Dios sí se presta al ideal de paz, orden y estabilidad al haber sido creada por Cristo y encontrarse materializada en el Imperio cristianizado.

En esta imagen, es imposible separar la ciudad celestial de la ciudad terrena: ambas conviven y se necesitan. No puede establecerse un criterio diferenciador entre quién pertenece a la primera o a la segunda. Sólo Dios sabe quiénes son sus hijos. Si ambas ciudades han de vivir juntas, las dos deben cooperar a un buen funcionamiento, cooperación que sólo puede establecerse en la medida en que la ciudad terrestre apoye la realización en la vida de la ciudad celestial. No puede afirmarse que San Agustín pretendiera un sometimiento al Imperio a la Iglesia, pero sí parecía previsible que de su teoría se pudiera llegar a afirmar ese sometimiento. Lo más importante del pensamiento de San Agustín es la teorización, pese a su división de las dos ciudades, en torno a una íntima unidad de lo terreno y lo espiritual. De una u otra forma, en la Edad Media había de producirse, pues, un «*régimen de íntima compenetración, afirma Truyol, de lo temporal y espiritual*»¹³.

Hasta cierto punto, apostilla Alejandro Carrión, el mundo de las ideas políticas de la Edad Media puede representarse en un movimiento pendular en el que sucesivamente, esta

12 STADTMÜLELER, G., “Historia del Derecho Internacional Público”, Madrid, 1961, cit. por RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 26.

13 TRUYOL Y SIERRA, “Génèse et fondements spirituels de l’ idée d’ une Communauté Universelle”, Lisboa, 1958; “Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado”, 2 vols., Madrid, 1982, cit. por RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 27.

duplicidad va a intentar conseguir la unidad a través de un sometimiento del Imperio al Papado o del Papado al Imperio. Como afirma, el profesor de la Universidad de Málaga, la Edad Media registra un movimiento continuado de dicho péndulo en la pugna entre ambas posiciones¹⁴.

Al coronarse Carlomagno comienza, en cierto modo, el Sacro Imperio Romano, cuyo nombre revela la propia tensión de la cultura occidental. El Sacro Imperio tenía una base agrícola y militar. Su estructura feudal se fundamentaba en “convenios” de vasallaje. La fe común era el elemento cohesionador del Imperio. Una de las principales claves del poder de la Iglesia era su capacidad de excomunión, que imposibilitaba al excomulgado obtener la obediencia de sus vasallos al anular el vínculo que les unía. Con lo cual la dependencia y el poder de la Iglesia sobre la nobleza era obvio, hasta el punto de poder disolver y dejar sin efecto aquello que les hacía poderosos. «*Cabe recordar la célebre “humillación de Canossa”, impuesta por el Papa Gregorio VII al Emperador Enrique VII. El Pontífice sostuvo que sólo el Papa podía instalar o destronar a un rey y validar cualquier propiedad*»¹⁵.

Aproximadamente en el siglo XI en el centro de la actual Unión Europea aparecieron las primeras Universidades. En esa época se inició un gran resurgimiento del saber. Las necesidades capitalistas, impulsaban el desarrollo de las ciencias, y de técnicas e instrumentos que maximizaran la producción económica. Ello se traduce en la formación de las ciencias naturales y exactas¹⁶.

Avanzado el siglo XIII, aparece la figura de Santo Tomás de Aquino que elabora una magistral síntesis entre la filosofía aristotélica y la fe cristiana.

El nacimiento de la Edad Moderna se sitúa con la caída del Imperio Romano de Oriente en poder de los turcos, esta caída facilitó la llegada del Renacimiento en el Occidente. Con su aparición el hombre se convierte en centro del universo.

En el orden de las ideas, el origen de la Edad Moderna, como nos ilustra Tomás Melendo, Heidegger lo precisa de la siguiente manera «*el hombre pasa a ser a aquel existente el cual se funda todo lo que existe por lo que se refiere a su ser y a su verdad*»¹⁷ (a su significado y a su sentido). «*Pero eso, sólo será posible si transforma la totalidad de lo existente. ¿En qué se muestra esa transformación?. ¿Qué es, de conformidad con ella, la esencia de la Edad moderna?*». Respuesta, que dará paso a sucesivas indagaciones: «*La totalidad de lo que existe se transforma ahora de suerte que lo existente empieza a ser y sólo es si es colocado por el hombre que representa y elabora*»¹⁸. Es cuando el racionalismo empieza a prevalecer de forma

14 Íd.

15 CIURO CALDANI, “Bases culturales del Derecho...” cit., pág. 117.

16 CIURO CALDANI, “Bases culturales de la ampliación...” cit., pág. 103.

17 Este tema se encuentra profundamente tratado en el libro de MELENDO, Tomás, “Dignidad humana y bioética”, Eunsa, 1999, págs. 58/70.

18 HEIDDEGGER, Martín, “La época de la imagen del mundo”, en “Sendas Perdidas”, 3^a ed., Losada, Buenos Aires, 1979, pág. 83, cit. por MELENDO, op. cit.

evidente. Recuerda, de forma certera, René Guénon que el racionalismo propiamente dicho se remonta a Descartes, con lo cual puede resaltarse el hecho de que, desde su origen mismo se vea asociado con la idea de una física “mecanicista”; por otra parte, el protestantismo ya le había dejado el camino expedito al introducir en la religión, junto con el “libre examen”, una especie de racionalismo, si bien la palabra todavía no había sido inventada, cuando la misma tendencia llegó a afirmarse de manera más explícita en el campo filosófico. En todas sus formas, el racionalismo se define fundamentalmente por la creencia en la supremacía de la razón, erguida en categoría de verdadero “dogma”, e implicando asimismo la negación de todo cuanto es supraindividual y sobre todo de la intuición intelectual pura, lo que entraña lógicamente la exclusión de todo verdadero conocimiento metafísico¹⁹.

El Renacimiento hizo reaparecer el legado grecorromano y la Reforma, con sus diversas acepciones, diferenciaba el horizonte cristiano occidental. Mientras Lutero afirmó el despliegue judeocristiano en relativa concordancia con el sentido germano, Calvin significó la búsqueda de una adaptación del elemento judeocristiano ante el capitalismo²⁰. Los pueblos del sur con menor sentido de lo común, permanecieron en la comunitaria Iglesia romana y a menudo quedaron feudales; los del norte con fuerte perspectiva común, pudieron desenvolver la más o

La mejor manera de acercarnos a la significación del principio cartesiano es comparándolo con otra, en apariencia coincidente, de San Agustín. Cuando Agustín de Hipona acuña su “*si enim fallor, sum*” (si me equivoco existo), como base inquebrantable para superar todo escepticismo, está sosteniendo lo que una persona corriente entendería por tales expresiones. A saber: 1) Para equivocarse, es necesario existir; 2) yo me equivoco; 3) luego yo existo.

A pesar de su aparente similitud, magistralmente, Melendo pone de manifiesto la diferencia entre uno y otro principio: 1) La primera, que el filósofo francés, conocedor sin duda del principio agustiniano, así como del papel que desempeña en el conjunto del pensamiento al que anima, asegure, sin embargo, que el *cogito ergo sum* inaugura una nueva edad especulativa distinta de la que precede. 2) La segunda, la negativa expresa de Descartes a aproximar entre sí los dos principios que estamos comentando. Nuestro autor niega cualquier conexión entre ambos postulados. 3) La tercera y definitiva, porque es la clave que explica las otras dos, que en “*Sur les cinquièmes objections*” Descartes niega que el *cogito ergo sum* componga un razonamiento, para sostener que constituye una verdad primera no derivada de ninguna otra y, en este sentido, una intuición. Esto se ha interpretado de una manera que no es la más acertada. «La interpretación más frecuente del aserto cartesiano lo aproxima como sugeríamos, al de Agustín de Hipona, concibiéndola como una razonamiento no expreso en el que se sobreentiende la premisa mayor. Puesta en forma, de manera semejante a lo que hicimos con la de San Agustín, esta argumentación sería: 1) Para pensar, es preciso existir; 2) yo pienso; 3) luego yo existo. Pues no. No es esto lo que Descartes afirma. Nuestro filósofo niega toda relación entre su descubrimiento y el de Agustín de Hipona, y al defender el carácter intuitivo del *cogito*, *ergo sum*, rechaza su presunta índole de razonamiento implícito. Pero al hacerlo, no puede sino estar eliminando la premisa mayor de semejante supuesto raciocinio (“para pensar es necesario existir”), por cuando la menor y la conclusión se encuentran expresamente recogidas en el texto. Con lo cual tenemos una afirmación que se opone a la filosofía precartesiana y al propio sentido común, lo que Descartes sostiene es que el pensamiento no exige previamente, con prioridad, la existencia sino que es el propio pensar (o la conciencia en cualquiera de sus manifestaciones) lo que confiere su realidad a lo pensado». MELENDO, op. cit., págs. 58/70; DESCARTES, René, en “*Sur les cinquiémes objections*”, en “*Oeuvres complètes*”, t. IX, Adam-Tannery, págs. 205/206.

19 GUÉNON, René, “El reino de la cantidad y signo de los tiempos”, Barcelona, Paidós, 1997, págs. 84/85.

20 CIURO CALDANI, “Bases culturales del Derecho...” cit., pág. 118.

menos intensa individualidad de la Reforma y alcanzaron un diversificado desenvolvimiento capitalista y burgués.

Cuando los intereses de la burguesía no convergían con los de la monarquía ésta intentó deshacerse de ella o, al menos, reducir su poder. Entonces se produjeron las revoluciones burguesas. En este sentido cabe mencionar la Revolución Francesa que fue desde la igualdad, libertad y fraternidad hasta la libertad patrimonial del Código de Napoleón (1804). Al caer el Imperio napoleónico se produjo una reacción irracionalista y emotivista en el Romanticismo, principalmente en Alemania en contraposición con el sentido racional y empírico de la Ilustración predominante en el siglo XVIII²¹.

En el siglo XIX, en la Alemania todavía no unificada, comenzó la conversión de la idea de Estado moderno en “Estado nacional”. La evolución del capitalismo llevó a la Revolución Industrial y en el siglo XX al protagonismo de la industria le sucedió el capitalismo financiero dominante a finales de esa centuria. La búsqueda del equilibrio apoyó el desenvolvimiento del *Estado de Derecho*²².

Como, lúcidamente, comenta Ciuro Caldani, a partir la segunda mitad del siglo XX empezaron a producirse transformaciones a una velocidad desconocida anteriormente. La magnitud del cambio, todavía indefinido, ha llevado a considerar el nuevo tiempo como simplemente posterior a la modernidad. En este sentido cabe hablar de “postmodernidad”²³. «*La gran variación histórica surgió sobre todo por impulsos de las fuerzas y las relaciones de producción que motivaron la superación de los moldes de los Estados nacionales. La comunicación electrónica y la enorme capacidad de información revolucionan los medios tradicionales. La estabilidad de las burguesías nacionales se ha conmovido en un proceso que incluye, por un lado integración y, por otro, la globalización/marginación*»²⁴. Y es, precisamente, la Unión Europea el proceso de integración más avanzado y exitoso²⁵.

IV. La ampliación europea actual

En la actualidad se ha producido una relativa superación de las tensiones francoalemanas que generaron la Unión Europea²⁶.

Una de las características principales de las últimas ampliaciones²⁷ es que los países no

21 Íd., págs. 119/120.

22 Íd.

23 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, págs. 125/126.

24 Íd.

Íd.

25 Íd.

26 CIURO CALDANI, “Bases culturales del Derecho...” cit., pág. 121.

27 2004: 1 de mayo: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Malta y Chipre, se incorporan a la unión.

sólo son diferentes entre sí sino también significativamente distintos del núcleo originario y también del ámbito actual. El elemento común más importante que va a tener la Unión con la ampliación es el judeocristianismo, en sus distintas versiones, haciéndose sobre todo relevante la influencia de la Iglesia Católica. La influencia grecorromana en los nuevos territorios es menor, se trata de modo predominante de pueblos eslavos, bálticos e incluso cabe destacar la presencia magia²⁸.

Partes de los países de la ampliación no vivió la recepción del Derecho Romano Justiniano, el Renacimiento, la Reforma, las revoluciones políticas burguesas y la Revolución Industrial. Además gran parte de la zona fue parte del Imperio Ruso y de la antigua U.R.S.S. El nuevo espacio tiene menos tradición democrática, de capitalismo, de propiedad privada y libertad de contratación y de derechos humanos²⁹. Como establece el profesor de la Universidad Nacional de Rosario: «*El gran desafío de la complejidad europea lleva a señalar también que la pluralidad lingüística y la diversidad económica del espacio integrado han aumentado. El nuevo ámbito europeo tendrá menos carácter marítimo mediterráneo que el anterior*»³⁰.

En la actualidad uno de los mayores retos de la Unión Europea es la posible incorporación de Turquía y dada su importancia, por su población (sólo superada por Alemania) y su situación estratégica, analizaremos, con profundidad, el estudio de su posición.

Desde su surgimiento como estado independiente, tras la desintegración del Imperio otomano, luego del final de la Primera Guerra Mundial, Turquía ha desarrollado una política orientada a un acercamiento político y cultural con la civilización occidental. El territorio que actualmente corresponde al estado turco, fue cuna y base de dicha civilización desde los últimos siglos de la era anterior, hasta el siglo XV de nuestra era. A partir de allí la zona estuvo bajo dominio de la cultura musulmana, representada por el Imperio Otomano, que llegó a ocupar gran parte de la costa del mar Mediterráneo, desde el norte de África hasta los Balcanes, pasando por Oriente Medio y llegando en un momento dado hasta las puertas de Viena³¹.

Como resultado de estos acontecimientos y tras el paso de los siglos, la cultura occidental y la religión cristiana pasaron a formar parte de una minoría de ciudadanos que convivía de manera pacífica bajo la regla otomana en la parte de Europa correspondiente al actual territorio turco. A principios del siglo XX, tras la desaparición del Imperio en la I Guerra Mundial, se introdujeron medidas revolucionarias que cambiaron en un par de décadas arraigadas costumbres sociales, llevando al país por el sendero marcado por las instituciones

2006: 26 de septiembre: se admite, con condiciones, la adhesión de Bulgaria y Rumania.

28 CIURO CALDANI, “Bases culturales de la ampliación...” cit., pág. 107.

29 *Íd.*, págs. 107/108.

30 *Íd.*, pág. 108.

31 Turquía y la Unión Europea, [http://www.es.wikipedia.org/wiki/Turqu%C3%A3a_y_la_UE#Europeizaci%C3%B3n_de_Turqu%C3%A3a_\(30-7-2006\)](http://www.es.wikipedia.org/wiki/Turqu%C3%A3a_y_la_UE#Europeizaci%C3%B3n_de_Turqu%C3%A3a_(30-7-2006)).

de carácter occidental³².

Se dispuso el reemplazo del alfabeto árabe por el latino. Se introdujo un nuevo código civil, inspirado en el suizo. Además se adoptaron las maneras y la moda europea, se introdujeron reformas en la jerarquía de género, llegando a conceder el derecho de voto a la mujer antes que algunos países europeos, se proclamó el domingo como día de descanso, se abolió la poligamia, se sustituyó el calendario musulmán por el calendario gregoriano³³.

Si bien la cultura y la religión musulmanas, siguieron teniendo una presencia mayoritaria en la población, varias de las reformas lograron arraigo en la población turca, de manera destacada en los habitantes de las grandes ciudades del país. El gobierno turco ha puesto en marcha múltiples medidas reformistas encaminadas especialmente a colocar el estado turco en sintonía con los parámetros que le impone la Unión Europea, para acoger a Turquía como un estado de pleno derecho dentro de la Unión. Dentro de las reformas destaca la abolición de la pena de muerte y el paulatino progreso en el respeto de los derechos de la población de kurdos en el este del país.

El acercamiento cultural ha ido acompañado de un incremento de las relaciones comerciales y políticas, hasta llegar al momento actual donde la Unión Europea (UE) es el principal socio comercial de Turquía³⁴.

A pesar de que progresivamente se ha ido acercando a Occidente son muchas las diferencias que aún guarda con él. Una de los principales sería su religión, la musulmana, con diferencias básicas con la católica y protestante. Y quizás las excesivas prisas, por parte de los gobernantes europeos, de incorporarla a la Unión ha sido una de las causas por las que se rechazó la Constitución Europea. Más aún, después de las tergiversadas informaciones sobre la religión musulmana que suelen llegar a la población, que nada tienen que ver con la virtud y conocimiento, demostrada en tantos campos, por los practicantes de la religión musulmana durante siglos. Es posible que en estos momentos sea pronto para la incorporación de Turquía a la Unión Europea, y este país deba mejorar el respeto a las minorías que lo pueblan, como a los kurdos; pero sus peculiaridades culturales no deben ser un obstáculo, sino ser debidamente integradas y respetadas. Por consiguiente, debido a su importancia estratégica y posición geográfica, sería muy bueno su incorporación a la Unión Europea para la estabilidad de la delicada zona que ocupa este estado. Sería una vía de comunicación entre el mundo occidental y oriental, y podría ser mediador entre los conflictos políticos y choques culturales que se producen entre Oriente y Occidente.

Otro de los retos importantes de la Unión Europea es la incorporación de Rusia. Posiblemente Rusia³⁵ no podrá ingresar en la UE, al menos durante las próximas décadas,

32 *Íd.*

33 *Íd.*

34 *Íd.*

35 Ampliación de la Unión Europea, http://enciclopedia.us.es/index.php/Ampliaci%F3n_de_la_Uni%F3n_Europea#Rusia.2C_Ucrania.2C_y_otras_republicas_ex-sovi.E9ticas (28-7-2006).

debido a que su tamaño supondría un grave contrapeso que desequilibraría el balance interno de la Unión, y su diferente orientación económica e industrial podría desestabilizar ambas zonas. Bielorrusia, Moldavia, con sistemas cercanos a Rusia, permanecerán probablemente fuera de la UE.

El nuevo gobierno de Ucrania ha anunciado su camino de acercamiento a la UE y su petición en el futuro de ingreso. Georgia y Armenia han afirmado en muchas ocasiones su vocación europea y plantean su ingreso en la UE a medio plazo. Éste será posible en la medida que se afirme su sistema democrático y se solucionen sus problemas fronterizos, aunque tiene como estímulo el proceso de las tres repúblicas bálticas ex-soviéticas Lituania, Letonia y Estonia que ya son miembros de la UE.

V. Multiculturalismo

Nos preguntamos ahora cómo conciliar tan rico mosaico de culturas, no sólo en Europa considerada como una unidad, sino dentro de los países que la componen, debido a los emigrantes que están llegando tanto de los países pobres europeos a los más ricos, como de otros fuera de Europa; y examinaremos si el multiculturalismo puede ser adecuado para tratar tanta diversidad³⁶.

El multiculturalismo se propone como adecuado para aquellas sociedades en las cuales existen variadas comunidades culturales estables, que tienen la voluntad y capacidad de perpetuarse³⁷. Aunque sostiene el derecho a la no discriminación, el multiculturalismo acentúa la importancia de la acción política de dos juicios evaluativos. En primer lugar, en la creencia de la interdependencia de la libertad individual y la prosperidad del grupo cultural al cual pertenecen los individuos. En segundo lugar, surgen de la afirmación del pluralismo de valores, que considera la validez de los diversos valores que se manifiestan en las prácticas de los grupos culturales, sin que deban ser unos mejores que otros, ni necesariamente compatibles³⁸. Nos detendremos en este último punto, que merece ser suficientemente explicado.

1) Significación del pluralismo de valores

Dentro del campo social, Berlín afirma que determinados conflictos de valores no tienen una solución correcta a priori. Los valores no se encuentran en una jerarquía que nos permita decantarnos por alguno en particular, es una elección en la que la opción por uno puede ocasionar perdidas irreparables del otro. Piensa que la causa es que los grandes bienes de la humanidad no tienen por qué poder coexistir armoniosamente porque pertenecen a categorías

36 Íd.

37 RAZ, John, "The Morality of Freedom", Oxford, Oxford University Press, 1986, pág. 187.

38 Íd., pág.191.

differentes. Se puede producir un choque de valores entre culturas o en un mismo individuo. La justicia, la justicia rigurosa, es para algunas personas un valor absoluto, pero no es compatible con lo que puede ser para ella valores no menos fundamentales (la piedad, la compasión en ciertos casos concretos). Las colisiones, aunque no puedan evitarse, se pueden suavizar³⁹. «*Las pretensiones pueden equilibrarse, se puede llegar a compromisos: en situaciones concretas no todas las pretensiones tienen la misma fuerza, tanta cuantía de libertad y tanta de igualdad, tanto de condena moral y tanto de comprensión de una determinada situación humana. Deben establecerse prioridades, nunca definitivas y absolutas*»⁴⁰.

La incommensurabilidad se suele confundir, erróneamente, con el relativismo y el subjetivismo. Una sostiene que nuestros juicios morales forman parte de visiones globales del mundo, tan diferentes entre sí que son mutuamente inteligibles. Esta concepción la interpreta como si significara que nuestras concepciones morales están incorporadas a particulares visiones del mundo. De ahí que no podemos razonar sobre ellas. Más bien cada uno de nosotros está atrapado en cada una de aquellas visiones, podría llamar relativismo a esta concepción. Sin embargo el subjetivismo concibe que cuando los valores que pertenecen a órdenes distintos entran en conflicto, no es la razón si sólo nuestras preferencias personales o nuestros deseos pueden resolver la cuestión. J. Gray nos comenta que lo que estas interpretaciones tienen en común es la creencia en que no pueden hacerse elecciones racionales entre valores incommensurables, en cambio lo que el pluralismo de valores sostiene es que entre valores incommensurables pueden hacerse elecciones racionales incompatibles que sean correctas⁴¹. Esta afirmación es paradójica. Parece implicar una tolerancia que la contradicción lógica prohíbe. Gray sustenta que puede ser que el bien no pueda tener contradicciones, pero se nos muestra en modos de vida o en situaciones que son incompatibles. «*Los conflictos de valores no tienen porqué expresar ninguna incertidumbre, práctica o intelectual, sobre qué es lo bueno. En su estado más puro excluye cualquier incertidumbre de este tipo. Son conflictos situados dentro del bien mismo. Pese a las diferentes demandas en que pueden ser entendidas, la paz y la justicia son bienes universales, pero a veces plantean demandas que son incompatibles. Cuando la paz y la justicia son rivales, ¿qué es peor la guerra o la injusticia?. Ninguna de ellas tiene una prioridad automática o universal. La paz puede ser más urgente que la justicia; las exigencias de la justicia pueden no tener en cuenta las necesidades inmediatas de paz*»⁴². En conflictos de este tipo las personas no tienen qué opinar distinto sobre el contenido de lo bueno o lo correcto. Discrepan en cómo deben conciliarse sus exigencias rivales o en el modo que se puede conseguir lo bueno.

39 NAGEL, Thomas, “La fragmentación del valor”, trad. J. F. Alvarez, Barcelona, Paidós, 1993, pág. 217/237.

40 GRAY, John, “Las dos caras del liberalismo”, trad. M. Salomón, Barcelona, Paidós, 2001, págs. 59/63.

41 *Íd.*, pág. 62.

42 *Íd.*, pág. 52.

2) Aclaraciones

El pluralismo no es obstáculo para el reconocimiento de la existencia de valores compartidos por todas las culturas de nuestro mundo. Porque si no tuviésemos ningún valor común cada civilización estaría encerrada en su propia burbuja impenetrable y no podríamos entenderla en absoluto como explica I. Berlin: *«La intercomunicación de las culturas en el tiempo y en el espacio sólo es posible porque lo que hace humanos a los hombres es común a ellas, y actúa como puente entre ellas»*⁴³. En todas existe una naturaleza humana común con unas necesidades similares. En este sentido John Finnis se ha referido al perjuicio de la relatividad total de las creencias morales y ha puesto de manifiesto, en base de investigaciones antropológicas, la vigencia de ciertos valores y principios prácticos en todos los pueblos a lo largo de la historia⁴⁴.

La comprobación de que en aquellos hay unos mismos principios éticos generales permite la comprensión de que muchas efectivas discordancias morales como algo que verdaderamente no proviene de una discrepancia moral básica. De un mismo principio ético pueden inferirse diversas reglas de conducta. Para ello basta que la materia a la que el principio se aplica sea entendida de manera diferente, en lo que toca a su propia índole y condición⁴⁵. *«Los principios éticos más altos, aplicados a cosas diversamente entendidas, dan lugar a diferentes normas de conducta. No es, pues, el elemento “prescriptivo”, sino el “descriptivo”, el responsable de la diversidad en tales casos»*. En este sentido advierte G. Patzig: *«Hemos de hacer una importante distinción entre la aplicación concreta de una normas determinadas y los principios morales superiores en los que las prescripciones y las actitudes particulares se basan»*⁴⁶.

De ahí que a menudo se infiera precipitadamente, a partir de la diversidad de las reglas de comportamiento y de las apreciaciones, la diversidad de los principios generales que las fundamentan, afirmándose, de este modo, el relativismo de los principios⁴⁷.

Tampoco el multiculturalismo impide, ni está en contra de, que las diferentes comunidades, grupos culturales puedan cambiar; siempre que este sea un cambio no forzado, ni impuesto,

43 BERLIN, Isaiah, “La persecución del ideal”, trad. J. C. Bayón, Madrid, Alianza, 1990, págs. 21/37.

44 De especial interés son a este respecto los testimonios de R. Linton y de C. Kluckhohn. «Estas investigaciones nos autorizan a hacer algunas afirmaciones realmente seguras: 1) todas las sociedades han reconocido el valor de la vida humana; 2) en todas ellas la conservación de sí mismo se acepta como razón para obrar (legítima defensa) y no se permite la muerte de otro ser humano sin justificación precisa y suficiente; 3) en todas hay alguna prohibición del incesto; 4) en todas las sociedades está prohibida la violación sexual; 5) en todas las comunidades hay alguna concepción de lo mío y de lo tuyo, y se reconoce el título de propiedad». FINNIS, John, “Law and Natural Rights”, Oxford, Clarendon Press, 1980, pág. 83.

45 TALE, Camilo, “Examen del escepticismo moral y del relativismo moral”, en “Sapientia”, vol. LII, fasc. 201, Bs. As., 1997, pág. 140.

46 MILLÁN PUELLES, Antonio, “La libre afirmación de nuestro ser”, Pamplona, Eunsa, 2000, pág. 220.

47 Íd., pág. 221.

sino un natural resultado de la convivencia y enriquecimiento mutuo de las tradiciones culturales; sin catalogar como inferiores los modelos culturales diferentes.

El multiculturalismo exige que una sociedad política reconozca la igualdad de todas las comunidades que coexistan en ésta. En una sociedad de este tipo no hay cabida para hablar de un problema de minorías o de la que mayoría tolere a la minoría, no debe permitir que ninguna comunidad considere el estado como propia⁴⁸.

VI. Conclusiones

Terminando, estimamos la importancia de que los países e individuos se hagan conscientes de su pasado, presente y futuro para evitar que vivamos en culturas desconectadas de su pasado, y aletargadas en un sincretismo vacío de sus auténticas raíces. Debemos evitar la abstracción de una globalización, y llegar a la universalidad en el que la interconexión no lleve a una despersonalización cultural deshumanizada sino a una integración de los diversos elementos culturales, pero conservando aquello que les caracteriza y distingue⁴⁹. «*La igualdad es forzada al menos hasta la eliminación de las particularidades que no son compatibles con el régimen globalizado. En lo profundo hay un generalismo que pretende considerar iguales a los desiguales*»⁵⁰.

Europa que, como hemos estado viendo, se encuentra conformada por una gran riqueza de pueblos y culturas ancestrales, cada vez tiene en su población un mayor índice de emigrantes, que llegan atraídos por su alto nivel de vida. Por lo que, la aceptación del multiculturalismo puede ayudar a evitar tener una visión peyorativa de los grupos culturales que se apartan del modus vivendi de la sociedad occidental, y desterrar actitudes o problemas, tan tristemente frecuentes, como la xenofobia o la marginación. Cada grupo representa un modo de enfrentarse a la vida que no tiene por qué considerarse mejor ni peor que otros sino que son opciones que no admiten comparación entre sí, por ser propias de la idiosincrasia de cada pueblo. Herder, defendiendo el pluralismo cultural, describe a los pueblos y culturas como individuos históricos irrepetibles e infinitamente valiosos por sí mismos⁵¹. En un pasaje que Herder pudiera haber escrito, Savigny⁵² determina que no es prudente «*incurrir en comparaciones globales entre épocas históricas*». La actitud correcta radicaría, más bien,

48 RAZ, op. cit., pág.192.

49 CIURO CALDANI, “Bases culturales de la ampliación...” cit., pág. 101.

50 CIURO CALDANI, “El derecho universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, pág. 69.

51 HERDER, Johann Gottfried, “Otra Filosofía de la Historia para la educación de la humanidad”, trad. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1982, págs. 305 y ss.; BERLIN, Isaiah, “Vico y Herder, Dos estudios en la historia de las ideas”, trad. C. Gonzalez del Tejo, Madrid, 2000, pág. 233.

52 SAVIGNY, F. C. v., “System des heutigen römischen Rechts”, Aalen, Scientia Verlag, 1981, t. I, Vorrede, vol. 1, pág. 10, cit. por CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., “Savigny y el Historicismo Jurídico”, Madrid, Tecnos, 2005, pág. 125.

en «*el reconocimiento ecuánime del valor y autonomía de cada época*»⁵³, también el de las culturas que conviven en una época o periodo de tiempo concreto, y el respeto del «*vínculo viviente que religa al presente con el pasado*»⁵⁴.

Pero el hecho de que una cultura sea autónoma e irrepetible no tiene por qué negar la existencia de unos principios comunes en todas, como cree el historicismo, sino que se entiende por una serie de razones, como corolario de las ya aportadas, que a continuación exponemos. En primer lugar porque cada tradición realiza los principios universales de manera particular. Y lo que es más importante, en cada una, esos principios generales se interrelacionan entre sí de una manera muy determinada y específica; siendo eso lo que la hace única, con una configuración de valores adaptada a esa interrelación.

Por lo demás, algo muy relevante a efectos prácticos, es que, por esa interrelación no se pueden imponer como mejores unos valores ajenos a ese propio modo de vida, sin que la esencia cultural que constituye todo el entramado de principios quede desnaturalizada. Perdiendo, el pueblo o tradición cultural en cuestión, aquello que le identifica como tal, con el abandono de su identidad y desintegración cultural consecuente.

El viejo continente cada vez acentúa más su carácter de su universalidad, y quizás lo importante no es lo que haya sido sino lo que puede ser, convirtiéndose en una alternativa auténtica al estado que ostenta la hegemonía actualmente, Estados Unidos. Después de la Guerra Fría, la democracia más antigua del mundo, se ha erguido en abanderada de un nuevo orden mundial. Habermas nos explica que el proyecto kantiano buscaba la paz perpetua como la consecuencia directa de una constitucionalización completa de las relaciones internacionales⁵⁵. Y destaca cómo el proyecto kantiano y el proyecto neoconservador defendido por los miembros conservadores de la administración norteamericana coinciden en sus metas en un nivel abstracto. Ambos afirman promover la seguridad internacional y los derechos humanos en todo el mundo, pero obviamente difieren en cuanto a la elección de medios y la especificación de los objetivos⁵⁶.

Como describe Habermas, en lo que ataña a los medios, un unilateralismo con bases éticas ya no se siente comprometido a los procedimientos establecidos por el derecho internacional. Por otra parte, en cuanto a la forma concreta del nuevo orden mundial, el liberalismo hegemónico no persigue una sociedad mundial políticamente constituida y regida por el derecho, sino que, en lugar de tal condición cosmopolita, aspira a un orden internacional compuesto por Estados liberales formalmente independientes que operan bajo la protección de una superpotencia garante de la paz y que obedecen a los dictados de un mercado global

53 Íd.

54 Íd.

55 HABERMAS, Jürgen, “The kantian project of the constitutionalization of international law. Does it still have a chance?”, en “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, Granada, 2005, págs. 115/126; KANT, Immanuel, “Perpetual Peace and Other Essays”, trad. Humphrey Hackett, 1983, págs. 34 y ss.

56 Íd.

totalmente liberalizado⁵⁷. «*De acuerdo con este modelo, la paz no sería garantizada por el derecho sino por los valores éticos de un poder imperial; además, la sociedad mundial no se integraría por medio de relaciones políticas entre los ciudadanos del mundo, sino por relaciones sistémicas que, en última instancia, serían las del mercado»⁵⁸.*

El método comunitario basado en el diálogo permanente de los intereses nacionales y el interés común, respetando las diversidades nacionales y creando al mismo tiempo un espacio común con identidad propia, ha dado muy buenos resultados, y puede ser un inicio de la realización del ideal kantiano. El sueño de la unificación europea, ansiado durante siglos, parece que se va convirtiendo en realidad. «*La desaparición del antagonismo este-oeste y la reunificación política y económica del continente constituyen la victoria del espíritu europeo, ese espíritu que los pueblos necesitan más que nunca para construir su propio futuro»⁵⁹.*

No obstante, si bien es cierto que los desacuerdos que anteriormente se resolvían por las armas ahora se resuelven de forma diplomática, aún se debe profundizar en la integración y conseguir que los intereses de los distintos países se subordinen, todavía más, a un interés colectivo, verdaderamente aceptado y asumido por los políticos y ciudadanos. Ya que hasta que exista un verdadero sentimiento y conciencia de ser europeo, con un destino supranacional, más allá de intereses particulares estatales, difícilmente Europa volverá a recuperar su papel de potencia principal. No necesariamente dominante pero sí con capacidad suficiente de decisión en los asuntos de interés mundial, que proporcione el necesario equilibrio entre los distintos bloques geopolíticos. Equilibrio que hoy no existe por encontrarse el poder, fuertemente polarizado, en América del Norte. Y podría servir de manera más eficaz como puente de unión, para que otras partes del mundo, como América del Sur, que ha comenzado su proceso de integración adoptando la forma del Mercosur, dejen de estar injustamente marginadas; y ocupen la relevancia mundial que, por su riqueza natural y capital humano les corresponde. En este punto el papel de España es importante, debido a los grandes lazos afectivos, y culturales que le unen con América Latina.

57 Íd.

58 Íd.

59 V. La historia de la Unión Europea, http://www.europa.eu/abc/history/Index_es.htm (23-7-2006).

EL REFLEJO DE LA PERSONA HUMANA EN EL ESPEJO DE LA NORMA JURÍDICA *

JUAN JOSÉ BENTOLILA **

A través de la historia, el ser humano se ha formulado multiplicidad de preguntas de intensa profundidad filosófica. Posiblemente, entre las más relevantes, debamos destacar: la referida al contexto que le rodea, y la que intenta responder acerca del propio sujeto constituido así en objeto de conocimiento.

En su oportunidad, hemos intentado dilucidar algunos aspectos relacionados con la primera cuestión¹. El tema del presente trabajo se centrará, por otra parte, sobre el segundo interrogante.

I. Inconveniencia de la adopción de un concepto trascendente de persona

Principiaremos por puntualizar que la propuesta de encontrar un concepto trascendente de persona es altamente inconveniente, al menos desde el posicionamiento epistemológico que tomaremos como referente.

Ello pues, el ser humano conoce siempre a través de sus percepciones sensoriales, no encontrándose prueba científica alguna (fehaciente, contrastable intersubjetivamente y comprobable) en datos extra sensoriales, tales como la intuición o la aprehensión de una supuesta evidencia indemostrada.

Adheriremos entonces a la posición que postula el carácter construido del concepto de persona, a través de la intelección del sujeto cognoscente ordenadora del dato sensorial, descartando de plano todo intento por descubrir una acepción metafísica esencialista, sea desde la intuición o desde una supuesta evidencia indemostrada. Y más aun, en el presente intentaremos revelar los lineamientos de tal construcción, a través de una lectura exclusivamente normativa del Derecho argentino.

* Trabajo presentado en la “Jornada sobre Bioética”, organizada por la Cátedra Interdisciplinaria Prof. Dr. Werner Goldschmidt, conjuntamente con el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario, con el auspicio de la Asociación Argentina de Bioética y la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 17 de octubre de 2003.

** Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la UNR.

1 BENTOLILA, Juan José, “¿Qué se quiere decir cuando se dice “naturaleza”?”, en “Suplemento Actualidad de la Revista La Ley”, 16 y 18 de diciembre de 2003.

II. Diversas teorías

Sin perjuicio de lo expresado, cabe anotar una breve descripción de las diversas teorías que se han presentado en respuesta al interrogante que nos ocupa².

Algunas de ellas, como veremos, tendrán una justificación racional más desarrollada que otras o, tal vez, una coherencia interna más consistente. Pero ello no impedirá a que descartemos los diferentes planteos, ante el descubrimiento de substratos apriorísticos comunes a todos ellos.

De acuerdo a lo expresado, en relación al comienzo de la existencia de la persona humana, se han delineado las siguientes posiciones:

2.1. Teoría de la fecundación. Toma como punto de inicio la penetración del óvulo por el espermatozoide. Sostiene en su apoyo que, desde ese instante, existe una composición genética única, advirtiendo que, después de la fecundación, no puede señalarse ningún momento de cambio relevante.

2.2. Teoría de la singamia o unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide. Entre dieciocho a veinte horas después de la fecundación, se produce la unión de los pronúcleos de las células femenina y masculina. Al fusionarse los pronúcleos, se transmiten las informaciones genéticas de los gametos, creándose una nueva célula (cigoto) con nueva y única identidad genética. Para esta teoría, el instante de formación del cigoto marca el inicio de la vida del ser humano.

2.3. Teoría de la implantación o anidación. Afirma que la vida del sujeto humano comienza con la fijación del embrión en el útero materno, lo que ocurre aproximadamente entre los días siete a catorce de evolución. Ello pues, con la anidación, se define tanto la unicidad (calidad de ser único) como la unidad (ser uno solo) del embrión.

2.4. Teoría de la formación del sistema nervioso central. Para esta posición, el comienzo de la vida del sujeto humano aparece entre el decimoquinto y cuadragésimo día posterior a la fecundación, época en que se inicia la formación del sistema nervioso central. Indican los seguidores de esta postura, que muchas legislaciones han establecido que el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo (muerte cerebral), y que, por ende, puede afirmarse que no se debe reconocer la calidad de persona a una entidad que no

2 En relación a las primeras cuatro teorías, puede verse el trabajo de GORINI, Jorge Luciano, “La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la ‘pildora del día después’”, en “Suplemento Actualidad de la Revista La Ley”, 7 de agosto de 2003, págs. 1 y ss., del cual el presente punto, no es más que una apretada síntesis.

posee ni los rudimentos cerebrales.

2.5. Teoría del nacimiento. Primaba en el Derecho romano. Allí, la existencia de las personas principiaba con el nacimiento. Antes del mismo, el por nacer no era considerado sino como una entraña de la madre (*pars visceram matris*).

2.6. Teoría de la viabilidad. Al respecto podemos decir que la viabilidad se requiere, a los fines de atribución de derechos, en casos de sujetos que nacen muy prematuramente o con algún vicio orgánico tan demostrado que pueda asegurarse su pronta muerte. Frente a la inexistencia de viabilidad, entendida como capacidad de vivir, no se atribuye capacidad de derecho³.

III. Conflictos en el punto de partida

¿Cuáles serían los conflictos que se encuentran en la raíz de todas y cada una de estas teorías? Principalmente destacaremos dos.

3.1. En primer término, veremos que todas las posiciones principian en diversos conceptos subyacentes de persona, bajo cuyos prismas intentan discernir la corrección o incorrección de una determinada propuesta.

Así, en caso de considerar que el elemento relevante a los fines de identificar la existencia de persona es uno en particular (la cadena genética única, la formación de sistema nervioso central, etc.), la elección por alguna de las teorías previamente reseñadas devendrá sola. Pero nótese que tal elección será siempre posterior a la conceptualización apriorística de la persona.

Claro está, al así actuar, ese concepto previo de persona queda posicionado fuera del marco de debate, imponiéndose con anterioridad a cualquier intercambio de ideas. Y lo que se somete a discusión, no es más que las diferentes aplicaciones de esa idea, disimuladamente impuesta.

Por ello, el contenido del concepto de persona, deviene en lo que el sujeto cognoscente voluntaria y discrecionalmente desea que sea.

Es que, en rigor, no existe dato objetivo alguno, por fuera de nuestras preferencias, que nos indique cuál es la característica que nos permite aseverar que estamos en presencia de una persona. Parecería que sólo nos es dado percibir el continuo del ciclo vital, en el cual la máxima intervención que podríamos asumir es la demarcación con hitos fraccionadores dependientes de nuestra voluntad, con mayor o menor justificación posterior de nuestra

3 Vélez Sarsfield rechaza expresamente esta posición en su nota al artículo 72, C.C.

decisión⁴.

3.2. En segundo término, hay un problema terminológico a aclarar que, no por instrumental, genera menos perplejidades.

La gran mayoría de los autores que se han ocupado del tema, hacen referencia promiscua a las expresiones “vida humana” y “persona humana”, como si de equivalentes se tratase.

De más está decir que, la opción por cada una de estas expresiones, lleva a posiciones encontradas en el ámbito de las consecuencias teóricas.

3.2.1. Así, quienes optan por entender que el Derecho protege la “vida” humana, sostienen que cada célula de nuestro cuerpo, autónomamente considerada, también está viva y constituye, por ende, “vida humana”.

Con lo cual, si hubiera de realizarse una defensa jurídica de la “vida humana”, desde ya que, las actuales expresiones del ordenamiento normativo, serían altamente insatisfactorias por insuficientes.

De acuerdo a lo que venimos diciendo, entonces, vida humana habría en una congerie mucho más abarcativa de casos que los tratados. Y es que parecería que el problema reside en decidir cuándo se estará, pues, en presencia de una nueva “persona”.

3.2.2. Por otra parte, entre quienes pretenden ejercitar la defensa de la “persona humana”, graves discordancias conceptuales se levantan, promoviendo siempre el descontento entre quienes no han sido contemplados en la definición. Prueba de ello, las posiciones teóricas que brevemente hemos reseñado.

Cuando ingresemos en el estudio pormenorizado de las disposiciones del Derecho positivo argentino, veremos que, en realidad, la conceptualización de la persona de existencia visible tiene contornos significativamente difusos.

Parecería altamente aconsejable promover un debate, por medio del cual pudiera llegarse a la adopción de una fórmula conceptual consensuada, advirtiendo que debe someterse a crítica el preconcepto que suele dejarse oculto. Sólo así la democracia, forma de gobierno que pretendemos realizar, podrá erigirse sin menoscabos. En definitiva, no debe sostenerse que, al tratarse de un concepto genérico, el consenso permitirá que, las inclusiones y exclusiones, sean decididas por la comunidad, y no impuestas por un sujeto o sector en particular.

4 Es interesante realizar un paralelo con la idea del continuo temporal y la serie de fraccionamientos a que sometemos el fluir del tiempo (como, por ej., la causalidad).

IV. La cuestión desde el Derecho positivo argentino

Hechas las anteriores precisiones⁵, trataremos de encontrar a través del ordenamiento normativo, entendido como producto humano, cómo entiende el sujeto que debe conceptualizarse a sí mismo⁶.

Nótese que esta situación genera una interesante duplicación en los extremos de la relación de conocimiento, en tanto convierte al sujeto cognoscente también en consecuente objeto de estudio.

En función de lo antedicho, es que intentaremos construir una norma jurídica general, tomando diferentes proposiciones normativas del Derecho positivo argentino⁷, a los fines de conocer cuál es la conceptualización de sujeto construida desde el actual ordenamiento normativo argentino.

Partiremos de considerar que la norma “contiene la captación lógica de un reparto proyectado de parte de un tercero”⁸; y que “toda norma general describe la reglamentación de un sector social supuesto; y consta, pues, necesariamente de dos partes: la que describe el sector social supuesto y la que esboza su reglamentación. La primera parte se llama el tipo legal o el supuesto de la norma, y la segunda parte se denomina su consecuencia jurídica o la disposición de ella. Un análisis más detenido de la norma general nos enseña que tanto el tipo legal como la consecuencia jurídica abarcan características positivas cuya existencia es menester para la aplicación de la norma, así como características negativas cuya inexistencia es precisa para que la norma entre en función”⁹.

El esquema a seguir será, entonces, “si p, y no q, será r, excepto que s”. Con lo cual, p y no q, son condiciones necesarias de r, pero no suficientes¹⁰ de modo autónomo. Y s será condición que, de ocurrir, lo hará ya cumplido el resultado r, inhibiendo sus efectos.

5 En cuanto al marco teórico de referencia, vide nuestro artículo cit. en la nota 1.

6 Al respecto, p. v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La construcción de la persona, el tiempo y la materia del Derecho Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, págs. 39 y ss.

7 En relación a los Tratados Internacionales, fuente de Derecho argentino en función de disposición constitucional, hemos hecho la correspondiente revisión. Mas por no disponer ninguna particularidad que invalide nuestro análisis, no los trataremos específicamente. Sin perjuicio de ello, el interesado podrá tener presente los siguientes instrumentos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6); Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (arts. 1 y 2); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 1 con la reserva de nuestro país); y también, Constitución Nacional (art. 75, incs. 23 y 33).

8 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 195.

9 *Íd.*, pág. 205.

10 Sobre el funcionamiento de las clases de condiciones como formas de determinación causal, p. v. SABINO, Carlos A., “El proceso de investigación”, Bs. As., Lumen Humanitas, 2003, págs. 72 y ss.

Sobre esta base conceptual es que realizaremos nuestra labor, aclarando previamente que intentaremos incluir en la norma toda disposición que entendamos relevante para nuestro propósito.

4.1. La característica positiva del antecedente

¿Cuál será entonces el sector social supuesto que la norma positiva argentina entenderá comprendido a los fines de conceptualizar a la persona?

4.1.1. Comencemos por analizar los requisitos legalmente estatuidos. Cuando se habla de persona, la norma distingue como sus requerimientos asertivos los siguientes:

- a) todo ente;
- b) que presente signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades ni accidentes¹¹;
- c) desde la concepción¹²;
- d) realizada en el seno materno¹³.

4.1.2. Claro está, cada uno de estos requisitos sería también condición necesaria y no suficiente (por lo que, en principio, deberían presentarse conjuntamente), a fin de lograr el cumplimiento de la característica positiva del tipo legal. Caso de que alguno de ellos no aconteciere, esta norma ya revelará un obstáculo insalvable a su funcionamiento.

Al respecto, y en relación a los indicados en los puntos a y b, dice Vélez Sarsfield que “Savigny (...), reúne toda la doctrina del Derecho romano sobre la materia, en los términos siguientes ‘Es preciso (...) que sea una criatura humana. (...) no debe ser, según la expresión de los romanos, ni “monstrum” ni “prodigium”; pero una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho (...)’”¹⁴.

Y debe subrayarse que existe aquí el mismo problema destacado con anterioridad, en tanto la inclusión de algún carácter dentro de las categorías de “cualidad” o “accidente” dependerá, nuevamente, de una tarea preconceptualizadora. Nótese, por ejemplo, que se ha dicho que, “con respecto al hombre, las características esenciales enuncian que se trata de un ser vivo dotado de razón y de sentidos. Accesorias son las características de ser bípedo y de tener la capacidad de reír. Meramente indicatoria es la característica del lóbulo de la oreja”¹⁵, mientras que, para el Derecho romano, “(...) Los textos no nos dicen por qué signos

11 Artículo 51, C.C.

12 Artículos 63 y 70, C.C.

13 Íd.

14 Nota al artículo 70, C.C.

15 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 347.

se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad”¹⁶.

En relación a la irrelevancia del nacimiento para la característica positiva del tipo legal (puntos c y d), se aclara que “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”¹⁷; y que “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. (...)”¹⁸. Sigue indicando la normativa en análisis que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido (...)”¹⁹.

Ahora bien, creemos que el elemento temporal c prevalecerá al inicio sobre el elemento morfológico b, aunque, veremos luego, siempre que el elemento contextual d esté respetado.

Así, si bien es aventurado afirmar que desde el momento mismo de la concepción ya hay presentes signos característicos de humanidad, ello no obsta al funcionamiento de la norma, en tanto se entiende que la adquisición de tales signos será progresiva. Y ello hace que la fijación temporal c, indicatoria del comienzo de la protección reglada, tenga la entidad suficiente como para inhibir al elemento b, al menos hasta el momento en que se espera que el sujeto por nacer, ubicado en el seno materno, ya haya desarrollado los signos en cuestión.

4.2. La característica negativa del antecedente

El hecho que, según consignan los textos legales, debe estar necesariamente ausente, a los fines de poder considerar persona a un ente de los caracterizados en el punto anterior, es la muerte antes del momento del nacimiento.

En otros términos, en caso de cumplimiento de este acontecimiento, no se llega a imputar la característica positiva de la consecuencia jurídica de la presente norma, al sector social supuesto previsto en la característica positiva del tipo legal.

Así, si los por nacer “(...) muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”²⁰. En sentido contrario, la “duración de la vida es (...) cosa indiferente; y el hijo tiene la capacidad de derecho aun cuando muera inmediatamente después de su nacimiento. (...) Es preciso que el hijo viva después de la separación. Si, pues, durante un parto trabajoso, el hijo da signo de vida, pero muere antes de haber sido completamente separado de la madre, nunca tuvo la capacidad de derecho. Debe decirse lo mismo, y con más razón, si antes de comenzar el nacimiento, el hijo

16 Nota al artículo 70, C.C.

17 Artículo 63, C.C.

18 Nota al artículo 63, C.C.

19 Artículo 70, C.C.

20 Artículo 74, C.C.

hubiese muerto. Es preciso que la vida sea indudable, no importa por qué signos (...)”²¹.

Sigue diciendo el Codificador que “nacer con vida significa, en el concepto de la ley, que el niño alcance a tener una vida propia, absolutamente independiente de la vida de la madre. Es ésta una cuestión de hecho, sobre la cual el código establece las siguientes reglas: En primer lugar, es necesario que el hijo esté completamente separado de la madre. (...) En segundo lugar, en el derecho no se hace distinción alguna entre el nacimiento que se produce en condiciones normales y el que se produce (...) por operación quirúrgica”²².

Y, por otra parte, otro artículo nos indica que los “(...) derechos [de los que se les hiciera titulares con anterioridad al nacimiento] quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”²³.

De ello se desprende que, en caso de muerte previa al nacimiento, los por nacer “no habrán alcanzado a ser una persona, y (...) si hubieran adquirido algunos derechos en el carácter de persona por nacer, estos quedarían definitivamente extinguidos”²⁴ en virtud del argumento a contrario sensu presente en el artículo precitado. Lo antedicho, en modo alguno presupone la inexistencia de imputación de sanción a otro sujeto, si es que la condición descripta en la característica negativa del antecedente de esta norma fuere provocada (caso del delito de aborto, dentro de los límites de su configuración legal).

En contra de la posición expresada, hay doctrina que entiende que esta condición del nacimiento con vida “debe interpretarse exclusivamente en relación con la adquisición –condicionada a ese nacimiento con vida– que hubiera hecho de derechos patrimoniales en su etapa de gestación, con lo cual, para el caso, esa muerte acaecida en su etapa previa a nacer no generará transmisiones sucesorias a sus eventuales herederos; pero que en manera alguna impedirá que ante la presencia cierta de sus restos, despojos o cadáver, pueda negarse su existencia y como tal no inscribir la defunción y disponer del destino de su cuerpo según lo decidan sus progenitores”²⁵. Pero haremos notar que tales afirmaciones carecen de fundamento normativo desde la literalidad del texto legal²⁶, siendo sólo una mera interpretación extensiva del carácter de persona, en función del argumento a contrario sensu del artículo 70 de nuestro Código Civil.

En fin, en caso de duda, el ordenamiento normativo elige presumir *juris tantum* que

21 Nota al artículo 70, C.C.

22 SALVAT, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General”, ed. actualizada por José María López Olaciregui, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1964, págs. 383 y ss.

23 Artículo 70, C.C.

24 SALVAT, op. cit.

25 SAUX, Edgardo I., “Comienzo de la existencia de las personas naturales”, en “Zeus”, 15 de septiembre de 2003, págs. 5 y ss. En igual sentido, ver las conclusiones de la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 25 al 27 de septiembre de 2003.

26 Vide artículo 74, C.C.; y nota al artículo 70, C.C.

ha habido persona²⁷ y que, por ende, que el hecho descripto en la característica negativa del antecedente no se ha producido.

4.3. La característica positiva de la consecuencia jurídica

¿Y cuál es la consecuencia que se imputa normativamente al sector social descripto en el antecedente? Nada menos que ser considerado legalmente persona y, por ende, susceptible de ser titular de derechos y obligaciones.

Claro está, el producto ideal “persona” (concepto) que el Derecho civil brinda, fluye hacia otros ámbitos del ordenamiento normativo. Así, dentro del género persona, la persona por nacer está protegida por el Derecho penal al ser captada como posible sujeto pasivo del delito de aborto²⁸; y la persona ya nacida cuenta con análoga protección, al ser captada como posible sujeto pasivo del delito de homicidio²⁹. Con lo cual, la característica positiva de la consecuencia jurídica de la presente norma, servirá para integrar elementos del antecedente de normas del Derecho penal.

En fin, cabe destacarse que, ante el estado de necesidad, la norma penal prefiere optar por la persona ya consolidada como tal, y no por aquélla personalidad claudicante respecto de quien aún no se conoce el acaecimiento de la característica negativa del antecedente de la norma civil en análisis³⁰ que la tendrá por no configurada.

4.4. La característica negativa de la consecuencia jurídica

Una vez que ya conocemos que en determinado caso hay persona para nuestro Derecho, la característica negativa de la consecuencia jurídica nos indicará la condición que, de cumplirse, inhibirá los efectos de la característica positiva.

Y aquí en contramos que la persona cesa de existir por muerte, ya sea ésta natural³¹ o presunta³².

V. Problemas

Como la realidad sociológica suele superar con notoria frecuencia la imaginación de quien escribe desde la idealidad lógica, varios problemas se enfrentan a nuestra norma.

27 Vide artículo 75, C.C.

28 Artículos 86, 87 y 88, C.P.

29 Artículos 79 y ss., C.P.

30 Artículo 86, C.P.

31 Artículo 103, C.C.

32 Artículos 22, 23 y 33, ley 14.394.

5.1. Así, en relación a la característica positiva del antecedente, y con referencia específica al carácter d³³, tenemos el problema de la exclusión normativa de los casos de fecundación extracorpórea, de los embriones criopreservados, y de la clonación humana³⁴.

Ya vimos que la infracción a la característica b en realidad es parcialmente inhibida por el cumplimiento de la condición c, pero ello no autoriza a soslayar la ausencia del elemento consignado como d.

Lo cierto es que desde la literalidad de la norma que hemos pretendido construir no hay más opción que negarles el carácter de persona. La posibilidad de realización de una interpretación extensiva, en ocasión del cumplimiento de esa tarea del funcionamiento de la norma, es un dato cuyo marco excede el fin buscado por este trabajo, que es el de conocer las características del concepto de persona normativamente construido. Así, toda interpretación que recurra a datos extranormativos, queda fuera de los límites del presente estudio.

5.2. En referencia a la característica negativa del antecedente, desearíamos traer a colación una norma que integra nuestro ordenamiento normativo, y que genera una aparente discordancia con la que hemos pretendido construir: la ley 1.044 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁵.

Ella regula el procedimiento a seguir frente a un embarazo con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida. Entiende la citada norma que un “feto padece una patología incompatible con la vida cuando presenta gravísimas malformaciones, irreversibles e incurables, que producirán su muerte intraútero o a las pocas horas de nacer”³⁶.

Y frente a estos casos, luego de un informe pormenorizado, se permite a la gestante elegir entre continuar o adelantar el parto. Como único requisito temporal, se requiere que el feto “haya alcanzado las veinticuatro (24) semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad en fetos intrínsecamente sanos”³⁷.

Ya hemos visto supra que la teoría de la viabilidad fue expresamente rechazada por Vélez Sarsfield³⁸; que, por otra parte, si la muerte ha de producirse a las pocas horas de

33 Cabe destacar que el proyecto de reforma del Código Civil del año 1998, suprimió la mención referida a que la concepción debe ocurrir en el seno materno.

34 Al respecto, pueden consultarse las conclusiones de la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit. También BENTOLILA, Juan José, “La clonación, su justificación y su relación con los cambios de los paradigmas sociológicos”, en “Investigación y Docencia”, N° 31, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 9 y ss.

35 Publicada el 21 de julio de 2003 en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Debe destacarse que algunas conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit., parecen admitir interpretaciones que, de lege lata, coinciden en lo sustancial con lo expresado por la norma en análisis.

36 Artículo 2.

37 Artículo 6.

38 “Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de

nacer (y no sólo intraútero), se está admitiendo normativamente el adelantamiento del parto (y la consecuente muerte) de un sujeto a cuyo respecto no se cumpliría necesariamente la condición resolutoria planteada en la característica negativa del tipo legal.

Afirmado lo cual, podría aparentemente invocarse que esta norma es contraria al resto del ordenamiento normativo, por permitir la interrupción del embarazo en casos que la norma conceptualizadora de la persona, que hemos intentado construir, ha decidido incluir.

Entonces ¿cómo se condice esta norma con la nuestra? Poniendo de relevancia que, si compartimos la doctrina del derecho romano que indica que “la cabeza debe representar las formas de la humanidad”³⁹, lo que vemos aquí no es una vulneración de la característica positiva de la consecuencia jurídica, sino, en todo caso, una exclusión de la característica positiva del antecedente. Con lo cual, se tornaría lógicamente evidente que nuestro ordenamiento normativo comparte necesariamente la postura romana antedicha.

¿Y si con el tiempo no se adquiriera el citado rasgo distintivo de humanidad (b) por no encontrarse el embrión en el seno materno (d)? Es probable que entonces, debiéramos hacer ceder el punto c y admitir que un embrión fuera del seno materno no está conceptualizado como persona en nuestro ordenamiento normativo civil, y por ende, carece de protección jurídica. De lege lata, se dificulta encontrar otra posibilidad.

5.3. En relación a la característica negativa de la reglamentación, cabe destacar que nuestra norma ha decidido construir un concepto de persona invulnerable a la ficción de la muerte civil, acercándose más hacia los elementos sociológicamente dados.

Como cuestión a tener en cuenta, haríamos notar que las dificultades conceptualizadoras que actualmente estamos poniendo de relieve, se presentan también sobre el concepto de muerte. Y si la muerte natural no está adecuadamente definida por la norma, en tanto el cese de la actividad cerebral se erige en dato extranormativo, no ocurre lo mismo con la declaración de fallecimiento presunto. Ello pues, la normativa vigente se preocupa por delinear detalladamente los elementos necesarios para hacer operativo tal instituto.

Ahora bien, también recepta la norma el cese de parte de los hechos captados por la característica negativa de la consecuencia jurídica, mediante la figura de la reaparición del ausente. Y si bien admite la recuperación de la operatividad de la característica positiva de la consecuencia jurídica (reconocimiento de persona a quien ya había dejado de serlo), lo cierto es que la opción de la norma es hacia mantener las consecuencias de los efectos producidos

nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo” (art. 72, C.C). “Decimos lo mismo respecto de los vicios orgánicos que el recién nacido presente. No porque una persona parezca con signos indudables de una pronta muerte, queda incapaz de derecho. Sería preciso también que la ley fijara el tiempo en el que el vicio orgánico debía desenvolverse para causar la incapacidad del recién nacido, y la ciencia por cierto no podría asegurar qué días o qué horas de vida le quedaban al nacido con un vicio orgánico. (...)" (nota al artículo 72, C.C).

39 Nota al artículo 70, C.C.

en el lapso en que el sujeto había dejado de ser persona⁴⁰.

VI. Conclusión

Creemos que el intento por conocer la forma en que el ordenamiento normativo capta la noción de persona, es tarea relevante. Y si bien desde otros posicionamientos, dando presencia a otros datos, se relativizan las afirmaciones que hemos hecho, creemos que la tarea de contrastar las diferentes perspectivas puede ayudar a que se conozcan los vacíos que la norma presenta, y puede colaborar con la tarea legislativa.

Eso sí, cualquier actividad del legislador deberá basarse en un consenso en el cual se den a conocer los conceptos subyacentes con los cuales llegamos a la instancia del debate. Sólo así podrá asegurarse la profundidad necesaria a los fines de tratar temas tan trascendentales como el presente.

40 Vide artículos 29, 31 y 32, ley 14.394.

LOS LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CLÁSICO EN UN CASO MULTICULTURAL *

JUAN JOSÉ BENTOLILA **

I. Introducción

Clásicamente se ha entendido que el Derecho Internacional Privado “se caracteriza porque pretende realizar la tolerancia con lo ajeno: resolver casos con elementos extranjeros decisivos en virtud del Derecho extranjero”¹.

Así, la aplicación del Derecho extranjero se erige en una de las formas de cumplir ese propósito de respeto al extranjero, a su diferencia, promoviendo la utilización de elementos que no le son desconocidos.

La tolerancia que se promueve, por su parte, constituye un valor que no puede ser aisladamente considerado, sino que está incluido en todo un plexo axiológico con gravitación en la resolución de los casos judiciales.

En los específicos casos en los que, más que meras diferencias jurídicas, se involucran diferencias culturales profundas, la sola posibilidad del ejercicio de la tolerancia se ve constreñida a partir de posiciones más o menos intransigentes, repercutiendo tales caracteres en el Derecho Internacional Privado mismo, al menos desde su concepción clásica.

Es que, cuando se presentan en juego cuestiones valorativas relativamente intransigentes, fruto de diferencias sociológicas pronunciadas, el abuso de la utilización del instituto del orden público (a priori y a posteriori) puede generar el fracaso rotundo de las soluciones previstas en el Derecho que la norma de conflicto considere aplicable.

Es de nuestro interés, en el presente estudio, poner de manifiesto las dificultades que se le generan al Derecho Internacional Privado a partir del carácter multicultural de los casos bajo examen. Tales dificultades engendrarán límites que deben ser previstos por el operador jurídico, a los fines de no anonadarse ante las imposibilidades de reparto en determinadas

* Reflexión a propósito de la participación en la “Jornada El Niño y el Multiculturalismo”, organizada por la Secretaría de Acción Social y Gremial de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 29 de septiembre de 2005.

** Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la UNR.

1 GOLDSCHMIDT, Werner, “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico”, Bs. As., Belgrano, 1979, pág. 9.

situaciones.

Para nuestro cometido, tomaremos como ejemplo un caso determinado con las características antedichas que, en su momento, fue de público conocimiento. Si bien el caso en particular no agota los posibles escenarios, lo cierto es que muestra utilidad como disparador de planteos medianamente generalizables.

II. El presupuesto fáctico del caso en estudio

Pondremos a consideración el caso de la Sra. Gabriela Arias Uriburu².

La pretendiente nació en Brasil, donde su padre cumplía funciones diplomáticas. A los 23 años de edad emigró a Guatemala con su padre, embajador de la República Argentina en ese país. Allí conoció al empresario Imad Shaban, de origen jordano y nacionalizado guatemalteco, con quien contraió matrimonio en 1991. De tal unión nacieron tres hijos: Karim, Zahira y Sharif.

Con posterioridad, los cónyuges solicitaron su divorcio, el que fue dictado. Un juez de familia guatemalteco otorgó a la madre la custodia de sus hijos.

En el año 1997, el padre sustrajo a los niños, desconociéndose su paradero por el lapso de tres meses.

Merced a diversas gestiones diplomáticas y al trabajo de los medios de comunicación, se conoció que los niños se encontraban conviviendo con su padre, quien actualmente se halla casado en segundas nupcias, en la ciudad de Amman, Jordania.

A partir de allí se generó un conflicto judicial en relación al contacto que la madre reclama con los menores, siendo que el logro actual es que se le ha permitido un régimen de visitas restringido y bajo supervisión.

El caso tomó estado público, especialmente en Jordania, Argentina, Guatemala y El Vaticano, motivando un intercambio de notas de entendimiento en vista de un próximo tratado bilateral entre Jordania y Argentina, tendente a regular las relaciones de los niños con sus madres y sus padres³.

2 Sobre los aspectos factuales del caso, p. v. ARIAS URIBURU, Gabriela, "Jordania - La travesía", Bs. As., Atlántida, 2005.

3 Actualmente el panorama en nuestro país p. c. en BOGGIANO, Antonio, "Curso de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, págs. 419 y ss.; debiendo considerarse el Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, suscrito en Montevideo el 31.07.1981, la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de fecha 25.10.1980, y la Convención de la CIDIP IV, de fecha 07.07.1989, que se inspira en la Convención de La Haya pero con ciertos particularismos regionales. En cuanto a la fuente interna, en nuestro país se sancionó la ley 22.546 que aprobó el convenio con la República Oriental del Uruguay. En lo atinente a la jurisprudencia, en la República Argentina se ha decidido (Juzgado en lo Civil y Comercial de la 5ta. Nominación de Córdoba, 20.11.1980, cit. por BOGGIANO, op. cit., pág. 420), en precedente relacionado, que la tenencia de los hijos debe ser sometida a la jurisdicción y al derecho de la efectiva residencia del menor.

III. Análisis jusfilosófico del caso

Principiaremos por advertir que la decisión del juez guatemalteco en cuanto al divorcio y a la tenencia, fue realizada de acuerdo a las fuentes de tal Estado, entendiendo que ello es correcto toda vez que el lugar de celebración de matrimonio, el domicilio de los cónyuges, y la nacionalidad y residencia de los menores, coincidían en tal territorio.

Pero aquí es que debemos someter a consideración el eje del presente trabajo.

Es que, pese a tales regularidades, lo cierto es que no se ha podido cumplir con lo determinado con el juez actuante, habida cuenta de que los menores han sido sustraídos del ámbito jurisdiccional del Estado de Guatemala, siendo trasladados al Estado de Jordania que, por razones que seguidamente analizaremos, no reconoce la autoridad jurisdiccional guatemalteca en el sub examine.

Ello genera la presencia de un límite a los intentos por conducir el caso⁴, valla infranqueable para la solución en relación a la juridicidad occidental.

Remarcamos que, a los fines de realizar el análisis de la situación, partiremos de considerar al Derecho como estructurado desde la complejidad tridimensional, reconociendo sus perspectivas sociológica, normológica y dikelógica⁵.

Al respecto se ha dicho que “[e]l Derecho es una realidad tridimensional que, desde la teoría trialista del mundo jurídico y con un punto de vista relativamente estático, resulta compuesta por repartos (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados –los repartos y las normas– por la justicia (dimensión dikelógica). Con una perspectiva más dinámica ese “mundo jurídico” es comprensible como conductas captables por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la justicia. A través de un planteo que atienda a la referida tridimensionalidad y a la estática y la dinámica del mundo jurídico, el Derecho Internacional Privado no es un mero conflicto “de leyes”, sino un conflicto de “Derechos”, de modo que además de las referencias a la ley aplicable hay que tener en cuenta la jurisdicción competente y el proceso, que conduce a la sentencia o a la admisión de la sentencia ya resuelta”⁶.

Algunas situaciones más en relación a la tenencia y restitución de menores, p. v. en NOODT TAQUELA, María Blanca, “Derecho internacional privado”, Bs. As., Astrea, 1992, págs. 162 y ss.

4 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 71 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre los límites de los repartos”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 77 y ss.; y también BENTOLILA, Juan José, “El Derecho vencido (A propósito del conflicto de normas generador de límites a la voluntad del legislador)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 9 y ss.

5 Al respecto, p. v. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit.

6 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 11 y ss.

3.1. En primer término, y realizando un abordaje sociológico, debe destacarse la evidente existencia de un infranqueable desentendimiento cultural entre las sociedades involucradas en el conflicto⁷.

Así, la posibilidad de referenciar respuestas realizables, requiere una tarea de indagación y comprensión de las particularidades involucradas, que implique la necesaria tolerancia y respeto a la diferencia, elementos que se encuentran ausentes en la especie.

Claro está que conocemos las dificultades que el sendero que prefiguramos informa.

De hecho, es de destacar que las mutuas desconfianzas entre las culturas oriental y occidental, han surgido en la antigüedad remota, pudiendo citarse los tropiezos a que se vio sometido el helenismo desde la gesta de Alejandro⁸.

El cristianismo, religión con vocación de universalidad y surgida en el marco pagano del imperio de Roma, tampoco pudo generar un diálogo claro que aventara suficientemente la posibilidad de equívoco⁹.

Conociendo la historia y las particularidades jurídicas, los intentos por conducir deben tener especial consideración de los límites que se puedan presentar en función de las diferencias en las culturas. Es que los caminos que pretendan construirse, deben siempre respetar los posicionamientos culturales, tanto de quien pregunta como sobre quien pretende responderse.

3.2. En segundo término, desde la normología, debe destacarse la ineficacia de las normas sostenidas a priori, en función del carácter vital de la situación sobre la que se indaga¹⁰.

Normas que, desde luego, reconocen exactitud en situaciones cotidianas, pero obligan a repensar sobre la base de lo concreto, máxime cuando la referencia sobre la cual están construidas soslaya el eventual carácter multicultural del conflicto que están llamadas a resolver.

Es que, generalmente, las normas se construyen sobre una juridicidad estatal que, como máximo, entiende la posible juridicidad ajena pero sin receptarla. Por supuesto, que pretender la comprensión de las diferencias culturales a través de las normas del Derecho Internacional Privado estatal es, cuanto menos, una respuesta excesivamente optimista.

Desde otro ángulo, la crisis del Derecho Internacional, que claudica ante la impune desobediencia de sus preceptos, tiene puesta en tela de juicio su propia juridicidad, al no

7 Vide CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

8 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía)", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, t. I, págs. 112 y ss.

9 Al respecto, es altamente ilustrativo y actual el desarrollo sobre el diálogo entre Jesús y Pilatos en KELSEN, Hans, "Absolutismo y relativismo en filosofía y en política", en "¿Qué es Justicia?", trad. Albert Calsamiglia, España, Planeta - Agostini, 1993, págs. 124 y ss.

10 GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 75 y ss.

encontrarse posibilidad de sanción¹¹ cuando quien incumple ya no es un particular, sino un Estado.

Es que los Estados siempre defendieron la posibilidad de inaplicar el Derecho Internacional cuando éste conculca los más elementales principios del orden público interno y, claro está, ese orden público siempre estará definido por el Estado en cuestión¹², quien podrá repeler la internacionalidad bajo el reclamo de la soberanía.

No negamos la necesidad de la existencia del orden público interno, pero una excesiva utilización de tal institución, sólo puede generar respuestas nacionalistas exacerbadas, que no configuran una adecuada tolerancia y respeto al elemento extranjero involucrado.

La morigeración de la utilización de la cláusula de reserva de orden público, que debe aparecer como un recurso excepcional, constituye una exigencia de un Derecho Internacional Privado respuestoso de las juridicidades foráneas.

3.3. En tercer término, y ya desde el plano axiológico, cabe destacar que, de sostener la existencia de Derechos Humanos indemostrables, oponibles y generadores de deberes erga omnes, posiblemente la vinculación intercultural se vea frustrada.

Es que una posición objetivista al respecto sólo puede ser de utilidad en la medida en que la contraparte comparta los mismos presupuestos valorativos originarios. Caso contrario, estaremos en presencia de intentos por forzar creencias en el otro, que a ningún acuerdo civilizado pueden arribar.

Nótese que los cartabones axiológicos que se generan a partir del discurso oriental y occidental, suelen tener asimetrías que los diversos Estados involucrados no están dispuestos a transigir.

Por ello es que propugnamos una posición axiológica constructivista, sobre la base del logro de acuerdos parciales¹³, que permita arribar a consensos mayores, generadores de soluciones concretas. Sólo a través de este diálogo que referimos, podrá establecerse algún código común entre los Estados cuyos órdenes jurídicos se encuentren distanciados culturalmente.

IV. Conclusiones

Las respuestas sólo serán abordables desde posiciones que admitan y asuman la complejidad inherente al conflicto multicultural. Y es deseable que así sea, en tanto ya no es posible mantener discursos intransigentes que persigan la mera persuasión, sin respeto

11 Sobre la distinción entre Derecho y moral, establecida sobre la base de la categoría de sanción, vide KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1994, págs. 55 y ss.

12 En lo atinente a la conceptualización del instituto del orden público, p. v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 2^a ed., Bs. As., Depalma, 1974, págs. 139 y ss.

13 Cf. SUNSTEIN, Cass R., “Legal Reasoning and Political Conflict”, New York, Oxford University Press, 1996.

alguno del carácter diverso de los protagonistas involucrados.

En relación a lo planteado, se ha manifestado que “[e]l estudio de las diversidades y semejanzas del Derecho en el espacio ha sido sobre todo tema del Derecho Comparado, pero esta disciplina, en sí de gran valor esclarecedor, se satisface a menudo con un planteo estático y no suele atender a las interacciones entre los distintos sistemas jurídicos. El desarrollo del Derecho Universal debe integrar datos provenientes del Derecho Comparado para brindar una visión de conjunto de las afinidades y las diferencias, de las composiciones y descomposiciones y de las compensaciones y descompensaciones que, en su estática y en su dinámica, abarca la visión jurídica planetaria”¹⁴.

Creemos que, en la específica situación sometida a análisis, el camino ya iniciado es el más apropiado para el abordaje del problema y, desde nuestro lugar, alentamos a su continuación.

14 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, págs. 11 y ss.

**ESTADO DEL CONOCIMIENTO
EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA:
LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN
E IMPACTO SOCIAL
DE LA PRODUCCIÓN CIENTÍFICA
(INVESTIGACIÓN, POSGRADO
E IMPACTO SOCIAL) ***

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

I. Ideas básicas

1. Los contenidos de las respuestas de investigación y educación al problema de la vida humana, entendiendo a la *investigación* como la generación de nuevos saberes¹ y a la *educación* como el desenvolvimiento de la personalidad, dependen en gran medida de las circunstancias *materiales, temporales, espaciales y personales*.

En nuestro caso nos ocuparemos de la investigación y la educación en materia *jurídica* en las *Universidades públicas*; en el nivel temporal de *posgrado en la actualidad*; en el espacio de la *Argentina*, con proyección al de los *países iberoamericanos*, y en ámbitos de *complejos personales* signados por la presencia de los *investigadores* y el desenvolvimiento sólo relativamente diferenciado de *educadores y educandos*, pero también por el *arancelamiento* que tiende a fracturar la continuidad de la estructura de la sociedad. En definitiva nos interesa

* Ideas básicas de la exposición del autor en el Congreso Internacional de Estudios de Posgrado en Derecho realizado en Guadalajara del 9 al 11 de noviembre de 2006 organizado por la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Universidad Nacional Autónoma de México, el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad de Guadalajara y la Universidad Veracruzana (Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Universidad de Guadalajara. Universidad Veracruzana, <http://www.anuies.mx/secciones/convocatorias/pdf/CIEPD-jun06.pdf> –8-11-2006–; UNAM Posgrado Derecho. Congreso Internacional de Estudios de Posgrado en Derecho. Ponencias, http://www.posgrado.unam.mx/derecho/congreso/ponencias_r.htm –29-11-2006–).

** Director del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador principal del CONICET.

1 A través del seguimiento de “pistas” de posibles saberes. En este sentido, sobre la etimología de la palabra “investigación”, cabe c. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. V, 1983, pág. 795.

la vinculación de la investigación y la educación de posgrado en el complejo de la comunidad en general, especialmente en cuanto al impacto de ambos en la sociedad.

En uno de los espacios virtuales de reflexión organizados por el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (“La complejidad en la educación jurídica de posgrado”) hemos dicho que uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo, a los que han de atender también la investigación y la educación jurídica de posgrado, es la aptitud para la consideración de lo *complejo*². La complejidad puede presentarse en lo *material, temporal, espacial y personal*. Las propias expresiones “investigación jurídica de posgrado” y “educación jurídica de posgrado” son ya muestras de la complejidad de la tarea respectiva.

Si bien es importante superar la mezcla que se produce en la “complejidad impura” en una “simplicidad pura”, de la que se ocupó en gran medida la modernidad, hoy urge alcanzar una “complejidad pura” en ambas tareas.

II. La complejidad material, temporal, espacial y personal

a) *La complejidad material*

2. La riqueza de la investigación y la educación jurídica depende en gran medida del *objeto* que se asigne a la ciencia respectiva. Sin desconocer el aporte “purificador” kelseniano, dirigido a superar la complejidad impura en que el objeto jurídico positivo era “acosado” por el jusnaturalismo y por las ciencias sociales y humanas de reciente formación y desarrollo, creemos que hoy es relevante atender a las investigaciones tendientes a lograr una *complejidad pura*, en que la consideración de las normas se *integre*, sin mezclarse, con las referencias a la realidad social y los valores como, dentro de la gran corriente tridimensionalista, lo hace por ejemplo la *teoría trialista del mundo jurídico*³.

Aunque la noción de “vida” es difícil de precisar, es relevante comprender al Derecho como una perspectiva de la vida toda⁴. La dimensión sociológica que propone el trialismo se refiere a adjudicaciones de “potencia” e “impotencia”, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y sobre todo a la vida.

2 Puede v. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Roccia, 10^a. ed., Milán, Feltrinelli, 1997.

3 Es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a. ed., 5^a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1986; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As. , Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Es posible v. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>.

4 Esa dificultad de precisión no debe apartarnos de la realidad que más nos importa, la propia vida.

A nuestro parecer, la “complejidad material” ha de plantearse en la construcción del objeto jurídico (y también del propio objeto educativo) con sus alcances *internos*, de facticidad, lógica y referencias valorativas⁵ y con la atención al complejo de las ramas jurídicas⁶ y, con los alcances *externos*, de relacionamiento del objeto jurídico con el resto de las perspectivas humanas⁷. De aquí la importancia que también asumen los planteos interdisciplinarios.

Es imprescindible un buen modelo de construcción del objeto jurídico para la investigación, la educación y, en nuestro caso, el despliegue profundo del posgrado.

3. Es importante que la integración *interna* de la investigación y la docencia en el objeto jurídico y educacional se desenvuelva en despliegues *profesionales, científicos y filosóficos* atendiendo, en nuestro caso, a diferentes posibilidades de la educación de posgrado, en *carreras de especialización, maestrías y doctorado*, que penetran de diversas maneras en nuestra materia.

Se han de completar los despliegues *informativos* con los *formativos*, a fin de atender a éstos como uno de los objetivos últimos del proceso educativo. No sólo se debe atender a los contenidos *científicos* y *técnicos*, sino a los aspectos *pedagógicos*. Es significativo que, respetando los distintos niveles de los planteos, las diversas expresiones del posgrado puedan *nutrirse recíprocamente*. Según ya indicamos, también es relevante la integración *externa* que vincule debidamente el saber jurídico con el resto de las ciencias, por eso suele ser significativo que los posgrados se hagan con la colaboración de diversas facultades.

4. Creemos que hoy el mayor desafío que han de afrontar la investigación y la educación jurídica en su conjunto es la relación del *capitalismo* con la *vida humana* en general. La cultura es un producto humano, que en general favorece a la vida, pero también suele perjudicarla, por ejemplo, limitándola. En la Edad Media los límites los impuso sobre todo la religión; hoy se producen por el capitalismo.

b) La complejidad temporal

5. La expresión “posgrado” indica un sentido *temporal* situado “luego” del grado, pero en un complejo en que, como en toda temporalidad, se entrelazan el pasado, el presente y el

5 A nuestro parecer, válidas entre quienes comparten ciertos puntos de partida.

6 Es posible v. nuestro artículo “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 33/76.

7 Algo análogo aspiramos para la ciencia de la educación y la teoría de la investigación, mediante la superación de las construcciones lógicas en la atención de los hechos y las referencias a valores (cabe c. nuestros trabajos “Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia”, en “Zeus”, t. 29, págs. D-175 y ss.; “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la Universidad Nacional de Rosario, N°. 2/3, págs. 89 y ss.)

porvenir. El tiempo humano, que concebimos como temporalidad, cargada de oportunidades vitales, requiere una profunda atención de las vinculaciones entre los tres momentos.

La graduación universitaria produce un relativo “corte” en el tiempo que, como todos los cortes de un complejo, tiende a producir seguridad. Tradicionalmente el grado asegura a los graduados, y de cierto modo a la sociedad, respecto del reconocimiento social y de las aptitudes adquiridas. Sin embargo, la fuerte interrelación entre el pasado y el futuro, sobre todo por la gran influencia que éste ejerce en razón de los grandes cambios históricos actuales, quizás constitutivos de una *nueva era*, hace imprescindible que la investigación y el proceso educativo continúen después de la graduación, de manera *permanente*. Las revoluciones en la globalización/marginación, las comunicaciones, la información y la reproducción y sobre todo la genética humana marcan un tiempo cuyas particularidades superan ampliamente a las de una nueva edad histórica.

En el curso de la temporalidad es relevante la *articulación* del grado y el posgrado. Graduarse es estar en un nivel más alto, desde donde se observa mejor el panorama, no egresar. A la Universidad se debe ingresar para no egresar más. Las Universidades tradicionales se pensaron “nuclearmente” en el grado, hoy importa mucho pensarlas también desde el posgrado.

Además de los despliegues materiales antes señalados, la educación de posgrado tiene referencias más específicamente temporales, como los cursos y programas de actualización y la investigación y la educación de cierto modo culminante en el *posdoctorado*. Asimismo es importante que las otras carreras diversas del doctorado ofrezcan también actividades “poscursos”, con los alcances de investigación y educación que resulten pertinentes⁸.

8 En nuestro aporte al Espacio Virtual Actividades Poscursos del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires dijimos:

A nuestro parecer, el ideal de la educación permanente, requerida de manera principal por el *cambio de era de la historia* que nos toca vivir, exige que los cursos de los doctorados, maestrías, carreras de especialización e incluso programas de actualización continúen luego de los cursos respectivos. Es necesaria la *formación permanente*. Puede decirse que, sin perjuicio de las diversas concepciones, la Universidad de nuestros días es un complejo de educación, investigación, proyección profesional, extensión y promoción social a pensar y realizar no sólo desde el grado sino en el *posgrado*. Corresponde al posgrado la responsabilidad última de la formación permanente.

Resulta relevante que se ofrezcan *actividades “poscursos”*, de docencia, investigación, formación profesional y extensión entre las cuales cabe referir en lugar destacado el nivel de *Posdoctorado*, de investigación y docencia, que la Dirección del Departamento propuso oportunamente y ha sido aprobado por el H. Consejo Directivo, encontrándose ahora a la espera de aprobación su reglamentación. En general, urge *conservar y desarrollar* los niveles alcanzados en los cursos a “continuar”.

La continuidad más allá de los cursos de las maestrías, las carreras y los programas es un desafío que plantean, con características propias, las circunstancias de cada caso. Puede resolverse, por ejemplo, a través de:

- . ofrecimiento de nuevos cursos;
- . reuniones y redes electrónicas de reflexión y debate;
- . jornadas y encuentros;
- . conferencias;

En un cambio de era de la historia como el que se está presentando, la seguridad ha de lograrse a través de una constante *asunción de la inseguridad*. El saber de posgrado, incluso en los niveles de mayor profundidad, debe ser, sobre todo en tiempos como el nuestro, un conocimiento *constantemente renovado* y la *educación permanente* es una necesidad de gran significación. De aquí la importancia de la interrelación de *investigación y educación*. La educación de posgrado ha de ser “*motor*” en el sistema educativo en general⁹.

c) La complejidad espacial

6. La investigación y la educación están en honda interrelación con el espacio en que se desenvuelven. En consecuencia, en la Argentina y en Iberoamérica, requieren características propias del país y la región. Es imprescindible entenderlas en relación con la situación relativamente marginal del país y el área general, en un proceso de globalización/ marginación en el cual, a diferencia de los países “centrales” los iberoamericanos tienen, en diversos grados, un estrato muy fino de globalización y otro muy grueso de marginalidad¹⁰.

En marcos de “subdesarrollo”, el posgrado ha de ser un factor para superarlo. El posgrado es una oportunidad para avanzar en el sentido de referencia al mundo “desarrollado”, pero es imprescindible volcar amplios beneficios al mundo marginal, en cuanto a contenidos e incluso en la extensión universitaria.

La cultura iberoamericana resulta escindida entre sectores *ibéricos tradicionales*, más católicos de referencia relativamente medieval, comunitaristas y paternalistas, y sectores más

- . tareas de documentación;
- . trabajos de investigación;
- . publicaciones en Internet con el respectivo consentimiento de los autores ;
- . creación de boletines electrónicos de la especialidad;
- . apoyo para la obtención de becas, etc.

Sería conveniente que cada espacio de posgrado conservara la disponibilidad de un *banco de datos* para la vinculación con quienes fueron sus alumnos. El ámbito “poscursos” puede ser un campo adecuado para la intensificación de trabajos “interdisciplinarios”.

Las citas respectivas expresan:

El Departamento tiene en gestión la disponibilidad de una página en Internet con el objetivo de dar difusión a los trabajos elaborados en los cursos y como tareas “poscursos” por los docentes y alumnos.

Pueden v. por ej. Revista Digital de Educación y Nuevas Tecnologías, Contexto Educativo, Lineamientos básicos para el diseño y desarrollo de programas de formación permanente de profesionales, Antonio Alanis Huerta, <http://contexto-educativo.com.ar/2002/4/nota-08.htm> (25-5-2006); Educastur, <http://www.educastur.princast.es/formacion/actividades/> (25-5-2006).

9 Es posible v. José Joaquín Brunner Etica Universitaria en Tiempos de Cambio, http://mt.educarchile.cl/mt/jbrunner/archives/2005/11/etica_universit.html (10-10-2006).

En todo caso, también en posgrado, importa evitar la “*extemporaneidad*”.

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

anglofranceses, más modernos, individualistas y abstencionistas¹¹. En diversas circunstancias, los sectores ibéricos tradicionales incluyen asimilaciones indígenas y fueron reforzados por inmigrantes, por ejemplo del Sur de Italia y de España. Los sectores anglofranceses fueron nutridos por la presencia norteamericana. Las universidades suelen ser espacios anglofranceses, al punto que en alguna circunstancia un sector hispánico tradicional clamó en la Argentina “¡alpargatas sí, libros no!”¹², pero urge que desde el posgrado se asuma la complejidad de la región para integrar la sociedad en general.

La tecnología actual permite la *educación a distancia* y ésta constituye un difícil reto para la educación de posgrado.

d) La complejidad personal

7. Estimamos que en la investigación y la educación de posgrado se ha de considerar el complejo *social*, integrando aportes *interpersonales*, hoy atendiendo debidamente a los despliegues de la *multiculturalidad*. El espacio de posgrado debe concretar con especial intensidad el aporte de la investigación a la sociedad y el proceso de aprendizaje coadyuvante entre de *educadores* y *educandos*, convocando incluso, por otra parte, a otras facultades del país y el extranjero. Es significativo el diálogo entre los diferentes espacios de posgrado de la misma Universidad y con otros espacios análogos de otras Universidades. A su vez, se ha de atender al diálogo con el resto de la sociedad, que debe nutrirse del posgrado y ha de nutrirlo con sus inquietudes, ideas, etc. Toda tarea de investigación y de educación ha de tener en cuenta que el saber es también *poder y utilidad* y el gran *impacto social* que ambas actividades producen. Corresponde atender a las posibilidades de realizar la *justicia* que pueda lograrse a través de la investigación y la docencia. Importa la *difusión* de las actividades de posgrado y sus resultados, en soporte tradicional y electrónico.

Si la educación de los niveles básicos debe preservar más las individualidades regionales y nacionales, la educación universitaria, sobre todo de posgrado, debe contribuir más a la integración de esas individualidades en una *universalidad* que, adecuándose a las posibilidades de integración espacial, alcance una proyección al fin planetaria. Urge no confundir universalidad con globalización desconocedora de las particularidades.

Importa mucho la formación de los investigadores, los educadores y los educandos. La investigación y la educación, también en posgrado, generan *responsabilidad social*. Es relevante la relación del posgrado no sólo con el resto de la vida universitaria, sino con el resto del complejo de la *sociedad y la humanidad*.

11 Puede v. nuestro trabajo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 27, págs. 113/126.

12 Acerca de la polémica al respecto, puede v. ¿Qué es un escritor nacional? Un texto de Juan José Hernández Arregui, <http://www.lucheyvuelve.com.ar/General/jharregui.htm> (6-11-2006).

8. Un problema difícil de resolver, vinculado a la tensión entre la *economía* y el resto de la *vida* tan significativa en nuestros días, es la frecuente necesidad del *arancelamiento* de los cursos de posgrado, que limita las posibilidades de acceso a la educación superior.

En todo caso importa resolver si la educación es un problema individual o un problema social y, aunque en el nivel de posgrado suele predominar la primera tendencia, la solución en tal sentido no nos resulta clara, no sólo respecto de los investigadores y los educadores sino de los aspirantes al posgrado en general. Como ya expresamos, el posgrado tiene un gran impacto en la sociedad e importa que ésta asuma la formación respectiva como problema propio. Claro está que la “socialización” de la educación ha de ir acompañada en principio de cierta “socialización” de los resultados de la misma.

En las *Universidades públicas* la responsabilidad en la socialización del saber, también en el posgrado, resulta a nuestro parecer particularmente intensa. La Universidad pública ha de servir a la sociedad que la nutre. Un tema relevante es la necesaria y a menudo difícil vinculación de la Universidad pública con el mundo de la economía y, en particular, el mundo empresario¹³.

III. La necesidad de una estrategia para la complejidad

9. Puede decirse que, sin perjuicio de las diversas concepciones, la Universidad de nuestros días es un complejo de educación, investigación, proyección profesional, extensión y promoción social¹⁴ a pensar y realizar no sólo desde el grado sino en el *posgrado*. Corresponde al posgrado la responsabilidad última de la formación permanente.

La formación de los investigadores y los docentes de posgrado en cuanto a contenidos y aptitudes en lo metodológico, epistemológico, pedagógico, etc. según corresponda, es muy relevante con miras a la promoción integrada de la investigación, la docencia y la extensión. El aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información ha de ocupar lugares destacados.

Sería conveniente que cada espacio de posgrado conservara la disponibilidad de un *banco de datos* para la vinculación con quienes fueron sus alumnos. El ámbito “poscursos” puede ser un campo adecuado para la intensificación de trabajos “interdisciplinarios”.

Al fin se ha de desarrollar una *estrategia* educativa que, con los necesarios despliegues tácticos, satisfaga las múltiples necesidades del área. Vale completar la estructura de las áreas de posgrado en las cuatro perspectivas señaladas de materia, tiempo, espacio y personas.

13 En cuanto a los alcances, la dinámica y las situaciones de las respuestas jurídicas y culturales en general, es posible 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).

14 Cabe c. por ej. FMM Educación. 1918: Reforma Universitaria (Manifiesto de Córdoba), <http://www.fmmEducacion.com.ar/Historia/DocumentosHist/1918universidad.htm> (29-11-2006); La Reforma Universitaria de 1918, http://www.clarin.com/diario/especiales/yrigoyen/textos/ref_univ.htm, (29-11-2006).

10. En los sentidos referidos, el *Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*¹⁵ ha ampliado considerablemente el complejo de su oferta educativa; impulsa la *documentación*, incluso con proyecciones informáticas¹⁶ y la

15 Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados.php> (1-11-2006).
 Puede v. nuestro artículo “Tarea de la cátedra de Introducción al Derecho”, en “*Juris*”, t. 41, págs. 289 y ss.

16 En relación con la documentación, es posible c. v. gr.:
 Facultad de Derecho de la UBA, Biblioteca, <http://www.derecho.uba.ar/biblioteca/index.php> (12-8-2006)
 EDIBCIC, <http://www.edibcic.org/VIIEDIBCIC.htm> (13-8-2006)
 ABECIN, <http://www.abecin.org.br/portal/abecin/main.php?sl=meredi> (13-8-2006)
 Escuela Universitaria de Bibliotecología y Ciencias Afines, http://www.eubca.edu.uy/extension_y_cooperacion/cooperacion_internacional.php (13-8-2006)
 INFOLAC, <http://infolac.ucol.mx/observatorio/vi-encuentro-edibcic.html> (13-8-2006)
 Base de Datos Unificada, BDU, SIU, <http://bdu.siu.edu.ar/> (13-8-2006)
 CAYCIT, <http://www.caicyt.gov.ar/> (13-8-2006)
 CIDOC, http://www.unr.edu.ar/info/cidoc/_open.htm (13-8-2006)
 Biblioteca Secyt, Responsables de la capacitación, difusión y consultas generales, http://www.biblioteca.secyt.gov.ar/coordinadores_generales.htm (13-8-2006)
 Thompson Scientific, <http://www.isinet.com/> (13-8-2006)
 Université Pierre et Marie Curie, La Science á Paris, La documentation scientifique, http://www.upmc.fr/FR/info/Documentation_scientifique/010401 (13-8-2006)
 Consiglio Nazionale delle Ricerche, Instituto di studi socio-economici sull'innovazione e le politiche della ricerca, <http://www.isrds.rm.cnr.it/> (12-8-2006)
 Centro de Información y Documentación Científica, <http://www.cindoc.csic.es/> (13-8-2006)
 Revista Española de Documentación Científica, <http://www.cindoc.csic.es/redc/redc.html> (13-8-2006)
 Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección de Estudios de Posgrado, Maestro y Doctor en Bibliotecología y Estudios de la Información, <http://www.filos.unam.mx/POSGRADO/programa/biblio.htm> (13-8-2006)
 UTEM, Facultad de Administración y Economía, Departamento de Gestión de Información, Escuela de Bibliotecología, Fundamentos de la Bibliotecología, http://www.utem.cl/deptogestinfo/fundamentos_bibliotecolog%EDa.doc (13-8-2006)
 Instituto Tecnológico de Santo Domingo, Bibliotecología y Ciencia de la Información, <http://www.intec.edu.do/programas/hum/bci.html> (13-8-2006)
 Curso monográfico, Desarrollo de habilidades informativas a través de la resolución de problemas, <http://cicic.unizar.es/Ibersid2004/curso.htm> (12-8-2006)
 Importancia de la documentación e información científica en la toma de decisiones clínicas. Ponencia en las VI Jornadas de Documentación e Información en Ciencias de la Salud, Rafael Bravo, Toledo. Madrid 16 de Noviembre de 1995, <http://www.infodoctor.org/rafabravo/jornadas.htm> (13-8-2006)
 Norma ISO-10013, La Documentación de Sistemas de Gestión de Calidad, Jorge Bravo, <http://www.ls.eso.org/lasilla/quality/PDF/Documentacion%20ISO-10013.pdf> (13-8-2006)
 Acerca de la Didáctica en general, pueden v. por ej.:
<http://www.ull.es/publicaciones/latina/2002/latina50mayo/5006tejada.htm>
http://www.unifr.ch/didactic/rubrique.php3?id_rubrique=32
<http://www.bfh.ch/index.php?nav=50&lang=fr>
<http://www.educa.aragob.es/aplicadi/didac/dida47.htm>
http://sup.ups-tlse.fr/pedagogie/docs/texte_romainville_190505.pdf
http://www.comepo.org.mx/comepo_files/pdfs/trabajos-congreso2004/M4-S1-2.pdf
<http://www.aulafacil.com/Didactica/bibliografia.htm>

investigación articulada con su oferta *docente*; cuenta con un *Área Pedagógica*; promueve la *educación a distancia* y va constituyendo *espacios virtuales* para el diálogo entre los partícipes de la actividad departamental¹⁷.

11. Al fin, urge una tarea jurídica de posgrado que atienda, en las medidas adecuadas a ese nivel, a la compleja composición de la Universidad. En particular es importante que tenga en cuenta las perspectivas materiales, temporales, espaciales y personales con que puede comprenderse mejor la ubicación del posgrado.

Aunque la tarea es difícil, creemos que el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires está satisfactoriamente encaminado a su realización¹⁸.

<http://www.upn.mx/docs/cultural/programa-congreso-didactica-universitaria-23062006.pdf>
http://www3.unifi.it/dpfilo/upload/sub/Materiali/Conferenza_Dipartimento/Conf_Dip_Relazione_ricerca.pdf
<http://www.monografias.com/trabajos12/didun/didun.shtml>
<http://www.tach.ula.ve/ap/otras01.htm>
<http://www.ateiamerica.com/pages/vid3g3.htm>
<http://cmc.ihmc.us/papers/cmc2004-191.pdf>
<http://www.acaedu.edu.ar/>
http://www.unsam.edu.ar/escuelas/humanidades/centros/c_didacticas/presentacion.asp?m=1&s=3&s1=4
(octubre de 2006)

17 Pueden v. por ej. Revista Digital de Educación y Nuevas Tecnologías, Contexto Educativo, Lineamientos básicos para el diseño y desarrollo de programas de formación permanente de profesionales, Antonio Alanis Huerta, <http://contexto-educativo.com.ar/2002/4/nota-08.htm> (25-9-2006); Educastur, <http://www.educastur.princast.es/formacion/actividades/> (25-9-2006).

18 A la luz de las consideraciones que anteceden es viable evaluar mejor la educación de posgrado (en cuanto a estos temas es posible v. “Reflexiones sobre Calidad Educativa, Política, Gestión y Formación”, en este mismo número de “Investigación...” cit.).

INTEGRACIÓN Y SOCIEDAD CIVIL

(En la búsqueda de la complejidad para la integración) *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

I. Nociones fundamentales

1) *La integración y el desafío de la complejidad*

1. La integración *real*, diversa de la dominación que a veces se esconde con su nombre¹, es uno de los requisitos para alcanzar la *universalización* donde la complejidad planetaria respeta las particularidades de los Estados². Sin embargo, su logro es muy difícil, sobre todo en ámbitos como el Mercosur, donde uno de los requisitos fundamentales, que es el *reconocimiento de la complejidad* por *Estados consistentes y confiables*, parece resultar inviable.

La integración del *Mercosur*, que quizás un día se logre hacer Unión del Sur, ha de ser la respuesta a nuestra unidad geográfica, de manera notable en cuanto se refiere a la Cuenca del Plata; a la estructura cultural indígena, con la fuerte presencia de la familia lingüística tupí-guaraní³; a la conflictiva pero relevante tradición colonial ibérica, de países que comparten la

* Sobre la base de este artículo expuso el autor en la VIII Jornada Argentina de Integración, llevada a cabo en Azul el 5 de diciembre de 2006 con la organización de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

El autor desea que este trabajo sea un homenaje a los organizadores de la Jornada, que han sabido mantener la continuidad de las reuniones durante ocho años.

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

1 Pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación y Docencia”, N° 37, págs. 85/140). Fenómenos de dominación oculta pueden encontrarse en el ALCA y posiblemente en el NAFTA.

2 Puede v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001. La asunción de la complejidad es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo (es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. XVII y ss.; BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10^a ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.).

3 Cabe c. nuestro artículo “Tres reflexiones filosófico históricas sobre la vida de los guaraníes”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 4, págs. 63 y ss.

misma península y tienen historias a menudo entrelazadas⁴; a nuestra religiosidad predominante católica; a nuestras lenguas muy semejantes y a nuestras posibilidades económicas comunes, necesarias para evitar la absorción por la gran economía mundial encabezada por los Estados Unidos de América. Nuestras divisiones provienen del traslado de tensiones ajenas, en principio europeas, que estimamos pueden ser superadas. Es cierto que tenemos dificultades, por ejemplo por la asimetría de los países, pero ellas podrían salvarse si mediara una sabia y fuerte decisión política⁵.

2. Parece notorio que hoy el Mercosur está en crisis, en gran medida por la *vocación simplificadora* y por la ausencia del reconocimiento de “*cuestiones de Estado*”, sostenibles más allá de las circunstancias, que se presentan en algunos de los países de la región.

Simplificamos el *espacio*, ateniéndonos sólo a cuestiones locales; el *tiempo*, considerando únicamente las circunstancias presentes; los despliegues *personales*, haciendo prevalecer intereses grupales e incluso posibilidades electorales y la *materia*, ocupándonos sólo de aspectos limitados de la convivencia. Ya Burckhardt advertía contra los simplificadores; sus radicalizaciones suelen originar graves fracasos y consecuencias terribles, incluso grandes enfrentamientos bélicos, pero en nuestro ámbito la advertencia es desconocida⁶. La “humildad” del reconocimiento de la complejidad tiene, en cambio, casi siempre magníficas recompensas.

Sin desconocer defeciones relativamente análogas en otros países y circunstancias de la integración, nos referiremos en este caso a la controversia por la instalación de “*pasteras*” en uno de los márgenes del río Uruguay⁷. Creemos que en el caso ni el Uruguay ni la Argentina han estado a la altura de la situación para comprender la complejidad del problema y preservar el interés superior encuadrado en el proceso integrador.

4 Puede v. por ej. nuestro trabajo “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 4, págs. 113 y ss.

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

6 Cabe c. por ej. Ambientico, Franz Hinkelammert, Los simplificadores de este complejo mundo , <http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/112/franz.htm> (2-12-2006); LOS TERRIBLES SIMPLIFICADORES , Artículo de Luis González Seara en “La Razón” del 29.09.2003, <http://www.lbouza.net/gsear2.htm> (3-12-2006). La complejidad de la realidad actual suele ser ignorada por grandes simplificadores promotores de guerras, desde Occidente y el Islam.

7 En cuanto al estado del debate y los ánimos de la población, puede v. por ej. Argentina Indymedia, <http://argentina.indymedia.org/news/2006/04/396836.php> (10-12-2006); Urgente24, http://www.urgente24.com/index.php?id=84&tx_ttnews%5Btt_news%5D=62365&tx_ttnews%5BbackPid%5D=17 (10-12-2006); cono sur, <http://www.proyectoconosur.com.ar/Noticias/NoticiaMuestra.asp?Id=4767> (10-12-2006). Es posible c. un relato desde un punto de vista uruguayo en La Onda digital, Crónica de prensa de la controversia con Argentina, <http://www.uruguay2030.com/Laonda/Laonda/Documentos/Cronica%20de%20prensa%20de%20la%20controversia%20con%20Argentina.htm> (10-12-2006).

3. Dado que la mejor manera de resolver un problema es reconocerlo (tal vez prefiera decirse “construirlo”) de modo adecuado, deseamos plantear *algunas cuestiones*, sobre todo como *interrogantes* que nos parecen fundamentales para concientizarnos con miras a solucionar el conflicto planteado. No pretendemos, en modo alguno, desconocer el valor de las perspectivas de quienes defienden la instalación de las pasteras y de quienes se oponen a ella, pero creemos que ambos enfoques son *partes* de una *complejidad mucho mayor*.

En nuestro caso, nos referiremos sobre todo a la situación del Estado argentino. En este marco, estimamos que nuestro país parece no apreciar debidamente el plexo problemático que enfrenta, ni apreciar siquiera que hay intereses perdurables en juego. Consideramos notorio, sin embargo, que si la controversia acerca de las pasteras ha de resolverse satisfactoriamente lo ha de ser en términos de reconocimiento de la complejidad. No cuestionamos los objetivos, creemos inconveniente la simplificación que evidencia la *manera de plantearlos*.

A nuestro criterio, todo el problema de la integración es *siempre* una complejidad problemática. Al fin, la Unión Europea se ha ido logrando a través de superaciones de las simplificaciones en la consideración de la complejidad.

2) *La problemática de la complejidad en la Argentina*

4. Una de las perspectivas de la problemática es que la Argentina, como otros países latinoamericanos, ve dificultada su posibilidad de integración porque es un país en estado “*prehobbesiano*” que no parece contar con el monopolio gubernamental de la fuerza, de modo que genera constantes situaciones de *inseguridad* y *falta de confiabilidad*. Tal vez hoy en nuestro país se crea que la mejor manera de descomprimir las tensiones sociales es permitir la inseguridad, pero ésta causa graves perjuicios internos y externos. Es más: no se alcanzan a diferenciar los conflictos de presente de los *intereses permanentes* del país y la diversidad entre el *tener razones* y el pretender hacerlas valer de *maneras contraproducentes*. La Argentina no resulta suficientemente sólida y posee una muy débil conciencia de la justicia general, referida al conjunto social; del Derecho Público que al fin se inspira en ella; de las “cuestiones de Estado” y de la estrategia⁸.

Sin negar que la actitud uruguaya no hizo lo necesario al menos para preservar la “afinidad integradora”, consideramos que hasta la actualidad las posiciones de nuestro país no han mostrado comprender que las vías de hecho en cuanto a los cortes de rutas, que al menos se han permitido, si no animado, pueden afectar gravemente la relación argentino-uruguaya que, desde hace bastante más de dos siglos se aprecia como una de las *exigencias*

8 Es posible v. nuestros artículos “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación...” cit., Nº 32, págs. 25/6; “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación...” cit., Nº 36, págs. 21/31.

“geopolíticas”⁹, primero de España y luego de los países ribereños del Río de la Plata¹⁰.

Para frenar la pujanza de la penetración portuguesa y brasileña en la región, apoyada en su momento por Inglaterra, España y la Argentina realizaron enormes esfuerzos y al final lograron que al menos esa penetración no llegara a ocupar una de las riberas del Río de la Plata, aunque las dos costas ya no pertenecieran al mismo país. A fin de hacer desaparecer la amenaza de la Colonia del Sacramento en el Río de la Plata se concedieron importantes extensiones al poder lusitano e incluso se llegó a la firma del Tratado de Permuta de 1750. Diversas guerras e incluso la fundación del Virreinato del Río de la Plata, con la reorganización territorial que esto trajo aparejada, fueron el resultado de la comprensión hispánica y luego argentina de la importancia estratégica del control de la desembocadura de la Cuenca. Es posible que esta relevancia se haya debilitado, pero creemos que hoy no ha desaparecido.

5. Permitir el deterioro de las relaciones con el Uruguay e impulsar a una situación difícil a un país relativamente pequeño como nuestro vecino puede significar que éste se sienta inclinado a privilegiar sus relaciones con Brasil e incluso con los Estados Unidos de América, con las graves consecuencias que tal actitud podría traer aparejadas para nuestro país.

Sin desconocer que la significación económica regional de la pastera ahora en cuestión puede ser limitada, ni pasar por alto que podrían estar planteándose conflictos entre posiciones más ecologistas o industrialistas muy difíciles de resolver en nuestra región, consideramos que en la controversia se presentan al fin problemas de *relevancia histórica* para toda la Argentina y la zona mercosureña en general.

6. En relación con el “sentido” de la Cuenca del Plata, la Argentina ha sido construida en proyección “vertical”, con referencia al Sur, de donde resulta la enorme concentración en la zona de Buenos Aires, pero mucho le va a su integración incluso interna, el desarrollo de corredores “horizontales” que no pasen por el centro de acumulación porteño, como los que pueden valerse de los puentes ahora cortados¹¹.

7. Según hemos señalado, parecería que el Estado argentino no comprende suficientemente que tener razón no basta para hacerla valer de *modos* no admisibles para el ámbito del poder internacional. Salvando la distancia, algo relativamente semejante ocurrió cuando la Guerra

9 Cabe c. nuestro trabajo “Geojuridicidad”, en “Investigación...” cit., N° 22, págs. 31 y ss.

10 Puede v. Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas, obra dirigida por Carlos Escudé y Andrés Cisneros, <http://www.argentina-rree.com/historia.htm> (9-12-2006); en especial por ej. <http://www.argentina-rree.com/2/2-003.htm> (9-12-2006).

11 Es posible v. por ej. Portal Bioceánico, <http://www.portalbioceanico.com/> (11-12-2006); Corredor Bioceánico del Mercosur, <http://www.grupotorcello.com.ar/proyectos/Corredor%20bioceancio/index.htm> (11-11-2006).

de Malvinas¹² arruinó importantes posibilidades de negociación que podían abrirse por entonces y ahora casi han desaparecido.

Es cierto que desafiar al poder internacional puede resultar a veces exitoso, como sucedió en la cuestión de la deuda externa argentina, pero también lo es que al hacerlo hay que tener clara conciencia de los riesgos. Es notorio que en el panorama internacional existe una *constitución material* cuyos alcances hay que saber manejar a corto y largo plazo¹³.

Obviamente, por las razones históricas que hemos señalado, no puede esperarse que Brasil, país que siempre ha mostrado una clara conciencia de sus intereses también en lo internacional, adopte posiciones muy decididas para resolver un conflicto en que quien tiene mucho que perder es nuestro país y, según ciertas perspectivas, él tiene por ganar¹⁴.

3) *La posibilidad de intervención de la sociedad civil*¹⁵

8. No sería acertado desconocer que el conflicto por las papeleras se ha presentado en gran medida por la intervención de sectores de la *sociedad civil* ansiosos de frenar un desafío industrial capitalista que les resulta excesivo, pero creemos que dentro o fuera de

12 El conflicto bélico respondió a una “empresa privada” de un gobierno agonizante, sin concepción de Estado.

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

14 En cuanto a la relación con Paraguay respecto a papeleras ubicadas del lado argentino del Paraná, puede v. por ej. IDEA, http://www.idea.org.py/servicio_noticias/06_01papeleras.html (10-1-2006).

15 Adoptando ideas de Norberto Bobbio, entendemos por sociedad civil la esfera de relaciones entre individuos, entre grupos y entre clases sociales que se desarrollan fuera de las vinculaciones de poder que caracterizan a las instituciones estatales (BOBBIO, Norberto, “Sociedad civil”, en BOBBIO, Norberto y otros, “Diccionario de Política”, redactores ed. española José Aricó y otros, trad. Raúl Crisafio y otros, 11^a. ed., Madrid, Siglo XXI, t. 2, 1998, págs. 1519 y ss.). En relación con el tema pueden v. por ej. ACOTTO, Laura, “Las Organizaciones de la Sociedad Civil. Un camino para la construcción de ciudadanía”, Bs. As., Espacio, 2003; BOBBIO, op. cit.; GELLNER, Ernst, “Condiciones de la sociedad civil: la sociedad civil y sus rivales”, trad. Carlos Salazar, Barcelona, Paidós, 1996; GARCIA DELGADO, Daniel - DE PIERO, Sergio, “Articulación y relación Estado-Organizaciones de la Sociedad Civil. Modelos y prácticas en la Argentina de las reformas de segunda generación”, Bs. As., FLACSO, 2003; DRUMMOND, José Augusto, “O terceiro setor como ejecutor de políticas públicas: ONG's ambientalistas na Bahía de Guanabara (1990-2001)”, en “Revista de Sociología e Política”, Dossiê Federalismo, N° 24, págs. 177 y ss.; IBARRA, Pedro - TEJERINA, Benjamín (eds.), “Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural”, Madrid, Trotta, 1998 (puede v. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, vol. VIII, n° 440, <http://www.ub.es/geocrit/b3w-440.htm> –10-10-2006–); LANDER, Edgardo, “Sociedad civil: ¿Un espacio democrático de los movimientos sociales y del movimiento popular?”, en “Utopía y Praxis Latinoamericana”, N° 18, págs. 109 y ss.; PNUD, BID y GADIS, “Índice de desarrollo de la sociedad civil de Argentina. Total País”, Bs. As., Edilab, vs., 2004; SIMEANT, Johanna, “Entrer, rester en humanitaire: des fondateurs de MSF aux membres actuels des ONG médicales françaises”, en “Revue française de Science Politique”, vol. 51, N° 1-2, págs. 47 y ss.; SOUSA SANTOS, Boaventura de, “El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política”, Madrid, Trotta, 2005 (cabe v. presentación de Juan Carlos Monedero, en http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/EI%20Milenio%20Huérano_30Maio2005.pdf –10-10-2006–); THOMSON, Andrés, “Políticas públicas y sociedad civil en Argentina. El papel de las organizaciones sin fines de lucro”, Bs. As., CEDES, 1995;

esta situación conflictiva la sociedad civil tiene también mucho que hacer para desarrollar la integración mercosureña¹⁶.

TREVIÑO RAUGEL, Javier, "Las ONG de derechos humanos y la redefinición de la soberanía del Estado mexicano", en "Foro Internacional", vol. XLIV, Nº 3, págs. 509 y ss.; COCCA, Aldo Armando, "Las Fundaciones", Bs. As., Plus Ultra, 1981. También es posible v. nuestro trabajo "Comprensión jusfilosófica de las fundaciones", en "Investigación..." cit., Nº 13, págs. 5 y ss.

Puede c. Qué es y cómo funciona el Foro Consultivo Económico Social, http://www.proconsumer.org.ar/Mercosur_QUE_ES_FCES.htm (2-12-2006); Consejo Consultivo de la Sociedad Civil, <http://www.mrecic.gov.ar/ccsc/> (4-12-2006); Promocion.ar, <http://www.promocion.ar/castellano/index.php?archivo=php/ccsc.php>, sobre la Representación Especial para la Integración y la Promoción Social (2-12-2006); Consejo Consultivo de la Sociedad Civil, <http://www.mrecic.gov.ar/ccsc/mercous.htm> (2-12-2006); Comisión de la Abogacía del Mercosur, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, Foro Educativo Mercosur, http://www.me.gov.ar/edusol/fem_docbase.html (3-12-2006); El Futuro de la Unión Europea - Debate, Participación De las Organizaciones de la Sociedad Civil, http://europa.eu/constitution/futurum/civil_society_es.htm (3-12-2006); "Tercer Sector", Publicación de la Fundación Del Viso; Agenda del CENOC, Presidencia de la Nación, Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, Centro de Organizaciones de la Comunidad, http://www.cenoc.gov.ar/ultimo_boletin.html (10-10-2006); CEDES, Centro de Información, http://www.cedes.org/informacion/ci/publicaciones/doc_c.html (10-10-2006); CLACSO, Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe, <http://www.clacso.org.ar/biblioteca> (10-10-2006); United Nations, Research Institute for Social Development, [http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpPublications\)/2698FCE2FDAC8826C125708800269FE8?OpenDocument&language=es](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpPublications)/2698FCE2FDAC8826C125708800269FE8?OpenDocument&language=es) (15-11-2006); The United Nations and Civil Society, <http://www.un.org/issues/civilsociety/> (15-11-2006); La Universidad peruana ante los retos del presente, Sugerencias planteadas a partir del concepto de "sociedad civil", Dr. Luis Eduardo Bacigalupo, http://www.pucp.edu.pe/ira/filosofia-peru/pdf/peru_contemporaneo/sugerencias_plante_baciga.pdf (10-10-2006); Palestra, Portal de Asuntos Públicos de la PUCP, ¿Qué es la sociedad civil?, Gonzalo Gamio, <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?id=31> (15-11-2006); forociudadano.com, Ideas y conceptos. Los avatares de la noción de sociedad civil, Oscar Fernández, <http://www.forociudadano.com/ideas/FernandezSociedadCivilConcepto.htm> (9-10-2006); Sociedad Civil, http://www.wolton.cnrs.fr/glossaire/esp_sociedad Civil.htm (10-10-2006); Universidad Argentina de la Empresa, Centro de Estudios Avanzados, RIGOU, María (Dra.) - MORENO, Verónica (Lic.), "Las relaciones entre las fundaciones empresarias y las organizaciones de apoyo de la sociedad civil en el ejercicio de la R. S. E.", <http://www.comunicarseweb.com.ar/pdfs/relaciones-uade.pdf> (9-10-2006); Cuerpo de Administradores Gubernamentales. Asociación de Administradores Gubernamentales, Primer Congreso Argentino de Administración Pública, Sociedad, Gobierno y Administración Pública, http://www.ag.org.ar/cong_ap1.htm (4-11-2006), Segundo Congreso, http://www.ag.org.ar/ap_2cong.htm (4-11-2006); La Sociedad Civil, http://www.lasociedadcivil.org/new_index.phtml?ac=ciberteca&querystr=&querycampo=c.autor&querycat=2&x=6&y=9 (4-11-2006); Tercer Congreso http://www.ag.org.ar/cong_ap3.htm (4-11-2006); Grupo de Fundaciones, <http://www.gdf.org.ar/> (6-11-2006); Guía ONGs, <http://www.guiaongs.org/> (6-11-2006); Mundo Solidario, El periódico de las Organizaciones con Fines Sociales, <http://www.sitiosocial.com/asofunda/index.html> (6-11-2006); Guía de la Solidaridad - Argentina, <http://www.guiasolidaria.pccp.net.ar/grupos.htm> (6-11-2006); Secyt, <http://www.secyt.gov.ar/fundaciones.htm> (6-11-2006); Foundation Center, <http://foundationcenter.org/> (6-11-2006); International Council on Archives, Los Archivos de las ONGs, una memoria ... para compartir, <http://www.ica.org/biblio.php?pdoid=171> (6-11-2006); Département Fédéral de l'Interieur, Surveillance fédérale des fondations, <http://www.edi.admin.ch/esv/stiftungsverzeichnis/00075/index.html?lang=fr&PHPSESSID=39a4727146ec51a00839564c78c72f0f> (6-11-2006).

Es relevante la formación de la *Escuela de Derecho del Mercosur*, que viene proyectándose en el marco de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo (en general, en cuanto a la Asociación, puede v. por ej. <http://www.grupomontevideo.edu.uy/> -2-12-2006-). También cabe v. universia argentina, Crearán una universidad del Mercosur, http://www.universia.com.ar/portada/actualidad/noticia_actualidad.jsp?noticia=18749 (2-12-2006).

El papel actual de la sociedad civil debe ser incrementado hasta convertirla en *baluarte y promotora de la integración*, salvando la limitada conciencia estratégica e incluso el relativo desinterés que parece tener el Estado. Urge construir el tejido social de la integración con una solidez y complejidad tal que supere los errores que puede cometer el ámbito estatal. La sociedad civil es parte de la complejidad del *problema* y ha de ser parte de la complejidad de la *solución*.

9. En el panorama mundial en general, la relativa decadencia del papel de los Estados suele ir acompañada por el avance del rol de la *sociedad civil*. La complejidad del mundo actual, donde se plantea un *cambio de era de la historia*, requiere a menudo la complejidad de la actuación integrada de los Estados y la sociedad civil¹⁷.

El carácter complejo del nuevo tiempo se presenta al menos por *diversidades* en el espacio, el tiempo, las personas y las materias. Las diferencias en el *espacio* hacen que además de la estatalidad y la internacionalidad tradicionales se presenten la internacionalidad reforzada, la integración, la globalización/marginación e incluso la regionalización. Conflictos locales expresando de manera creciente tensiones mundiales (Palestina, Irak, etc.). En el *tiempo*, perspectivas de futuro antes inimaginables obligan a repensar la evolución histórica. En cuanto a las *personas*, hay cambios rotundos que llegan por ejemplo a las modificaciones respecto a las relaciones sexuales e incluso la propia individualización sexual. Respecto de la *materia* hay diversidades y novedades en cuanto al desarrollo y el subdesarrollo; la multiculturalidad; las tensiones ambientales y las revoluciones en las comunicaciones, la

Los diferentes nombres, que a veces reflejan diversidad de alcances del objeto, son sociedad civil, tercer sector, organizaciones no gubernamentales, organizaciones del sector social, organizaciones sin fines de lucro, etc.

En el lenguaje jurídico tradicional la expresión “sociedad civil” indica un objeto *distinto* del que ahora tratamos (puede v. por ej. ANDRADE VALDERRAMA, Ignacio (Dr.), “Sociedad Civil”, en “Enciclopedia jurídica Omeba”, t. XXV, págs. 684 y ss.).

En cuanto a la *composición de la sociedad civil en la Argentina*, puede v. por ej. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Argentina, Sociedad Civil, http://www.undp.org.ar/sociedad-civil/base_html#tiposysubtipos (15-11-2006).

Se presenta, v. gr., el siguiente panorama: a) Cuando los recursos son propios y los beneficiarios son sus miembros se ubica a asociaciones de afinidad: mutuales/cooperadoras; clubes sociales; gremios y sindicatos; colectividades; colegios profesionales y cámaras patronales; b) Cuando los recursos provienen de otras fuentes y los beneficiarios son sus miembros, se sitúa a organizaciones de base: vecinales; sociedades de fomento; clubes barriales; bibliotecas populares; cooperadoras escolares y movimientos ciudadanos; c) Cuando los recursos son propios y los beneficiarios son distintos de sus “miembros” se menciona a las fundaciones; d) Cuando los recursos provienen de otras fuentes y los beneficiarios son distintos de sus miembros se hace referencia a organizaciones de apoyo: asistencia social; promoción y desarrollo; ampliación de derechos y centros académicos.

16 Es posible v. Nueva Sociedad Nro. 147 Enero-Febrero 1997, Globalización y sociedad civil en los procesos de integración, Andrés Serbin, http://www.nuso.org/upload/articulos/2562_1.pdf (3-12-2006).

17 Cabe c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

información y la reproducción y la genética humanas.

Los Estados no pueden hacer frente solos a estos desafíos y, entre otros aportes, mucho se ha hecho y puede hacerse por la participación de la sociedad civil. Por ejemplo: al pasar revista a la vida de las últimas décadas se advierte la gran importancia de las conquistas que en cuanto a derechos humanos, educación, vida sexual y respeto ecológico se han logrado por la intervención de la sociedad civil.

Es cierto que en muchos casos la sociedad civil se moviliza sólo por ideales contestatarios con el Estado, “contra el Estado”, pero creemos importante y deseamos que, a semejanza de la costumbre, esa movilización no sea sólo de oposición sino de colaboración; no únicamente “contra” el Estado o “según” el Estado, sino en “paralelo” con el Estado. Es relevante el despliegue de la *responsabilidad* de la sociedad civil. En general parece beneficioso que el Estado conserve el monopolio de la fuerza, pero la sociedad civil pueda colaborar mostrando la complejidad de los intereses.

10. No hay que desconocer que el papel de la sociedad civil en países como el nuestro, en mucho construidos culturalmente en sentido *vertical descendente*, desde la Iglesia e incluso del Estado, puede ser difícil de desarrollar, pero esperamos se desenvuelva, sobre todo de modo paralelo al Estado, para promover en nuestro caso el proceso integrador mercosureño. Los elementos de la sociedad civil deben contribuir a presentar la complejidad de los problemas, en nuestro caso de las cuestiones de la integración. En este marco, las fuerzas culturales y económicas tienen mucho que hacer al respecto.

Mucho esperamos, especialmente, de lo que pueda realizar la *cultura universitaria*. Cada proceso integrador ha de desenvolverse según sus propias posibilidades históricas. Es muy importante lo que viene haciéndose y puede seguir realizándose para desarrollar el Mercosur desde la Universidad; son relevantes las actividades de investigación y académicas mercosureñas. Uno de los enfoques que debemos asumir es replantear nuestra geografía, nuestra historia, nuestra educación, nuestra economía y nuestro Derecho en sentidos mercosureños¹⁸. Las posibilidades *interdisciplinarias* de la Universidad son una perspectiva a desarrollar para desenvolver el plexo problemático de la integración.

11. Para la mejor comprensión de la complejidad que puede lograrse con el despliegue de la sociedad civil es conveniente emplear los enfoques que, dentro de la corriente integrativista y en especial del tridimensionalismo, brinda la *teoría trialista del mundo jurídico*. Según la teoría trialista, el objeto jurídico ha de construirse incluyendo repartos de potencia e impotencia (lo que favorece y perjudica al ser, y especialmente a la vida), captados

18 Consideramos que personajes como José Artigas, un prócer rioplatense, deben ser revalorizados en su carácter señero de la unidad regional. Creemos que, en otro sentido, hay que terminar de saldar la deuda histórica que dejó abierta la Guerra de la Triple Alianza.

normativamente y valorados, los repartos y sus captaciones, por un complejo axiológico que culmina en la justicia¹⁹. Kelsen logró una simplicidad pura superadora de la complejidad impura que mezcla las normas con la realidad social y los valores, pero el trialismo logra, a nuestro parecer una *complejidad pura*²⁰.

El desarrollo trialista permite reconocer además la complejidad material, temporal y espacial del Derecho. De la complejidad *material* se ocupan la Teoría General del Derecho cuando abarca las distintas ramas jurídicas²¹ y la Política cuando relaciona al Derecho con otras ramas de la convivencia; de la complejidad *temporal* trata la Historia del Derecho²² y la complejidad *espacial* es considerada en el Derecho Comparado²³.

II. Comprensión trialista de la complejidad que aporta la sociedad civil

12. En cuanto a la *dimensión sociológica*, la participación de la sociedad civil abre cauces a las distribuciones, sobre todo producidas por *influencias humanas difusas*; genera nuevas vías de *audiencia y razonabilidad* en los repartos; permite la ampliación de la *autonomía* de los interesados y viabiliza el desenvolvimiento de la *ejemplaridad* desarrollada según el curso del seguimiento de modelos considerados razonables. En otros términos, permite mayor juego a las *fuerzas profundas* del Derecho.

Asimismo puede intervenir en los *límites necesarios* que impone a la conducción repartidora la naturaleza de las cosas, sea restringiendo las posibilidades de actuación de los repartidores o viabilizando que éstos obtengan al fin lo que proyectan.

Una integración donde participe la sociedad civil es una integración más profunda, que puede encontrar ciertos límites, como lo muestra el caso de las pasteras, pero también puede superar restricciones por el apoyo que ella puede brindar. Esto es lo que esperamos obtener

19 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2^a. ed., Bs. As., Depalma, 1986; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Cabe c. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> (4-12-2006).

20 La complejidad de las dimensiones convoca además a las perspectivas *interdimensionales*: a los enfoques normológico y dikelógico de la dimensión sociológica; las referencias sociológica y dikelógica de la dimensión normológica y las proyecciones sociológica y normológica de la dimensión dikelógica. Por ejemplo: la racionalidad y las valoraciones concretas de la dimensión sociológica son referibles a las dimensiones normológica y dikelógica.

21 Es posible v. nuestro estudio “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., Nº 32, págs. 33/76; también, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNÁNDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

22 Pueden v. nuestros “Estudios de Historia...” cits.

23 Cabe c. nuestro artículo “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., Nº 30, págs. 95 y ss.

del desarrollo del papel de la sociedad civil en el Mercosur.

13. En la *dimensión normológica* la sociedad civil cambia el panorama de las *fuentes* de las normas, por ejemplo, abriendo cauces a los contratos y los estatutos, a la costumbre y a los usos, v. gr. de la *lex mercatoria*; presenta nuevos intereses en el *funcionamiento* normativo, requiriendo a veces planteos “dialogales”, por ej. en tareas como la interpretación, la argumentación, la elaboración y la síntesis, y promueve el empleo de *conceptos* negociales, con limitada carga institucional. En cierto grado, el carácter ascendente de su desenvolvimiento puede poner en crisis la verticalidad descendente con que suele pensarse la pirámide normativa. El doble sentido “descendente” y “ascendente” de la normatividad puede poner en cuestión a la unidad de la norma hipotética fundamental. Es más, el “plurijuridismo” puede necesitar una figura distinta de la piramidal (por ej. al menos semiesférica)²⁴.

La presencia de la sociedad civil suele requerir esfuerzos de la *doctrina* para comprender y aprovechar las nuevas realidades que suscita.

El papel de la sociedad civil en el Mercosur puede modificar y complicar el desarrollo de la normatividad, pero al fin ésta puede resultar más rica.

14. En la *dimensión dikelógica* la sociedad civil puede presentar *nuevos valores* que produzcan situaciones de coadyuvancia u oposición; convoca a la *justicia consensual* (pensada por consenso), exige el desenvolvimiento de la *justicia “dialogal”* (referida a distintas razones de justicia) y presenta la *justicia “partial”* (originada en una parte); requiere *desfraccionamientos* de la justicia que producen cierta inseguridad; puede entrar en situaciones de tensión con la *legitimación democrática*; a veces mejora la forma y las razones de los repartos a través de nuevos cursos de *audiencia y fundamentación* y genera la difícil problemática de la *protección* de los individuos contra la sociedad civil y a través de la sociedad civil. Tiene profunda relación con el *amparo de minorías*.

La sociedad civil puede nutrir la dimensión dikelógica del proceso integrador, aunque este enriquecimiento, al hacerla más compleja, también puede hacerla más difícil.

15. En la perspectiva *material*, todas las *ramas jurídicas* son marcos donde puede intervenir la sociedad civil. En este caso nos interesa de modo especial la actuación en el marco del *Derecho de la Integración*.

Las *influencias recíprocas* de las ramas lleva a pensar en que cada una puede ser pensada con miras a la integración y la integración puede componerse de perspectivas de las otras ramas: así, v. gr., hay un *Derecho Civil de la Integración* y un *Derecho Constitucional de la Integración* (por ej. en cuanto al desenvolvimiento del Derecho Civil y el Derecho

24 Es posible v. nuestro estudio “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en “La Ley”, 26-5-2006, págs. 1/4/2006; t. 2006-C, págs. 1246 y ss.

Constitucional dirigido al papel de la sociedad civil en la integración) y un *Derecho de la Integración Civil* y un *Derecho de la Integración Constitucional* (cuando el Derecho de la Integración se compone de despliegues de Derecho Civil y Derecho Constitucional referidos a la sociedad civil).

Es posible apreciar *nuevas ramas* llamadas a enriquecer a las tradicionales, v. gr. el Derecho de la Salud, de la Ciencia, de la Educación, etc., que pueden también confluir en el desenvolvimiento de la sociedad civil en el Derecho de la Integración.

16. La sociedad civil exige nuevos diálogos del Derecho, como *política jurídica*, con la política económica, la política sanitaria, la política científica, la política artística, la política religiosa, la política educacional, la política de seguridad, etc. En nuestro caso, puede enriquecer así las perspectivas de la integración.

17. En el panorama *temporal*, quizás pueda detectarse cierta *dialéctica histórica* entre la participación de algún tipo de sociedad preestatal en la medievalidad, la absorción de la vida social por el Estado moderno y la vuelta a una sociedad civil de cierto modo “postestatal” en nuestros días de la llamada “posmodernidad”²⁵. Sin embargo, la sociedad civil preestatal era predominantemente religiosa; la de hoy se vincula más con la economía y el resto de la cultura, en nuestro caso con la integración.

18. En el ámbito *espacial*, la relación tensa pero muy importante entre estatalidad y sociedad civil es una característica especial del Derecho globalizado que expande la cultura *Occidental*. Vale no confundir la “postestatalidad” occidental con la no estatalidad o “preestatalidad” de otras culturas.

III. Conclusión

19. La integración es un gran desafío al reconocimiento de la complejidad y en ella ocupa un lugar destacado el papel de la sociedad civil. Países como el nuestro han de esforzarse para desarrollar el reconocimiento de la complejidad que los haga participantes más idóneos en la integración.

No sólo han de advertirse los riesgos de invitaciones supuestamente integradoras que esconden propósitos de dominación, sino los peligros que llevamos en nosotros mismos por la incomprensión simplificadora de las cuestiones de la integración y la específica carencia de voluntad para resolverlas.

25 Cabe c. nuestro artículo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas ‘dialécticas’ de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., Nº 21, págs. 67 y ss.

MUNDO JURÍDICO Y “CREATIVIDAD”

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

I. Ideas fundamentales

1. La palabra creatividad, hondamente vinculada con “creación” y “crear”, tiene relevante multivocidad¹. En nuestro caso, nos referiremos a la “creatividad” como capacidad de ingenio, relacionada con la imaginación como facilidad para formar ideas, proyectos, etc., nuevos, y opuesta a la rutina²; de cierto modo, como capacidad de creación.

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

1 “Creatividad”: capacidad de creación; Creación: Acto de crear o sacar Dios una cosa de la nada./ ... 5. Obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 21^a ed., Madrid, t. I, 1992, pág. 592 /3). La relación de la creatividad con el arte explica que desde tiempos remotos se vincule a la Jurisprudencia con el arte (Arte de lo bueno y equitativo, Ulpiano y Celso, “Digesto”, Parte I, Libro I, Título I, 1, “El Digesto del Emperador Justiniano” traducido y publicado en el siglo anterior por el Licenciado don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Nueva Edición, Madrid, Ramón Vicente, t. I, 1872, pág. 31). No sin cierta razón se ha presentado al Derecho como ingeniería social (cabe c. por ej. POUND, Roscoe, “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, trad. José Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1950, págs. 200 y ss.; “An Introduction to the Philosophy of Law”, ed. revisada, New Haven - Londres, Yale University Press, por ej. pág. 47; puede v. questia, POUND, Roscoe, “An Introduction to the Philosophy of Law, <http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=8598714> (28-11-2006); Social Control Through Law, introducción de A. Javier Trevino, New Brunswick (NJ) y Londres, Transaction, 1997 –1^a. ed. 1942-; GARCIA RUIZ, Leopoldo, “El pensamiento jurídico de Roscoe Pound”, Granada, Comares, 2002; también comentario de Juan Cianciardo en “Dikaion”, 13, 2004; cabe c. The Pound Civil Justice Institute, <http://www.roscoepound.org/> (28-11-2006). Es posible v., en relación con el tema, BERGSON, Henri, “L'évolution créatrice”, París, Alcan, 1913; SPENCER, Herbert, “Creación y evolución”, trad. A. Gómez Pinilla, Valencia, Sempere. En cuanto a la creatividad profesional, es posible v. por ej. monografías.com, Indicadores para la educación y el desarrollo de la creatividad profesional, Dr. Alexander Luis Ortiz Ocaña, <http://www.monografias.com/trabajos13/indicrea/indicrea.shtml> (26-11-2006); como indicadores creativos el autor mencionado cita: originalidad, iniciativa, fluidez, divergencia, flexibilidad, sensibilidad, elaboración, autoestima, motivación, independencia, pensar técnico, innovación, invención y racionalización. En el horizonte *teológico* de la Creación, puede v. Pequeña Enciclopedia, Creación del Universo, <http://www.corazones.org/diccionario/creacion.htm> (4-12-2006); La Creación min'adam (“de la nada”) en la teología del encuentro entre las tres revelaciones del Libro, Foro de encuentro, Universidad Averroes de Córdoba, http://www.webislam.com/numeros/2000/00_5/Articulos%2000_5/Creacion.htm (4-12-2006). En el marco de la *publicidad* es posible c. v. gr. Derecho.com, Contrato de creación publicitaria, https://libros.derecho.com/151_122_461_1_1/Contrato_de_creacion_publicitaria.htm (4-12-2006). Aunque la terminología no es exclusiva, quizás no sea sin razón que en los ámbitos culturales supremos en distintos períodos se haga referencia a la “creación”, en el campo religioso y en el marco capitalista.

2 Imaginación es “Facultad del alma que representa las imágenes de las cosas reales o ideales. / 2. Aprensión falsa o juicio de una cosa que no hay en realidad o no tiene fundamento. / 3. Imagen formada por la fantasía. /

La noción de creatividad es una construcción, y sus realizaciones se deciden en relaciones con situaciones tomadas como *referencia*, que también son construcciones. Sin embargo, se trata de construcciones que nos resultan altamente esclarecedoras. Es cierto que el Derecho ha de referirse a la “realidad”, pero también lo es que para la mejor edificación de la realidad suele ser de gran valor la creatividad³.

Las *teorías jurídicas* y las *culturas* son marcos de creatividad⁴. Así, por ejemplo, la *escuela de la exégesis* centra la creatividad en el legislador y la restringe al máximo posible en el juez. La *teoría pura del Derecho* se abre a la creatividad en muy diversos despliegues, de interpretación y elaboración de normas. Incluso atiende de manera específica a “los modos de creación del derecho” con miras a “denunciar” la función ideológica del dualismo del Derecho Público y el Derecho Privado. Sin embargo no tematiza el desarrollo de la creatividad como un problema en que pueda aportar, de modo significativo, el pensamiento jurídico⁵. Tal vez quepa sostener que la misma teoría pura es de cierto modo una ficción resultado de una fuerte creatividad, pero la creatividad no tiene ingreso relevante dentro de ella⁶. La *escuela del Derecho libre* se refiere de manera muy destacada a la creación judicial⁷.

4. Facilidad para formar ideas, proyectos, etc., nuevos...” (REAL ACADEMIA, op. cit., t. II, pág. 1142).

Cabe c. por ej. GARCIA-GALIANO, Javier, “Magia catróptica. Biografías. Las vidas imaginarias pueden resultar más precisas y certeras que aquellas recreaciones fundadas en datos y acontecimientos que incluso el protagonista ha olvidado”, en “Milenario”, Cultura, 8 de Noviembre de 2006, pág. 50.

Es posible v. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004.

“Rutina” (“routine”), marcha por un camino conocido (COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, Madrid, Gredos, t, V, 1983, pág. 62); costumbre inveterada, hábito adquirido de hacer las cosas por mera práctica y sin razonarlas (REAL ACADEMIA, op. cit., t. II, pág. 1820).

3 Es cierto que puede sostenerse que la realidad es una mera creación o al menos construcción del sujeto y que en consecuencia todo sería de cierto modo “creatividad”, pero entendemos que nos es imprescindible contar con ideas de “realidad” y de su cambio mediante la “creatividad”.

4 Nos referimos a la creatividad “objetiva” dentro del objeto jurídico. No a la creatividad fuera de él ni a la creatividad subjetiva.

5 Puede v. KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 179 y ss.

Es interesante relevar las actitudes que asumen las posiciones epistemológicas respecto de la creatividad (puede v. por ej. PIAGET, Jean, “Psicología y epistemología”, trad. Francisco J. Fernández Buey, Barcelona, Planeta - De Agostini, 1985; Educación y creatividad, WAISBURD, G. Creatividad y transformación. Trillas, <http://redescolar.ilce.edu.mx/redescolar/biblioteca/articulos/pdf/2creatividadyeducacion.doc> (30-11-2006); Monografías.com, Creatividad e inteligencia, Otilia Mentruyt, <http://www.monografias.com/trabajos10/monogra/monogra.shtml> (30-11-2006); Cre@tividad, Revista Psicología, http://homepage.mac.com/penagoscorzo/creatividad_2000/ (30-11-2006); Creatividad, Guillermo E. Barrera Bonilla, <http://www.nuevaalejandria.com/akademeia/barrera/creatividad.html> (29-11-2006).

6 Pueden c. por ej. Revista Crítica Jurídica, Nº 18, Reflexiones en torno de la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la Filosofía del “como si” de Vaihingen, Hans Kelsen, <http://www.unibrasil.com.br/asite/publicacoes/critica/18/B.pdf> (3-12-2006); Revista Crítica Jurídica, Nº 18, La “ficción” en la teoría jurídica de Hans Kelsen, María José Fariñas Dulce, <http://www.unibrasil.com.br/asite/publicacoes/critica/18/F.pdf> (3-12-2006).

7 En otra oportunidad nos hemos ocupado de la creatividad “pasiva” que se expresa en la conjectura (puede v.

En nuestro caso deseamos exponer los *espacios* y las vías de *apreciación* que brinda a la creatividad, con destacada amplitud, la *teoría trialista del mundo jurídico*. Creemos que los aportes del “trialismo” al respecto son de especial significación. Tal vez toda teoría y en nuestro caso toda teoría jurídica sea al fin una “creación”, pero el trialismo tiene diverso valor según las expectativas que deseamos satisfacer respecto del Derecho⁸.

2. Dentro de la gran corriente “*integrativista*”, que procura incorporar al objeto jurídico una complejidad de “dimensiones”, se encuentra el *tridimensionalismo*, que incluye realidad social, normas y valores y en su marco se presenta la *teoría trialista del mundo jurídico*, que incluye repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la vida), sus captaciones normativas y las valoraciones de los repartos y las normatividades por un complejo axiológico que culmina en la justicia⁹.

Para el trialismo toda expresión de creatividad debe ser considerada desde las perspectivas de los repartos, las normatividades y las valoraciones, aunque al fin el juicio al respecto sea una referencia al valor. Cuando la creatividad es “disvaliosa” puede ser llamada artificio.

Kelsen superó la “complejidad impura”, que mezclaba al Derecho positivo con ciencias sociales y biológicas y con el Derecho Natural, en una “simplicidad pura”, pero el trialismo propone una “*complejidad pura*” de hechos, normatividades y valores, superadora de la complejidad impura y la simplicidad pura. Hoy, sobre todo porque estamos en los umbrales de una *nueva era*, urge superar el cerramiento intrínseco que la teoría pura impuso a gran parte del pensamiento jurídico¹⁰.

Cada situación requiere cauces de creatividad específicos. Creemos que en nuestros días, de asombrosa *complejidad problemática*, se ha de procurar una creatividad de complejidad acorde con la situación tan especial que enfrentamos. El trialismo es idóneo para brindarla.

“La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000). En este caso nos ocupamos de la creatividad más “activa”, propiamente tal.

8 En cuanto a las ficciones debajo de las teorías cabe v. por ej. Nietzsche en castellano, Hans Vaihinger, La voluntad de ilusión en Nietzsche, <http://www.nietzscheana.com.ar/vaihinger.htm> (3-12-2006). Una importante referencia a la creatividad se obtiene a través de la “vaihingeriana” Filosofía del “como si”.

9 Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; 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 /4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjectura...” cit.

10 Cabe c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Es posible v. 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; ALTERINI, Atilio A. - NICOLAU, Noemí L., “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005. También cabe c., por ej., Universidad Alberto Hurtado, Departamento de Ciencias Sociales, Escuela de Sociología, La desnacionalización del Derecho y la formación de regímenes globales de gobierno, Elina Mereminskaya - Aldo Mascareño, http://sociologia.uahurtado.cl/publicaciones/lex_universalis.pdf (4-12-2006).

La creatividad jurídica es, a nuestro parecer, una de las características importantes del *jurista*.

II. Los espacios para la creatividad

1) *El mundo jurídico en general*

a) *Dimensión sociológica*

3. La teoría trialista del mundo jurídico propone construir la dimensión sociológica con *adjudicaciones* de “potencia” e “impotencia”, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la *vida*. Aunque se trata de una noción difícil de determinar, la vida es una referencia que no es legítimo desconocer, porque nos instalamos necesariamente en el mismo vivir. Otras ciencias, como la Medicina, la Biología, la Zoología y la Botánica, también se refieren a ella.

Las adjudicaciones son *repartos*, provenientes de la conducta de seres humanos determinables, y *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Las conductas repartidoras se valen de *proyectos* y se instalan, dinámicamente, en las *oportunidades* que pueden ser aprovechadas o desaprovechadas. La *conducta*, desenvuelta en la *libertad*¹¹, y la *oportunidad* que la enmarca, son campos donde cabe el desenvolvimiento de la creatividad. Sin embargo, mucho se discute, a nuestro parecer no sin razón, acerca de la creatividad individual y de los alcances de las denominadas influencias humanas difusas de la cultura, que pueden condicionarla o determinarla.

La prudente referencia a la libertad repartidora, supuesto de la creatividad, y a las oportunidades, marco de la creatividad, es uno de los aportes trialistas que cabe destacar. Cuando la creatividad se remite de manera desorientada a las oportunidades se incurre en la desviación oportunista.

4. Para alcanzar la “mejor” *decisión* repartidora es importante la creatividad y a fin de lograrla conscientemente es relevante reconocer los *elementos* de los repartos (repartidores, destinatarios, objetos, forma y razones), sus *clases* (autónomos o autoritarios) y su *ordenación* (por plan de gobierno o ejemplaridad)¹². Las razones de los repartos abarcan sus móviles, las razones alegadas para fundamentarlos y las razones que les atribuye la comunidad cuando los

11 Aunque es muy discutible, entendemos que la noción de libertad es otra construcción, que estimamos legítima para nuestra comprensión del mundo.

12 Edición Internet, Gestión y Estrategia, La creatividad en la toma de decisiones, César Medina Salgado, <http://www.acz.uam.mx/publicaciones/gestion/num6/art11.html> (29-11-2006).

En cuanto al debate acerca de la mejor o las mejores decisiones, cabe atender, v. gr., a LUHMAN, Niklas, “Fin y racionalidad en los sistemas”, trad. Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Nacional, 1983, págs. 113 y ss.

considera valiosos. Los repartos autoritarios, desenvueltos por imposición, realizan el valor poder; los repartos autónomos, concretados por acuerdo, satisfacen el valor cooperación. El plan de gobierno indica quiénes son los supremos repartidores (supremos conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (supremos criterios de conducción); cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desenvuelve según la marcha de modelo y seguimiento producida por la razonabilidad; le es inherente el valor solidaridad.

El orden de los repartos (régimen), realizador del valor homónimo (orden), puede desenvolverse en estados de *conservación* o *innovación*, esta última particularmente vinculada a la creatividad. La creatividad se apoya sobre la suposición de la posibilidad de innovación, de cambio. Como todo cambio, a semejanza de la recepción, la creación puede generar *asimilación* o *rechazo*¹³. El cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos criterios de repartos es revolución; la variación de los supremos criterios sin que haya variación de los supremos repartidores es evolución y el cambio de los supremos repartidores con mantenimiento de los criterios supremos de reparto es “golpe de Estado”¹⁴. La creatividad corresponde de manera principal a la revolución y la evolución.

Cuando no se sabe quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto hay *anarquía*; la creatividad puede generarla, pero no hay que olvidar, por ejemplo, la noción de “equilibrio móvil” que puede corresponder a la creatividad en el orden existente¹⁵.

13 Es posible c. por ej. Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 29, págs. 49 y ss. (también <http://200.58.112.82/~grctrn/index.htm> –22-9-2006–); “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8 (año 1979), págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, 1987, págs. 33 y ss.; “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado” (con colaboración), Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, Rosario, 1978; “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1979; “El Derecho Universal”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001; “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en “La Ley”, 26-5-2006, págs. 1/4, t. 2006-C, págs. 1246 y ss.; WATSON, Alan, “Legal Transplants”, 2^a ed., Athens, University of Georgia Press; MEROI, Andrea A., “Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 29, págs. 83 y ss.; en cuanto a los debates terminológicos acerca del tema, puede v. por ej., ÖRÜCÜ, Esin, “Law as transposition”, en “International and Comparative Law Quarterly”, vol. 51, esp. págs. 206 y ss. Suele decirse que la Historia del Derecho es en gran medida una historia de transposiciones legales (v. ÖRÜCÜ, op. cit., pág. 222). Una bibliografía sobre la cuestión puede v. en Comparative Institutional Economics 2, CEU Economics Department, Spring 2006, http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf (4-7-2006) (trabajos de Richard Posner, Daniel Berkowitz, Otto Kahn-Freund, Hideki Kanda, Jonathan M. Miller, Sharun W. Muskand y otros).

14 En el marco científico cabe recordar la polémica entre Kuhn y Popper acerca de la revolución (puede v. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile, La controversia Kuhn-Popper en torno al progreso científico y sus posibles aportes a la Enseñanza de las Ciencias, Luis Guillermo Jaramillo Echeverri - Juan Carlos Aguirre García, <http://www.moebio.uchile.cl/20/jaramillo.htm> –29-11-2006–; cabe c. La selección natural en Popper y Peirce, Joseph Corcó, <http://www.unav.es/cep/AF69/AF69Corco.html> –29-11-2006–).

15 En cuanto al equilibrio móvil puede v. por ej. PIAGET, Jean, “Seis estudios de psicología”, trad. Nuria Petit,

Según ya expresamos, la época actual constituye un *cambio de era de la historia*, no sólo de edad histórica, motivado por las grandes transformaciones en las comunicaciones; la información; la multiculturalidad en el seno de los países; la globalización/marginación que parece llevar a la constitución de una estatalidad mundial en etapa hobbesiana y, sobre todo, las posibilidades reproductivas y genéticas en cuanto a la vida humana. La nueva era es un enorme desafío para la creatividad.

5. La realidad social se apoya en *categorías básicas* que son la causalidad, la finalidad “objetiva” que “encontramos” en los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad¹⁶. La posibilidad, abierta sobre todo al juego de la finalidad sujettiva con miras a lograr una realidad a través de la causalidad y de la finalidad objetiva, es un espacio para la creatividad, aunque sus fronteras también son restricciones a la creatividad.

La causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad son pensadas en términos de conjuntos que comprenden todo su pasado, su presente y su porvenir, es decir, son “pantónomas” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como esas totalidades nos son inabarcables, tenemos que fraccionarlas produciendo certeza¹⁷. La conciencia de la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad es un terreno “realista” para la finalidad subjetiva y la creatividad.

6. Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la “naturaleza de las cosas”; en ese espacio el querer tropieza con el no poder. Los límites necesarios dan un marco para eliminar la ilusión de la creatividad absoluta¹⁸. La creatividad y la creación humanas difieren, notoriamente, de la creación de la nada atribuida a la Divinidad.

Los repartos pueden resultar *exitosos, superados* (cuando lo pretendido se realiza por otras causas) y *fracasados*. La creatividad plena se alcanza cuando los repartos son exitosos.

El conjunto de la realidad permite establecer *estrategias y tácticas*, en cuyo desenvolvimiento también es necesario el desenvolvimiento de la creatividad¹⁹.

Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985, págs. 216 y ss.

16 Es posible c. nuestro estudio “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., Nº 28, págs. 105/112).

Cabe recordar la gran obra de Rudolf von IHERING, “A Finalidade do Direito”, trad. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro, Rio, 1979. En cuanto al debate actual acerca de la finalidad, la causalidad y su relación con el sistema, es posible v. por ej. LUHMAN, op. cit.

17 Un testimonio literario de la pantomomía de la posibilidad se encuentra en los “senderos que se bifurcan” (puede v. BORGES, Jorge Luis, “Ficciones”, Alianza, Madrid, 1971, págs. 101 y ss.).

18 En relación con el desarrollo de la creatividad entre el impulso y los límites que resisten es posible v. BERGSON, op. cit., págs. 107 y ss.

19 Cabe c. nuestros trabajos “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional

b) Dimensión normológica

7. Las normatividades son captaciones lógicas referidas a repartos proyectados hechas desde el punto de vista de los protagonistas (normatividades “prescriptivas” en sentido amplio) y desde el punto de vista de terceros (normatividades “promisorias”, normas en sentido más específico). Las captaciones describen y al mismo tiempo integran los repartos. Las normatividades prescriptivas se refieren sólo a la voluntad de los repartidores; las promisorias también a su cumplimiento. La corrección de la captación de la voluntad significa fidelidad; la corrección en la captación del cumplimiento brinda exactitud. La integración de los repartos puede ser más o menos adecuada a la relación de la voluntad de los autores con la realidad. El logro de la fidelidad, la exactitud y la adecuación significa diversos enfoques de creatividad.

Los cauces de la creatividad y sus limitaciones pueden expresarse en la estructura de las normas. Toda norma se compone de un *antecedente* que capta el sector social a reglamentar y una *consecuencia jurídica* que capta la reglamentación que se proyecta. Cada uno tiene *características positivas* que han de estar presentes y *características negativas* que deben estar ausentes para que la norma funcione. Las características positivas del antecedente y la consecuencia jurídica expresan de manera principal la creatividad, las características negativas muestran más su limitación. La creatividad está centrada en la consecuencia jurídica, no en el antecedente.

Entre las diversas clasificaciones de las normas, cabe señalar que las *normas generales* se refieren a sectores sociales supuestos y las *normas individuales* a sectores sociales descriptos. Esto significa que, pese a que los casos son siempre construcciones, los antecedentes de las normas generales tienen más creatividad que los de las normas individuales.

8. Las *fuentes reales* de las normas son los repartos mismos, que pueden manifestarse en su simple realidad como fuentes materiales y en las autobiografías que realizan los repartidores (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.) como fuentes formales. Ya nos hemos referido, en la dimensión sociológica, a los repartos en sí mismos, ahora corresponde señalar respecto de las fuentes formales, por ejemplo, que pueden ser más o menos participativas y más o menos rígidas o flexibles en su elaboración y más o menos elásticas o inelásticas en su adaptabilidad a la realidad. La participación, la flexibilidad y la elasticidad son, por distintas vías, senderos más favorables para la creatividad.

Las *fuentes de conocimiento* de las normas constituyen la doctrina. Hay fuentes doctrinarias más o menos creativas. El lugar principal en creatividad corresponde a las fuentes

Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 23, págs. 17/29; “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación y Docencia”, N° 36, págs. 21/31.

que expresan investigaciones, como las *tesis*, los *informes científicos*, etc. La relación de la doctrina con las fuentes reales puede ser más o menos favorable a la creatividad. A veces abre caminos, como lo muestran los jurisconsultos romanos; en algunos casos puede cerrarlos, según sucedió en cierto momento con la jurisprudencia de conceptos.

9. Para que los repartos proyectados captados en las normatividades se realicen es necesario que éstas *funcionen* mediante tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, argumentación, elaboración, aplicación y síntesis. La interpretación se vincula especialmente con la fidelidad; la elaboración con la integración y la aplicación con la exactitud. Todas las tareas del funcionamiento requieren, en diversos grados, desarrollos de la creatividad.

Según la propuesta trialista, en la *interpretación* es importante trascender la intención de los autores para llegar a su fin²⁰. En la *determinación* es relevante desarrollar los principios y precisar y reglamentar las normatividades incompletas. En la *argumentación* hay que encontrar los caminos adecuados para llegar de manera exitosa al auditorio. En la *elaboración* se ha de tener la sensibilidad necesaria para reconocer las carencias históricas y axiológicas, preferentemente dikelógicas (“lagunas” del ordenamiento) e integrar con recursos a la justicia formal (autointegración) y a la justicia material (heterointegración), caso éste en que la creatividad llega a su máxima expresión. Con miras a la elaboración es necesario recurrir a datos a investigar y a recursos técnicos para producir la forma de esos datos²¹. La *aplicación* necesita creatividad para establecer, en la subsunción, el diálogo entre las normatividades y los hechos y para encontrar los caminos que lleven a la efectivización de la consecuencia jurídica. La *síntesis* requiere una recomposición de las normatividades que “no caben” en la realidad donde pretenden efectivizarse²².

Además del funcionamiento real, se produce un *funcionamiento conjectural*, en base al cual se adopta la mayoría de las decisiones, y este despliegue funcional depende en mucho de la creatividad²³.

10. Para la integración de los repartos por las normatividades y la debida adecuación se

20 Con miras a la importancia de la finalidad, en su relación con los valores, cabe c. por ej. PENSKI, Ulrich, “Der Zweck des Rechtes ist das Recht”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 90, 3, págs. 406 y ss.

21 Acerca de la importancia de los “datos” es relevante siempre atender a las enseñanzas de François Gény (GENY, F., “Science et technique en droit privé positif”, París, Sirey). También vale c. BERGEL, Jean-Louis, “Méthodologie juridique”, París, Presses Universitaires de France, 2001.

22 Cabe c. nuestro trabajo “Las posibilidades en el funcionamiento de la norma”, en “Investigación...” cit., N° 7, págs. 33 y ss.

En relación con la creatividad puede v. por ej. BERGALLI, Roberto, “Protagonismo judicial y representatividad política”, en “Doxa”, 15/6, 1, págs. 423 y ss.

23 Es posible v. nuestro libro “La conjectura...” cit.

utilizan *conceptos*, en cuya construcción es también necesaria la creatividad²⁴. La creatividad conceptual es una de las expresiones muy relevantes de la creatividad jurídica. El nuevo tiempo va produciendo la crisis de conceptos fundamentales utilizados desde tiempos inmemoriales (persona, padre, madre, etc.), de modo que resulta necesaria una gran aptitud creativa.

Los conceptos pueden ser más institucionales o negociales, es decir, menos o más disponibles por los interesados; quizás pueda afirmarse que los conceptos *negociales* expresan la creatividad más que los institucionales²⁵.

Las *presunciones* y las *ficciones* son manifestaciones relevantes del avance de la creatividad. En ellas se muestra, en diversos grados, el “artificio”, que es riesgosa pero importante expresión de la técnica en el Derecho²⁶. En la presunción se trata de una consecuencia que se extrae de un hecho conocido respecto de uno desconocido²⁷. En la ficción se supone un hecho o una situación distintos de la realidad con miras a producir un efecto jurídico²⁸.

Cuando la creatividad no cumple los recaudos de la juridicidad dominante, afectando la facticidad o el sentido, se habla de *simulación* y de *fraude*²⁹. Otro tema relevante para la creatividad es el de la *conversión* de los actos inválidos³⁰.

11. La captación lógica del orden de repartos es un *ordenamiento normativo* en sentido amplio. Cuando se hace desde el punto de vista de los protagonistas tiene ciertas características de discontinuidad relativamente semejantes a la rapsodia, cuando se realiza desde el punto de vista de terceros tiene más continuidad y es un ordenamiento normativo en sentido más estricto. En sus relaciones verticales de producción el ordenamiento realiza el valor subordinación; en sus vinculaciones verticales de contenido satisface el valor ilación; en sus relaciones “horizontales”³¹ de producción realiza el valor infalibilidad y en sus vinculaciones “horizontales” de contenido satisface el valor concordancia. El ordenamiento en su conjunto realiza el valor coherencia. Todos estos valores son perspectivas para el desenvolvimiento de la creatividad.

24 Puede v. nuestro artículo “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831 y ss.

25 Al menos manifiestan una creatividad que puede establecerse, y quizás producirse, con mayor facilidad..

26 Cabe tener en cuenta GÉNY, op. cit., t. III, págs. 360 y ss.

27 TERRE, François, “Introduction générale au droit”, 7^a. ed., París, Dalloz, 2006, por ej. pág. 387.

28 Puede v. BERGEL, op. cit., págs. 73 y ss.; TERRE, op. cit., pág. 387, 471 y ss. y 535 y ss.; también v. gr. SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna, “Les fictions en droit privé”, en “Archives de Philosophie du Droit”, t. 20, págs. 273 y ss.

29 Cabe c. por ej. TERRE, op. cit., pág. 382. Es posible c. nuestro trabajo sobre el fraude a la ley obrante en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 29 y ss.

30 GANDOLFI, Giuseppe, “La conversione dell’atto inválido”, Milán Giuffrè, 1984 y reimpresión 1990.

31 “Horizontales” quiere decir no verticales, aunque no sean en el mismo nivel.

La institucionalidad del Estado y la internacionalidad tradicionales requieren la creatividad de su adecuado relacionamiento con la internacionalidad reforzada, la integración, la globalización/marginación, la regionalización interna y la sociedad civil³², a veces más allá de las normatividades.

c) Dimensión dikelógica

12. Los repartos y las normatividades son valorados por un complejo de valores que culmina en la *justicia*³³. Aunque mucho se discute sobre su contenido, creemos que es posible alcanzar acuerdos al respecto, en base a los cuales pueden alcanzarse debates con clara jerarquía científica.

Como el Derecho en general, la creatividad que nos interesa está en especial relación con la justicia pero, a diferencia de otros sentidos de la palabra (v. gr. literarios), no resulta apartada de la “verdad”³⁴. La creatividad tiene siempre, en diversos grados, la posibilidad de ser comprendida en vinculación con la utilidad. Lo que se crea es un medio o un fin³⁵.

El pensamiento de la justicia como *clases de justicia*, en cuyo desenvolvimiento se encuentran ya célebres enseñanzas aristotélicas, es posible reconocer senderos según se refieran a repartos aislados o relacionados y a repartidores, destinatarios, objetos, forma y razones. En cuanto a los repartos aislados, es posible referirse respectivamente a la justicia consensual y extraconsensual; con o sin consideración (acepción) de personas (acerca de personas o roles recortados); simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias); absoluta o relativa y conmutativa o espontánea (con o sin “contraprestación”). En relación con los repartos relacionados puede hacerse referencia respectiva a la justicia “partial” y gubernamental (proveniente de parte o el conjunto); sectorial e integral (referida a parte o el todo); de aislamiento y participación; monologal o dialógico (con una o varias razones) y particular o general (dirigida, en este caso, al complejo social). La justicia particular es la exigencia última del Derecho Privado y la justicia general es el requerimiento final del Derecho Privado.

También pueden reconocerse la justicia “de partida” y “de llegada” (la primera proyecta lo

32 Puede reconocerse cierta dialéctica entre la “*complejidad impura*” del feudalismo con los conflictos entre Estado e Iglesia, la “*simplicidad pura*” pretendida por el Estado moderno y la “*complejidad pura*” en que el Estado ha de coexistir e incluso integrarse con la sociedad civil. Creemos que en principio fue la complejidad de la diversidad de ideas y fuerzas y luego la concentración estatal de ideas y fuerzas, relativamente simplificadora, pero hoy corresponde sostener el monopolio estatal de la fuerza y la diversidad ideológica del Estado y la sociedad civil.

33 Vale recordar que Diké era una de las divinidades griegas de la justicia.

34 Puede v. no obstante Nietzsche: la Filosofía Narrativa de la Mentira, la Metáfora y el Simulacro, Domingo Cía Lamana, <http://serbal.pntic.mec.es/~emunoz11/nietdomingo.html> (3-12-2006).

35 Cabe c. nuestro trabajo “Reflexiones sobre los valores jurídicos en una sociedad en transformación”, en “Zeus”, t. 6, págs. D-25 y ss.

existente y la segunda busca lo no existente)³⁶; la justicia rectora y correctora y la equidad.

La justicia de llegada, referida con especial intensidad a la perspectiva del progreso, exige especial grado de creatividad. La acertada composición de las clases de justicia requiere creatividad.

13. Las *relaciones entre los valores* pueden ser de coadyuvancia u oposición. La *coadyuvancia* puede ser de contribución, desenvuelta verticalmente entre valores situados en diferentes niveles o de integración, desarrollada horizontalmente entre valores de la misma jerarquía. La *oposición* puede ser por sustitución (legítima) o por arrogación (ilegítima) del material que corresponde a un valor por otro valor. La arrogación puede ser vertical ascendente, por subversión, si un valor inferior exagerado se alza ocupando el material de otro valor superior, y descendente, por inversión, cuando un valor superior desbordado ataca a otro valor inferior. La arrogación entre valores del mismo nivel es secuestro del material estimativo de un valor por otro. La creatividad significa encontrar la mejor solución en las relaciones entre valores.

14. La justicia, como valor, *vale, valora y orienta*. La valencia es un deber ser ideal puro; las valoraciones se expresan en el deber ser ideal aplicado y la orientación se produce a través de criterios generales que permiten prescindir de las valoraciones completas. Los tres despliegues son posibilidades para la creatividad.

También la justicia es pensada de manera “*pantónoma*”, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como esa totalidad nos es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla, produciendo seguridad jurídica³⁷. La creatividad es siempre de alguna manera respecto del porvenir, pero la adecuada respuesta a la pantonomía de la justicia, básicamente al equilibrio entre pasado, presente y futuro, requiere en todos los casos creatividad. En la rutina el pasado y el presente se adueñan ilegítimamente del porvenir; en la utopía el porvenir suele apropiarse del pasado y el presente; la creatividad significa equilibrio debido entre los tres momentos.

15. Dado que el *material estimativo* de la justicia en el Derecho son principalmente las *adjudicaciones* de potencia e impotencia y no las virtudes y los vicios, tiene especial relevancia el logro de repartos exitosos. La creatividad jurídica no es pura imaginación, requiere que la capacidad de imaginar se concrete en los mejores repartos posibles.

En la Ética el material estimativo de la justicia son de manera principal las virtudes y

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

37 Aprovechando ideas de Bergson puede decirse que, en nuestra conciencia, pensamos sólo con una parte pequeña de nuestro pasado y nuestro presente pero al fin es con nuestro pasado y nuestro presente enteros que deseamos, queremos, pensamos, actuamos y existimos (BERGSON, op. cit., pág. 6).

los vicios. Las virtudes pueden ser meramente intelectuales o también morales. Las virtudes intelectuales consisten en el mero querer conscientemente lo valioso; las virtudes morales exigen además el querer lo valioso porque es valioso. La creatividad jurídica se concreta en adjudicaciones pero se alimenta de *virtudes*, intelectuales y morales.

Dado que el material estimativo principal de la justicia en el Derecho son las adjudicaciones y no las virtudes y los vicios, la referencia a la creatividad es importante pero no decisiva. Lo relevante es que al fin suceda lo valioso.

16. Para promover la sensibilidad valorativa es importante el *método de las variaciones*, que varía imaginariamente los casos para reconocer los despliegues que se consideran fundamentales para lo valorado.

A semejanza de la ciencia-ficción puede desarrollarse en relación con el derecho real el *derecho-ficción*, llamado a expresar, en términos de “utopía”, el camino de *derechos imaginarios*, quizás derechos deseados. En la medida que la creación se aleja de la realidad puede conducir a la *alienación*, pero también cabe reconocer el extremo opuesto, en que la alienación se produce por falta de creatividad.

Los criterios orientadores facilitan la realización de la justicia permitiendo resolver la inmensa mayoría de los casos sin necesidad de valoraciones completas. Pueden ser más “analíticos” o “sintéticos” según que, como juicios, desarrollen más ideas contenidas en sus antecedentes o agreguen nuevas consideraciones de justicia³⁸. Pese a su utilidad, pueden no ser valiosos para algunos casos o ser lisa y llanamente falsos³⁹. La creatividad es particularmente importante cuando se trata de criterios sintéticos y del reconocimiento de la falta de valor para los casos o de su falsedad⁴⁰. El excesivo apego a los criterios es una de las expresiones más graves de la rutina.

17. Los tres despliegues del valor pueden estar en replanteo, es posible decir en *crisis*⁴¹. La creatividad y la crisis tienen profunda relación, sea porque ella puede producirla o porque puede contribuir a su superación.

18. El trialismo propone como *principio supremo de justicia* adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona. Para lograr la conversión en persona es necesario contar con creatividad. También es necesaria la creatividad para adjudicar la esfera de libertad.

38 Cabe v. nuestro estudio “Los criterios de valor y la crisis en el mundo jurídico (meditaciones en un tiempo y un pueblo críticos)”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1982-II, pág. 695 (también en “Estudios de Filosofía...” cits.).

39 Es posible v. íd., págs. 691 y ss.

40 Quizás pueda decirse inadmisibilidad.

41 Es posible v. nuestro artículo “Los criterios...” cit.

El principio supremo de justicia se aplica a la legitimidad de los repartidores, los recipientes, los objetos, la forma y las razones de los repartos. El equilibrio entre esas perspectivas de legitimidad es un desafío a la creatividad.

La creatividad es un título de legitimidad repartidora por *aristocracia* (superioridad moral, científica o técnica), que a veces compite con la legitimidad del acuerdo de los interesados (autonomía), marco en el cual se desenvuelve la infraautonomía de la democracia (acuerdo de la mayoría). La aristocracia es un título de mérito (por la conducta) para los recipientes, a veces en conflicto con el merecimiento (necesidad). A su vez, la creatividad es un objeto promotor del crecimiento que merece ser repartido (es repartidero), una vía para la audiencia que legitima la forma y una razón que puede alegarse para la legitimación de los repartos.

19. La aplicación del principio supremo de justicia al régimen lleva a sostener que éste ha de ser *humanista* y no totalitario, tomando a cada individuo como fin y no como medio. El humanismo puede ser *abstencionista* o intervencionista (paternalista). El humanismo abstencionista, que es en principio preferible, se relaciona de modo especial con la creatividad porque deja más ámbito para su desenvolvimiento.

Para ser humanista, el régimen ha de respetar la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres. La unicidad exige principalmente el liberalismo político⁴²; la igualdad requiere la democracia y la comunidad necesita el desenvolvimiento de la “*res publica*” (cosa común). La creatividad puede desplegarse en las tres perspectivas, pero suele ser, en especial, manifestación de la unicidad.

La realización del régimen de justicia reclama la *protección del individuo* contra todas las amenazas, de los demás individuos como tales y como régimen; de sí mismo y de “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, rutina, soledad, etc.). La protección puede provenir de los demás individuos, como tales y como régimen; del propio individuo y de ciertos aspectos de “lo demás”. La creatividad puede presentarse en todos estos frentes. Urge *proteger la creatividad*, superando la rutina, y amparar *mediante la creatividad*. Entre los caminos para evitar la rutina y alcanzar la creatividad se encuentran la educación⁴³, el desarrollo económico y los despliegues de la ciencia, la técnica y el arte.

42 Nuestra tesis del doctorado en Ciencias Políticas y Diplomáticas (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Rosario, 1969) trata sobre “El liberalismo político desde el punto de vista jurídico”.

43 Es posible v. nuestros artículos “Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia”, en “Zeus”, t. 29, págs. D-175 y ss.; “Aportes trialistas a la Pedagogía Jurídica (Notas para la motivación. Propuesta de desarrollo de la educación universitaria personalizada)”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 23, págs. 9/16.

2) *Las diversidades en la materia, el tiempo y el espacio*

a') *La materia: las ramas del mundo jurídico*

20. Las ramas jurídicas constituyen un *complejo* cuya consideración es importante para promover la creatividad. De esto se ocupa la perspectiva “abarcativa” de la Teoría General del Derecho⁴⁴.

La atención tridimensional a las ramas y al complejo es relevante para promover la creatividad al respecto. En este sentido, creemos que es necesario nutrir (no negar) las ramas jurídicas tradicionales con la referencia a *nuevas ramas* dirigidas a grandes perspectivas vitales hoy no suficientemente atendidas, como el *Derecho de la Salud*, el *Bioderecho*, el *Derecho de la Economía*, el *Derecho de la Ciencia*, el *Derecho del Arte*, el *Derecho de la Educación*, el *Derecho de Menores*, el *Derecho de la Ancianidad*, etc.⁴⁵.

b') *El tiempo: la Historia del Derecho*

21. La creatividad jurídica tiene distintas expresiones según el tiempo. Su jerarquización formal predomina en ciertas épocas particularmente “jurígenas”, como las del nacimiento de las constituciones formales y las codificaciones de los siglos XVIII y XIX. Hoy la creatividad jurídica es especialmente necesaria para responder al cambio de era, pero suele ir detrás del pensamiento económico.

c') *El espacio: el Derecho Comparado*

22. El panorama del Derecho Comparado, ahora afectado por el debilitamiento de las diversidades espaciales y el desenvolvimiento de las diferencias en los niveles de la globalización/marginación, muestra que el *sistema jurídico occidental*, signado por la fuerza prometeica y los ideales de creación, omnisciencia, omnipotencia y omnipresencia que surgen

44 Pueden v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., Nº 32, págs. 33/76; también, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNÁNDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

45 Pueden v. nuestros estudios “Derecho de la Ciencia y protección del investigador”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1992-III, págs. 851 y ss.; “Reflexiones sobre Derecho...” cit.; “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 22, págs. 19 y ss. (y en “Bioética y Bioderecho”, Nº 2, págs. 11 y ss.); “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., Nº 20, págs. 35 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., Nº 25, págs. 7 y ss. Cabe c. DABOVE CARAMUTO, María Isolina, “Los derechos de los ancianos”, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002.

Es posible v. nuestro estudio “Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. La complejidad de los casos”, en “La Ley”, t. 2004-D, págs. 1181 y ss.

de la creencia judeocristiana, se caracteriza por una particular *vocación creadora*⁴⁶. El freno de la creencia adánica respecto del vértigo de la enormidad divina al fin se debilitó como lo muestra el nietzscheano ir “más allá del bien y del mal”⁴⁷.

III. La apreciación de la creatividad

23. La creatividad tiene siempre, aunque sea de manera *relativa*, una *situación inicial* y una *situación final* de referencia. Cada una de estas situaciones y la relación entre ambas pueden ser apreciadas tridimensionalmente según los aportes de la *teoría de las respuestas jurídicas*⁴⁸.

La creatividad como capacidad de creación se establece, al fin, como capacidad de producir una *diferencia valiosa* entre las dos situaciones, diferencia que puede ser tridimensional pero ha de ser al fin referible a algún valor, entre los cuales, en el mundo jurídico trialista, figura principalmente la justicia.

El reconocimiento de una manera más cabal de la creatividad se obtiene teniendo en cuenta todas las modificaciones que pueden mostrarla en las tres dimensiones jurídicas. Importa saber en qué mejora la situación preexistente.

En cuanto a la *dimensión sociológica*, vale considerar las modificaciones respecto de las adjudicaciones existentes, los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones; las clases de repartos; el plan de gobierno y la ejemplaridad y los límites de los repartos.

En relación con la *dimensión normológica* importa atender a las normatividades en su fidelidad, exactitud y adecuación, sus fuentes, su funcionamiento, sus conceptos y su inserción en el ordenamiento normativo.

En cuanto a la *dimensión dikelógica* es relevante atender a los valores en juego y especialmente la justicia; las clases de justicia y las relaciones entre los valores; la pantomomía de la justicia y los criterios generales orientadores; la justicia de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones; la realización del humanismo, la unicidad, la igualdad y la comunidad y la protección del individuo contra todas las amenazas.

46 Cabe c. nuestro artículo “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., Nº 30, págs. 95 y ss.

47 En cuanto al debate acerca de la divinidad en el pensamiento occidental puede v. por ej. FROMM, Erich, “Y seréis como dioses”, trad. Ramón Alcalde, Barcelona, Paidós, 1967; Signos Filosóficos, número 10, H. C. F. Mansilla, Lo rescatable de la religión en el mundo, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/343/34301014.pdf> (5-12-2006). En relación con la explosión de la vida, cabe recordar v. gr. el decir de Nietzsche “admitir el error como condición de la vida es ciertamente rebelarse contra los actuales conceptos del valor, y una filosofía que a tal se atreve se coloca por esto mismo más allá del bien y del mal.” (NIETZSCHE, Federico, “Más allá del bien y del mal”, La España Moderna, Madrid, pág. 8).

48 Es posible 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).

En el panorama de las *ramas del mundo jurídico*, la creatividad se desenvuelve como progreso en cada rama y en su conjunto, incluso en la apertura a la consideración de nuevas ramas necesarias para enriquecer las del panorama tradicional.

24. Los *alcances* de las situaciones como respuestas pueden ser personales, espaciales, temporales, materiales y de razón. La comparación entre ellos puede mostrar *dinámicas* de “plusmodelación” (expansión), “minusmodelación” (reducción) y sustitución, en lo conceptual y lo fáctico. Las *ubicaciones* de las respuestas pueden ser de aislamiento y vinculación, sean de coexistencia, dominación, integración y desintegración. A través del reconocimiento de esos alcances y su dinámica y de la ubicación de las respuestas pueden apreciarse fenómenos de creatividad. Quizás pueda sostenerse, por ejemplo, que en la segunda mitad del siglo XX se produjo una gran creatividad, como plusmodelación, sobre todo conceptual, en cuanto a los despliegues personales, espaciales, temporales, materiales y de razón de los derechos humanos. Tal vez pueda afirmarse que la continuidad del despliegue de los derechos humanos para evitar la dominación de la economía capitalista sobre el resto de la cultura es uno de los grandes desafíos de la creatividad jurídica del presente y el porvenir.

25. Para establecer la creatividad hay que desarrollar una *comparación material-temporal*, relativamente análoga a la comparación sobre todo espacial del Derecho Comparado y a la comparación principalmente temporal de la Historia del Derecho.

REFLEXIONES SOBRE CALIDAD EDUCATIVA, POLÍTICA, GESTIÓN Y FORMACIÓN *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

1. La calidad de la educación universitaria, como proceso formativo con referencia al cual deben desarrollarse la política y la gestión, debe evaluarse de acuerdo con objetivos que han de fijarse según consideraciones que brinda un *conjunto de disciplinas* que forman una “*Enciclopedia de la Universidad*”: Filosofía e Historia de la Universidad, Política Universitaria, Pedagogía Universitaria, Psicología Educativa Universitaria, Didáctica Universitaria, Epistemología Universitaria, Economía y Administración Universitaria y Derecho Universitario¹. Este plexo de disciplinas universitarias depende en mucho de la composición que se adjudique a la Universidad, cuya complejidad histórica es altamente significativa².

Para las diversas perspectivas de nuestro tema, de calidad y formación, de política y gestión, es importante pensar a la Universidad como una *institución*, es decir como una idea

* Notas básicas de la disertación del autor en las Jornadas sobre Calidad Educativa, Política, Gestión y Formación organizadas por la 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>).

** Profesor titular y director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador del CONICET.

1) Acerca de la Universidad pueden v. por ej. nuestros estudios , “Tarea de la cátedra de Introducción al Derecho”, en “Juris”, t. 41, págs. 289 y ss.; “Doctorado, Universidad y Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 7, págs. 103 y ss.; “Clases de justicia y Universidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 21, págs. 13 y ss. Cabe c. la página de la CONEAU, <http://www.coneau.edu.ar/> (12-5-2004), además es posible c. vgr. Madrid.org. Consejería de Educación, http://www.madrid.org/comun/educacion/0,3147,52811119_85030821_110785442_12076781,00.html (15-5-2004); Eukonews & Media, <http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0212zbk/gaia21204es.html> (15-5-2004). En cuanto al Titulo de experto en evaluación, acreditación y certificación de la calidad de los Sistemas Universitarios de la Universidad de Alicante, puede v. <http://www.ua.es/curso/evaluacion.calidad/> (15-5-2004). Cabe c. en relación con el sistema venezolano la página de la Universidad de Los Andes, http://ulaweb.adm.ula.ve/ula_sea/ (15-5-2004). Acerca de los modelos de Universidad, puede v. por ej. CLARK, Burton R., “Las universidades modernas: espacios de investigación y docencia”, México. Coordinación de Humanidades UNAM - Grupo Editorial Porrúa, 1997. Es posible c. SOTO, Alfredo M., “Filosofía, metodología e investigación jurídica”, en “Investigación...”cit., N° 6. Cabe c. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, enciclopedia, <http://www.rae.es/> (18-5-2004).

2) Puede v. por ej. MARTINEZ, Eduardo - LETELIER, Mario (eds.), “Evaluación y Acreditación Universitaria: metodología y experiencias”, Caracas, Nueva Sociedad - Unesco, 1997.

de obra o acción que se realiza y dura en el tiempo³. En la vida toda de la Universidad, depende mucho de los sentidos de la *idea*; también mucho de la *realización en el tiempo*.

Suele decirse que la *calidad* es un concepto *multidimensional*⁴ y que la evaluación de la calidad de la enseñanza es un fenómeno complejo, derivado del concepto mismo de calidad⁵. El hombre en general resulta ser un “ser que evalúa”, diferenciable por su vocación evaluadora. Siempre es relevante identificar qué es lo que se pretende evaluar y mantener nítido el foco de la evaluación, con el fin de evitar equívocos⁶.

Es nuestro propósito hacer una recorrida selectiva por algunas de las disciplinas universitarias, dejando abiertas *cuestiones* para la reflexión. Las soluciones que a veces propondremos tienen, sobre todo, el propósito de acentuar la hondura de las preguntas.

2. La *Filosofía de la Universidad* puede desarrollarse sobre perspectivas más idealistas o empiristas. A veces, la Institución es pensada desde la perfección de la idea y en otros casos lo es desde la experiencia, en base a la cual puede lograrse el mejoramiento. Las dos maneras, que de alguna manera se remontan a las propuestas filosóficas platónicas y aristotélicas, tienen gran significación en los temas de nuestro interés. Al fin, es muy diversa la manera en que se evalúa cuando se piensa básicamente en la perfección o se parte de la experiencia.

En relación con lo recién expuesto, es también relevante que se parta de una concepción “realista” respecto de los “universales”, en este caso del concepto de Universidad, o de una posición “nominalista” que los considere un instrumento que puede ser idóneo para la captación de las Universidades concretas.

Muy significativo es, asimismo, que se adopte una postura individualista, culturalista o transindividualista, según se tomen como fin al individuo, a la cultura o a corporaciones, como la Universidad, el Estado, la empresa, etc.

Aunque creemos que se trata de tomas de posición cuyo acierto es de cierto modo “indemostrable”, no deja de ser esclarecedor saber cuáles son las que se asumen. Las coincidencias en tal sentido permiten, obviamente, desarrollos teóricos más “pacíficos”. Nuestro enfoque de la Universidad parte de despliegues empiristas y nominalistas y asimismo de un fuerte compromiso individualista. Consideramos que no debe pensarse en “la Universidad” perfecta y conceptual sino, en este caso, en la concreción de la *Universidad Nacional de Córdoba*, en la cual incluso tiene particularidades relevantes la Facultad de

3 En relación con el tema cabe recordar HAURIOU, Maurice, “La teoría de la institución y de la fundación”, trad. Arturo Enrique Sampay, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968.

4 V. BRUNNER, José Joaquín, “Calidad y evaluación en la educación superior”, en MARTINEZ - LETELIER, op. cit., págs. 10 y ss.

5 APARICIO IZQUIERDO, Francisco, “Evaluación de la calidad de las enseñanzas de ingeniería-SECAI”, en MARTINEZ - LETELIER, op. cit., pág. 148.

6 OLIVEIRA CARVALHO, Abigail de - SPAGNOLO, Fernando, “Veinte años de evaluación de posgrados en Brasil: la experiencia del CAPES”, en MARTINEZ - LETELIER, op. cit., pág. 156.

Ciencias Químicas que nos convoca. Pese al brillo de la cultura y la fuerza “acogedora” de las corporaciones, creemos, con un sentido “humanista”, que el individuo ha de ser tomado siempre como un fin y no como un medio.

3. La Universidad es un muy complejo producto de la *historia* de Occidente nacido en los comienzos del milenio que acaba de concluir, cuando se producía el despertar medieval europeo. Parece que la primera Universidad fue la de Bolonia, nacida porque, deseosos de brindar servicios en el mundo nuevo que se anunciaaba, en el cual comenzaría el capitalismo, algunos jóvenes convocaron a maestros para que le enseñaran Derecho. Esto significa que la Universidad nació con un despliegue “*profesional*” y de cierto modo económico, que lleva en alguna medida en sus raíces. Sin embargo, también desde los inicios, otras Universidades como la de París, tuvieron cierto sentido más “*científico*”, aunque este tipo de saber estuviere centrado en la Teología y la Filosofía.

La Universidad medieval surgió respaldada en los dos poderes que por ese tiempo dominaban gran parte del espacio europeo: el *Pontificado* y el *Imperio* (es decir de cierto modo el Estado).

En la Edad Moderna la Universidad no tuvo protagonismo histórico mayor, pero lo readquirió e incrementó profundamente en la Edad Contemporánea, sobre todo en el modelo de la *Universidad científica*, medio de la grandeza del Estado, que desarrolló la Institución en Prusia según la inspiración humboldtiana. En la Francia de entonces, la Universidad fue concebida más como otro de los órganos del Estado, en relación incluso de competencia con grandes Escuelas.

En los Estados Unidos de América, el gran desarrollo del *capitalismo* permitió el desenvolvimiento de Universidades vinculadas con la economía y apoyadas en él. Durante el siglo XX algunas Universidades adquirieron, también, sentidos de *promoción social* y de *compromiso con la sociedad*, como lo muestra la Reforma Universitaria de 1918.

En la “posmodernidad”, que corresponde a un todavía relativamente indefinido *cambio de era de la Historia*, tan difuso que se nombra simplemente como contraste con el anterior, pero tan grande como lo evidencian el imperio tecnológico de la electrónica, la enormidad de la información y el control de los caracteres futuros de la especie, 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 cambios⁷.

Creemos que en el curso histórico que atravesó la Universidad de élites y la Universidad de masas, uno de los caminos de la *síntesis* es la *evaluación*. Uno de los valores históricos muy importantes de la Universidad, comparable a su capacidad epistemológica de

7 Es posible v. nuestro estudio “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 20, págs. 119 y ss.

interdisciplinariedad, es su posibilidad de relación *intergeneracional*.

En la *Argentina*, la Universidad ha de tener conciencia estratégica de su ubicación en el *Sur*, a menudo dependiente, con miras a revertir los efectos de tal situación. La Universidad fue traída a la *Argentina* con el gigantesco injerto cultural que fue la Conquista. La primera Universidad del territorio argentino fue fundada en Córdoba en 1613, como resultado de la tarea de la Iglesia. La Universidad que nos convoca es la “cabeza histórica” del sistema nacional. Vale recordar que la ciudad había sido fundada hacía muy poco tiempo, en 1573. Por entonces, la Universidad tuvo caracteres “hispánicos tradicionales”, es decir, católicos, comunitaristas y paternalistas. Sin embargo, gran parte de la vida universitaria argentina está signada por la influencia de otro injerto cultural, el “anglofrancesado”, de tendencia relativamente reformada, más individualista y abstencionista: el que produjo en Buenos Aires en 1821 Bernardino Rivadavia. Esta Universidad “rivadaviana” tuvo grandes conflictos con el sector “hispánico tradicional”, por ejemplo en los gobiernos de Rosas y Perón⁸.

Como toda “recepción”, el injerto universitario puede producir asimilación o rechazo. El grito “alpargatas sí, libros no” es una perspectiva, acertada o no, que no deben desconocer todo pensamiento y toda evaluación de la Universidad.

En la realidad argentina, en parte heredera de posiciones relativamente *parasitarias* recibidas de España (vale recordar, por ej., las consecuencias de la Mesta y del “bullionismo”), la Universidad suele compartir la cómoda recepción “comercializadora” de ideas extranjeras, que conduce a la dependencia, desconectada del sentido “industrializador” de la propia elaboración del saber⁹.

4. En el campo de la *Política Universitaria*, vale pensar a la Universidad en sentido político como un ámbito de convivencia captado por normas que debe convertirse en un espacio de convivencia, es decir, de vida valiosa¹⁰. En el mundo político, específicamente en el espacio Universidad, confluyen requerimientos principales de política *científica*, política *artística*, política *educacional*, política *sanitaria*, política *religiosa*, política *jurídica* y política *cultural* en general.

Aunque suele debatirse acerca de los alcances y la intervención respecto del gobierno universitario, sin dejar de lado que compartimos el ideal de la *autonomía* y creemos en un gobierno con *participación* de todos los sectores, consideramos que lo más relevante es que se gobierne con *eticidad universitaria*. Los alumnos que en la Edad Media contribuyeron a la formación de la Universidad de Bolonia estaban, notoriamente, calificados para gobernarla.

8 Cabe c. nuestro artículo “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.

9 Es posible c. nuestro estudio “Una *Argentina ‘parasitaria’* entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación...” cit., N° 34, págs. 59/65.

10 Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4.

Creemos que la Universidad *estatal*, en el sentido de *pública* y con estudios gratuitos, es imprescindible para la preservación del compromiso con la ciencia, la libertad de cátedra y la igualdad de oportunidades, que son también grandes ideales de la Reforma Universitaria. Pese a las circunstancias que a veces imponen el arancelamiento en los posgrados de las Universidades públicas, esos caracteres son relevantes en todas las instancias, de grado y posgrado.

Es evidente que una Universidad dominada, en cambio, por la religión, debe atenerse al fin a los propósitos del “re-ligamiento” de referencia y que en una Universidad donde impera la economía capitalista el cliente, empresario o alumno, de alguna manera al fin “siempre tiene razón”. Es relevante pensar en la Universidad de la *República*, la *democracia*, la *libertad* y los *derechos humanos*. El desarrollo de una Universidad “*nacional*”, mantenida y comprometida con su medio, es importante para que el país pueda participar en el diálogo de la cultura universal, superando la mera globalización/marginación.

La *articulación* de la Universidad y el resto de la *sociedad* suele ser tensa, resultando aprovechable al respecto la teoría de los contactos de respuestas jurídicas y culturales¹¹. En lugar de vinculaciones de coexistencia e integración pueden desenvolverse, por ej., relaciones de dominación y aislamiento. La calificación de los contenidos suele ser dispar; el fraude no es infrecuente; a veces se bloquea el “reenvío” de calidad de la Universidad a otras instituciones o se abusa de él y en ciertos casos no existen o se exageran las posibilidades del rechazo que excepcionalmente ha de resguardar la individualidad de cada ámbito. En algunas situaciones los valores de la evaluación universitaria son más propios de la Universidad, en otras son establecidos en mayor medida por la sociedad¹².

En países como el nuestro, signados por una magnífica Capital que, sin embargo pudo ser mencionada como “capital de un imperio que nunca existió”, y fuertemente necesitados del *federalismo*, es relevante aprovechar las grandezas de la Universidad de la Capital, pero también los importantes aportes que pueden obtenerse en las Universidades del interior.

Dentro de la Universidad, no pueden desconocerse los conflictos entre las distintas *Facultades*, que se producen, incluso por razones *epistemológicas*, desde los comienzos de la Institución. No combatimos el modelo de mera “confederación” de Facultades, pero parece deseable superarlo con miras la integración en los distintos despliegues de educación, investigación, formación profesional y relación con el medio.

5. En los despliegues de la *Pedagogía y la Didáctica Universitarias*, vale destacar que la Institución tiene un sentido *educativo*, que la encamina a la formación, incluso a la formación

11 Es posible v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976; 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.

12 V. por ej. BRUNNER, op. cit., págs. 10 y ss.

de toda la personalidad, y no sólo a la información, sentido en el cual el método con el que se investiga puede ser muy útil, pero no es necesariamente suficiente. Un buen investigador, o un buen profesional, no es automáticamente un buen profesor. La educación se ha de adecuar a las necesidades del alumno, que es una persona diferente del docente, aunque más no sea por su estado del saber y frecuentemente del desarrollo biológico. La compenetración del acto educativo es diferente de la del acto científico.

Diversos métodos pueden ser requeridos para el desenvolvimiento del proceso educativo en cada circunstancia. La clase “magistral” (“frontal”) no es ni más ni menos que uno de ellos.

La Pedagogía exige planteos *curriculares* e *institucionales* adecuados, que incluso abarquen una formación permanente, y requiere que la evaluación sea una dimensión constante en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Lamentablemente, en medios como el nuestro la Pedagogía y la Didáctica Universitarias no han recibido toda la atención que merecen e incluso han sido a menudo mediatisadas por razones de predominio de grupos.

6. La *Economía Universitaria* permite plantear a la Institución como una pieza del proceso económico de producción, distribución y consumo y lleva a veces al “análisis económico” de la Universidad. Creemos que aunque la comprensión económica de la Universidad es incluso imprescindible para que ésta funcione en tiempos como los actuales, urge evitar que toda la vida, y en este caso la vida universitaria, sea pasada por el tamiz de la economía, mucho menos de la relación “costo-beneficio”.

Respondiendo a concepciones diversas, en la evaluación a veces se pone énfasis en los “*insumos*”, en otros casos en los resultados y en otras oportunidades en los procesos. Los insumos se refieren, por ej., a gastos por alumno, selectividad en los procesos de admisión, calificación de los académicos, sus remuneraciones, relación alumnos/profesor, servicios estudiantiles, inversiones de capital, recursos bibliográficos y de equipamiento general y reputación de las instituciones. Los *resultados* apuntan, v. gr., a productos de docencia, investigación, servicios a la comunidad, en suma, al logro de las metas prefijadas. En ciertos casos se combinan las dos referencias y se atiende también a los *procesos* involucrados que, empleando los insumos buscan producir los resultados esperados¹³.

El economicismo tiende a considerar demasiado el tiempo de “retención” de los alumnos, a nosotros nos parece que la preocupación fundamental no ha de ser la duración de sus estudios, sino los *resultados* que obtienen. Es más, creemos que con fines de promoción social se ha de alentar especialmente a los alumnos que, con dificultades, hacen su carrera en largo tiempo, si la hacen con calidad.

En el marco del “economicismo” universitario ha llegado a decirse, v. gr.: “Los ministros

13 Cabe c. íd.

no están ya pensando en subsidios, cualquiera sea su forma o cálculo, sino en términos de la adquisición de ciertos servicios de parte de las universidades. El eje de esos servicios son la docencia y la investigación. El Gobierno es aquí un comprador-único, que confronta a un conjunto de oferentes que compiten entre sí. Usará el poder que esa situación le proporciona para presionar a favor de una mayor eficiencia, igual como hace Marks and Spencers, por ejemplo en similares circunstancias”¹⁴.

7. 1. Desde nuestra perspectiva de desenvolvimiento personal, de profesor de Derecho, es particularmente relevante el pensamiento del *Derecho Universitario*.

A nuestro parecer, la comprensión integradora *trialista* del Derecho en general, en este caso del Derecho Universitario, responde a muchos intereses científicos ¹⁵. En concordancia con la construcción general del objeto jurídico, el trialismo lleva a comprender los despliegues universitarios de actividad propia y evaluación como adjudicaciones de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y la *vida*), principalmente *repartos* (producidos por la conducta de seres humanos determinables); la captación de los repartos por *normas* que los describen e integran y los *valores* que se refieren a los repartos y las normas, principalmente la justicia.

7. 2. La vida jurídica de la Universidad, como actividad propia y como evaluación, 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. La Universidad como actividad propia y su evaluación se producen por conducción, pero también por un curso de influencias humanas difusas científicas, económicas, religiosas, etc. de proyección muy diversa en el tiempo y el espacio. Todo conductor de la vida universitaria debe tener en cuenta cuál es su espacio real de conducción. Conducir en Córdoba no es lo mismo que hacerlo en Buenos Aires, en París o en Harvard.

Para comprender los repartos universitarios es significativo, por ejemplo, reconocer cuáles son, dentro o fuera de las normas, los recipientes *beneficiados* y *gravados* de la vida universitaria y cuáles son las potencias e impotencias que reciben. Pese a que los estudiantes son recipientes muy importantes, participan a menudo poco en los procesos de evaluación. Se ha dicho que “los estudiantes, que en última instancia son los principales favorecidos

14 Palabras de Sir Peter Swinnerton-Dyer, presidente del University Grants Committee, cit. por BRUNNER, op. cit., pág. 29.

15 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada dentro del integrativismo tridimensional, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política” cit.; “Estudios...” cits.; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

o perjudicados por los variables grados de calidad de la educación superior, juegan en la mayoría de los países un rol sólo secundario en la determinación de la “agenda de calidad” y en las acciones que se emprenden para su mejoramiento”¹⁶. Suele afirmarse que el rápido crecimiento del número de estudiantes y la escasez de los recursos han impulsado el desarrollo de la evaluación universitaria¹⁷. Más allá de las razones alegadas, es relevante reconocer los móviles de los repartidores universitarios y las razones que atribuye la comunidad a la vida universitaria, sea en la actividad evaluada o en la evaluación, cuando se considera que ella es valiosa.

A veces se procura la limitación de la cantidad de alumnos para promover las posibilidades de mejor formación de los elegidos, en otros casos para afirmar privilegios de grupo o de 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.

Los repartos pueden ser autoritarios, realizadores del valor poder, o autónomos, con la inherente satisfacción del valor cooperación. La Universidad es, inevitablemente, un relativo centro de *poder*; también lo es la evaluación. Vale recordar que ya Francis Bacon señalaba la vinculación de la ciencia con el poder.

La ordenación de los repartos puede producirse por planificación gubernamental y por ejemplaridad, resultando ésta de gran significación para que la planificación se cumpla, en nuestro caso, para que la Institución tenga bases sólidas. Suele decirse que la auténtica fuerza de una Universidad depende de la medida en que todos los miembros de la comunidad comparten esperanzas y objetivos y están dispuestos a trabajar juntos y a comprometerse para alcanzarlos¹⁸. Sólo los valores universitarios compartidos dan consistencia a la Universidad.

La autonomía universitaria suele hacer tensas las relaciones del orden universitario con el orden de la evaluación y con el orden social en general. El orden mundial actual, de la globalización/marginación, puede expresarse como una tensa relación entre economía y mercado y democracia y derechos humanos¹⁹. En diversos casos, por ejemplo en Holanda y Suecia, lo que parece ser preferencia de los formuladores de política universitaria de evaluación es la generación de mecanismos que se apoyen en la autorregulación de los sistemas, con la relativa posibilidad de democracia y juego de los derechos humanos²⁰. En cambio, el sistema de evaluación británico liberal-conservador ha tendido a forzar la exposición de la educación superior hacia los requerimientos del mercado²¹. En contra de la tradición inglesa de ordenación social desde abajo a arriba, el gobierno conservador, impuso

16 BRUNNER, op. cit., pág. 16.

17 *Id.*, págs. 19 y ss.

18 Palabras de Frank Rhodes, de Cornell University, cit. por BRUNNER, op. cit., págs. 14/5.

19 Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

20 BRUNNER, op. cit., pág. 39.

21 *Id.*, pág. 33.

sus criterios políticos a las Universidades.

Los órdenes de repartos suelen tener vicisitudes favorables o perjudiciales a su desenvolvimiento. En la Argentina la *inestabilidad* del país y de las Universidades ha deteriorado reiteradamente las posibilidades de la vida universitaria.

Los repartos y el régimen pueden tropezar con *límites* impuestos por la “naturaleza de las cosas”. Los límites políticos y económicos de la vida universitaria argentina han sido graves. Cabe señalar que la adhesión social a las Universidades ha sido limitada.

7. 3. Las *normas* captan los repartos y como tales han de ser fieles y exactas. También han de serlo las normas del sistema universitario, sea en la actividad evaluada o en la evaluación. Esto significa, de modo respectivo, que las normas han de describir con acierto el contenido de la voluntad de sus autores para ser 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 respectivas.

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 una 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 nivel.

Dada la vocación de autonomía de la Universidad, el ordenamiento normativo universitario, en lo evaluado y en la evaluación, suele tener difícil coherencia con el ordenamiento normativo general.

7. 4. 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 ésta se concrete deben satisfacerse ampliamente otros valores como la verdad, la utilidad, etc.

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. La Universidad es una institución ideológicamente tensa, en la cual cada modelo de Institución genera un complejo de valores diferente.

Los valores universitarios son al fin la clave de la evaluación. La Universidad humboldtiana se refiere más a la *verdad*, la que expande el capitalismo anglosajón tiende a dirigirse más la *utilidad*. No creemos legítimo identificar al Estado evaluador con el modelo capitalista

neoliberal; la evaluación según el modelo inglés correspondiente con especial nitidez a los ideales liberal-conservadores es sólo reflejo del criterio evaluador de un gobierno. En este enfoque, la utilidad se arroga el material estimativo que corresponde a otros valores.

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, a menudo por intervención de la moneda) y la justicia asimétrica (de comparación más difícil); a la justicia commutativa (con “contraprestación”) y la justicia espontánea (sin “contraprestación”) y 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.

Creemos que, pese a la atractiva simplicidad de la justicia simétrica y la justicia commutativa, ni la simetría obtenida por la moneda ni la “commutación” de la contraprestación han de ser criterios dominantes de la educación o la investigación. Suele reconocerse, aunque formulando ciertas reservas, que en lo que se refiere a la investigación básica y la educación superior el criterio de dinero es muy imperfecto²². La Universidad vive de realidades no expresables en términos monetarios y de “donación” de esfuerzos superiores a la legítima contraprestación.

Consideramos que la Universidad tiene un gran despliegue público. El modelo de evaluación británico liberal-conservador es una muestra de *privatización* tendiente a la economía en la adquisición y el uso de los recursos, la eficiencia en el uso de los mismos y la efectividad en el logro de los objetivos institucionales, departamentales e individuales²³.

En la tensa relación entre la justicia “de partida” y la justicia “de llegada”, la evaluación tiende a pasar de los enclaves “programáticos” con cierta frecuencia burocratizados a los desarrollos que atienden a la “producción”, diríamos mejor a los resultados²⁴.

El constante replanteo del saber universitario hace que se produzcan “desfraccionamientos” que generan inseguridad. La Universidad asegura respecto del mundo, pero crea inseguridad a los saberes consagrados y los intereses en ellos representados. La evaluación puede ser una manera de incrementar legítimamente la seguridad de la calidad universitaria, aunque además genera riesgos de demasiada seguridad o incluso de excesiva inseguridad.

Uno de los grandes interrogantes del Derecho es el de la legitimación de los repartidores,

22 IN'T VELD, Roland J., “Amenazas y oportunidades en la evaluación de la educación superior”, en MARTINEZ - LETELIER, op. cit., pág. 54.

23 MARTINEZ - LETELIER, op. cit., pág. 31.

Acerca de la diferencia entre Derecho Privado y privatización, es posible v. nuestro artículo “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 20, págs. 119 y ss.

24 En cuanto a esas dos clases de justicia, cabe c. nuestro estudio “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

Acerca de la diferencia entre programación y productividad puede v. por ej. MARTINEZ, Eduardo, “La evaluación de la educación superior”, en MARTINEZ - LETELIER, op. cit., pág. 77.

sea autónoma o, por ej., *infraautónoma* (mayoritaria; concretamente democrática), sea *aristocrática* (por superioridad moral, científica o técnica). La Universidad es un campo de tensión entre aristocracia y democracia. En la evaluación en especial se debate si han de evaluar los propios universitarios, con más autonomía (directa o a través de pares), funcionarios gubernamentales, empresarios, asociaciones profesionales, etc.

Todo reparto produce *responsabilidad* por sí mismo e incluso puede generar responsabilidad por el conjunto. La evaluación es un mecanismo que puede vivificar la responsabilidad, particular e institucional. Creemos que las fórmulas mercantilistas de la evaluación universitaria promovidas por el modelo capitalista anglosajón, que pretenden pasar también la ciencia por el tamiz del mercado, no están a la altura de la responsabilidad por los saberes del porvenir.

La legitimación de los recipientes 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*²⁵.

La forma de los repartos, es decir el camino de más o menos *audiencia* para su decisión, interviene también en su legitimación. La audiencia en la Universidad y en la evaluación tiene, notoriamente, también significación.

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. La evaluación también ha de hacerse atendiendo al sentido humanista y protector de la Universidad.

25 La tensa realidad de nuestra Universidad, conflictuada entre el ingreso irrestricto, apegado más a los merecimientos, y los méritos, suele hacer que en las evaluaciones educativas en lugar de presentarse la “campana de Gauss”, ésta aparezca invertida (puede v. Guajara.com, Campana de Gauss, http://www.guajara.com/wiki/es/wikipedia/c/ca/campana_de_gauss.html –18-5-2004–).

EL CONCEPTO DE CALIDAD DE VIDA COMO CRITERIO DE VALORACIÓN EN EL DERECHO *

FERNANDO RONCHETTI **

La calidad de vida es un criterio de valoración propio de la posmodernidad.

Definida en términos utilitaristas, como lo impone la teoría económica predominante, se arroga el material estimativo de la justicia.

Es posible redefinir la calidad de vida, para emplearla como patrón de medida del deber ser axiológico del Derecho.

El significado que le da el trialismo a un orden jurídico justo es que asegura a cada individuo el ámbito de libertad necesario para desarrollar su personalidad.

La calidad de vida se entiende, de esta manera, como la adjudicación de ese espacio para desarrollar las potencialidades humanas.

I. Introducción

La condición posmoderna da cuenta del descrédito de la razón como promitente del progreso de la humanidad. Ni siquiera se espera que ilumine la verdad, porque la razón es débil o porque no hay una verdad.

Bastará con alcanzar un adecuado nivel de aceptabilidad para adoptar determinados criterios de valoración (la razonabilidad).

De esta manera es que se impone la cuantificación de las preferencias por sobre las pretensiones de objetivación axiológica. Si no, se entiende por objetividad a la intersubjetividad, que es como se constituyen las declaraciones universales de derechos.

El trialismo ha desarrollado una metodología que aborda al Derecho como un objeto complejo, que tiene tres dimensiones: realidad social, normas y valores. Los valores se definen como entes ideales exigentes, y son aprehendidos mediante la razón. El hombre se limita a

* Trabajo presentado como comunicación en la Jornada celebrada el 15 de septiembre de 2006 en el marco del proyecto de investigación “Aportes del Derecho Privado para el Mejoramiento de la Calidad de Vida” que dirige la Dra. Noemí Nicolau, acreditado en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Escuela Superior de Derecho.

** Docente de la Escuela Superior de Derecho de la U.N.C.P.B.A.

descubrir los valores naturales (justicia, orden, solidaridad, poder, previsibilidad), aunque interviene creando otros valores de jerarquía inferior (moda, cortesía, profesionalismo).

En ciertos ámbitos de discusión filosófica se mantienen vigentes los postulados del positivismo que apartan a los juicios de valor del conocimiento científico. Desde ese paradigma se clasifica al trialismo como una concepción iusnaturalista (trascendentalista)¹, y como tal intuicionista, que no puede demostrar la certeza de las intuiciones cuando son controvertidas o confundidas con emociones².

Una respuesta de los nuevos desarrollos de la teoría trialista propone suspender la discusión respecto de aquellos valores que nadie pondría en duda, para construir a partir de ellos una perspectiva axiológica que permita incorporar en el objeto Derecho a la Justicia y a otros valores jurídicos que coadyuvan a su realización.

Los valores no quedan librados al criterio relativo de cada uno, y tampoco están sometidos a la opinión circunstancial de la mayoría (historicismo) o al interés del mayor número (utilitarismo).

Los valores naturales no son creados por el hombre. El hombre los llega a conocer, aunque puede haber diferentes maneras de conocerlos. En la base está la tolerancia: hay valores objetivos, pero nadie puede arrogarse la atribución absoluta de imponer su perspectiva a la de los demás.

En la búsqueda del conocimiento de estos valores, también será necesario el consenso.

La aceptabilidad universal del primer caso, o el consenso del segundo, nos comunican con la realidad social.

II. Nuestro encuadramiento teórico: la teoría trialista

Habiendo considerado que la teoría trialista del mundo jurídico brinda recursos teóricos que permiten enriquecer el abordaje de este tema, habré de abordar el objeto de estudio en sus tres aspectos, con los correspondientes métodos: las jurísticas sociológica, normológica y axiológica.

La “calidad de vida” puede ser tomada como un despliegue de la Justicia, en tanto pone a la persona como fin del Derecho.

Werner Goldschmidt entiende que el principio supremo de Justicia impone a la comunidad que le asegure a cada individuo el ámbito de libertad necesario para desarrollar su personalidad.

En este sentido podríamos preguntarnos ¿la calidad de vida es ese ámbito de libertad o es el desarrollo de la personalidad? ¿es una condición o es una consecuencia, un resultado?

1 ATIENZA, Manuel, “La Filosofía del Derecho argentina actual”, Bs. As., Depalma, 1984, págs. 24 y s.

2 GARGARELLA, Roberto, “Las teorías de la justicia después de Rawls”, Bs. As., Paidós, 1999, pág. 22.

1) Jurística sociológica

Las categorías de análisis que ofrece este método procuran establecer qué adjudicaciones son susceptibles de ser valoradas por el complejo axiológico que culmina en la justicia. Estas adjudicaciones son las que nos interesarán investigar, tanto sea que provengan de personas determinables (“repartos”), de intervención humana difusa, de la naturaleza, o del azar (lo que se denominará “distribuciones”).

¿Quién se beneficia y quién se perjudica? Esto es lo que le incumbe al Derecho así entendido.

Conducción

Si el hombre conduce su vida puede alcanzar su personalización. La autodeterminación contribuye a la calidad de vida, como una condición necesaria, aunque no suficiente.

Es preferible el reparto autónomo, en el que los repartidores acuerdan, que el reparto autoritario, donde la voluntad de uno se impone sobre el otro, porque limita el ámbito de la libertad de aquel. Hace a la calidad de vida garantizar la autonomía de la voluntad.

El orden público pone límites sociales al repartidor en consideración a intereses de la comunidad, compatibilizando la libertad de cada uno con la de los demás.

Recipientes

Son recipientes todos aquellos que resultan adjudicados, sean beneficiados o perjudicados, y con fuente en repartos o distribuciones.

A grandes rasgos, podemos traducir lo que normológicamente llamamos derechos subjetivos como potencia, y a las obligaciones, deberes o cargas como impotencias.

Son recipientes todos los hombres, incluso los por nacer y los difuntos. La “calidad de vida” se especifica excluyendo a estos últimos, pero no habría por qué considerar que no estén comprendidos los seres concebidos aún no nacidos.

Nadie dudaría en considerarlos dignos de protección contra enfermedades (naturaleza), la contaminación (influencias humanas difusas), ni contra la agresión de otras personas. Cabe colegir que no habría que excluirlos de protección respecto de sus progenitores, aunque entre en colisión la respectiva calidad de vida. Como analizaremos más adelante, las dimensiones de la calidad de vida son interdependientes y se consideran como una totalidad. Ponderando la del hijo con la de la madre, solamente el riesgo de perder la vida de ésta habilitaría a interrumpir la del feto.

En cuanto a los difuntos a quienes se considera recipientes de todo aquello que repercute sobre la memoria que quienes los sobrevivan tengan acerca de ellos, no podríamos

encuadrar esto más que en la dimensión social de la calidad de vida.

Pero una cuestión reviste sumo interés y es la situación del enfermo terminal que puede ser sometido a situaciones como la que se denomina en bioética “encarnizamiento terapéutico”, que le prolonga una vida que ya no es más que “artificial”.

Es en estos casos donde más se requiere delinear acabadamente el concepto de calidad de vida, porque el adjetivo habrá de condicionar al sustantivo. Si no es vida de cierta calidad, podría concluirse que no deberá ser vida.

Formas

En cuanto a la forma en que se realizan los repartos, parece innecesario justificar que la audiencia es calidad de vida: escuchar antes de decidir proporciona mejores posibilidades de beneficiar a los recipientes. Aunque sea el menor, el senil, el moroso, el fallido.

Por exigencias del desarrollo comercial habrá cada vez más contratación de cláusulas predispuestas, donde no hay posibilidades de negociar. La calidad de vida se nutre también del crecimiento económico, pero la justicia es siempre justicia del caso, y aunque el *pacta sum servanda* es un fraccionamiento necesario para ganar en seguridad jurídica, no hay que perder de vista que en la mera adhesión hay una mayor exigencia de desfraccionar. Especialmente si se trata de contratos que incumben de manera directa a los elementos que conforman la calidad de vida: los contratos prepagos de salud, los que limitan la responsabilidad de profesionales, los convenios de alimentos, los contratos educativos, los seguros de accidentes personales, los que atañen a la vivienda única, etc.

Razones

La sociedad actual valora la calidad de vida cada vez más intensamente (tema que ampliaré en una referencia histórica), de manera que también se utiliza como argumento de políticas públicas y de decisiones judiciales la protección o el fomento de la calidad de vida, como regla decisoria (o criterio de interpretación finalista).

La “calidad de vida” es uno de los campos de acción en ciencia y tecnología³, establecidos por la respectiva Secretaría del Ministerio de Educación de la Nación. Se usa esta expresión textualmente en múltiples documentos, aprovechando su carga emotiva favorable.

No siempre se compadecen los verdaderos móviles con la alegada “calidad de vida”,

3 Se toma como ejemplo el convenio de cooperación científica y tecnológica entre la región de América Latina, el Caribe y la Unión Europea (ALCUE), celebrada en el marco de la I Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, en Río de Janeiro en 1999. Las actividades del Grupo de Trabajo de Cooperación Científica y Tecnológica ALCUE, integrado por representantes de los países de las dos regiones, permite establecer un diálogo político en ciencia y tecnología a fin de promover acciones conjuntas de investigación e innovación tecnológica que beneficien el desarrollo sostenible y equitativo de las dos regiones.

por eso me parece imprescindible conceptualizar adecuadamente lo que esto significa para que no quede como una palabra vacía, como un “sin-sentido”. Será también más eficiente la transferencia de esta labor investigativa si se objetiva su denotación.

Límites

Las intenciones de hacer realidad el mejoramiento de la calidad de vida encuentran obstáculos que derivan de la “naturaleza de las cosas” (límites necesarios). Hay límites físicos, temporales, espaciales. Reconocerlos es preciso para evitar la frustración de los propósitos de las decisiones. Es frecuente que desde el Derecho no tengamos en cuenta las circunstancias, por una tendencia racionalista heredada del cartesianismo que sobrevive en la dogmática, en el conceptualismo y otras expresiones del formalismo que se resisten a saltar a las fuentes materiales.

La calidad de vida demanda un proceso de larga y continua duración (límite temporal); debiera ser accesible a todos por igual en un país que tiene un extenso y muy heterogéneo territorio (límite espacial); y no depende de la sola voluntad de un supremo repartidor (podemos mencionar como límites físicos o reales a enfermedades sin cura, a fenómenos naturales de gran magnitud, al envejecimiento, la depresión, la estupidez).

También hay límites socio-religiosos, socio-políticos, socio-culturales, socio-económicos. Su presencia es más ostensible porque se manifiestan en factores de poder. Estos límites afectan a la misma definición de la calidad de vida, porque no aceptará un testigo de Jehová que una transfusión de sangre es para su bien (límite socio-religioso). Los límites socio-políticos son múltiples, pero un buen ejemplo es la inmadurez democrática de dirigentes y electores que no ubican en el centro de la discusión a las cuestiones que hacen a la calidad de vida de los ciudadanos, relegándolas por problemáticas coyunturales. Los límites socio-culturales son insoslayables al pensar en recuperar la educación que pudo ofrecer nuestro país en otras épocas, porque es necesario un verdadero interés en formarse y tiempo para formar formadores.

En lo que respecta a los límites socio-económicos es casi innecesario su tratamiento en particular, pero no estaré demás repetir que hay una declamación hipócrita de la justicia cuando se la enfrenta a las leyes de la matemática (no ya de la economía). El Estado no garantiza el acceso a la vivienda, ni al crédito, ni al trabajo, ni la libertad de contratación, ni la propiedad. Los jueces condenan a pagar sumas imposibles a personas insolventes. Los contratantes pretenden crear moneda extranjera o neutralizar la inflación. Los legisladores quieren desactivar el tráfico de drogas condenando a los consumidores. ¿Qué va a pasar en pocos años con la comercialización de órganos, la maternidad subrogada, la adopción ilegal, en un país que sigue expulsando millones de personas del sistema?

Orden de repartos

Goldschmidt concibe al mundo jurídico como un orden de repartos, que se constituye conforme a una planificación (vertical, de arriba hacia abajo) o al hilo de la ejemplaridad (los individuos ajustan su comportamiento al de otros que toman como modelo por su razonabilidad). En realidad, en toda sociedad encontramos ambos modos de ordenación.

Hay una política gubernamental en ciencia y tecnología orientada a promover investigaciones que permitan transferir los aportes del conocimiento al mejoramiento de la calidad de vida de la población. En la Provincia de Buenos Aires tiene jerarquía constitucional, y está formulada en términos explícitos en el art. 43: “La provincia de Buenos Aires fomenta la investigación científica y tecnológica, la transferencia de los resultados a los habitantes cuando se efectúa con recursos del Estado y la difusión de los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de sistemas adecuados de información, a fin de lograr un sostenido desarrollo económico y social que atienda a una *mejor calidad de vida de la población*”.

Se amplía la declaración de derechos con rango constitucional (ambiente sano, consumidores, y sociales en general). Se incorporaron Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la última reforma de la Constitución Nacional. Y para que no se trate de meras declamaciones, se asegura un más amplio acceso a la protección de los derechos por la vía del amparo y otros procedimientos expeditos.

A esta planificación vertical se agrega la mayor preocupación de los ciudadanos por estos derechos, la efectiva utilización de las vías procesales, incluso mediante organizaciones no gubernamentales se promueven acciones de incidencia colectiva.

Una mayor concientización en la que contribuyen también los educadores y los medios de comunicación aseguran la vigencia de estos derechos.

Finalmente, los jueces hacen lugar a los planteos, admitiendo legitimaciones más difusas y trasponiendo las formas del procedimiento asumen un rol más protagónico con medidas autosatisfactivas o cautelares genéricas que privilegian la defensa de derechos fundamentales ante amenazas concretas o inminentes.

La razonabilidad de los primeros fallos que fueron abriendo estos cauces es tomada como ejemplar por quienes siguen esos precedentes, consolidándose en jurisprudencia, fuente propagandística por excelencia en el derecho posmoderno.

Para culminar esta declinación sociológica de la calidad de vida diremos que en términos goldschmidtianos se ha producido una evolución del orden de repartos porque van cambiando los criterios supremos de reparto (independientemente del cambio de los supremos repartidores), con la entronización de la calidad de vida como pauta decisoria.

2) Jurística normológica

Toda norma capta lógicamente y desde un punto de vista neutral, la voluntad que proyecta un reparto.

Función descriptiva del contenido de la voluntad de reparto

Cumple una función descriptiva de la voluntad del repartidor (por ejemplo, el legislador) si luego de interpretarla concluimos en que la expresa fielmente.

No hay tantas normas que utilicen literalmente las palabras “calidad de vida”, especialmente fuera del Derecho Ambiental. Pero los conceptos jurídicos denotados y designados con esa terminología están presentes en la mayoría de los sistemas y microsistemas de nuestro Derecho, explícitamente en normas programáticas e implícitamente en los principios generales que se extraen de aquellos.

Podemos decir que principios como el de “no dañar a otro”, de “reparación integral”, de “favor debitoris”, de “protección del débil jurídico”, y en general de “equidad” (en la indemnización o en la interpretación teleológica y correctora), por citar algunos casos, están comprendidos en la noción del mejoramiento de la calidad de vida.

Para una mayor fidelidad en la descripción del contenido de la voluntad de los legisladores o de los representantes de los Estados partes de Tratados, sería conveniente avanzar en la definición de la “calidad de vida”. ¿Cuáles son sus alcances? En esto la ciencia del Derecho, a la manera en que lo ha hecho la dogmática con tanto provecho en el Derecho Civil, debe contribuir activamente en la conceptualización de esta terminología que tiene tanta ambigüedad como vaguedad.

En el caso del empleo de esta expresión por parte del constituyente (como sucede en el art. 43 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), la interpretación “mutativa” (Sagüés) o la interpretación “evolutiva” (Guastini) proporcionan mayores elementos para adaptar las palabras a las cambiantes circunstancias históricas. Esto hace aconsejable el uso de estos conceptos que dan mayor elasticidad a fuentes rígidas.

Cumplimiento de esa voluntad: aplicación

La norma también afirma que describe el cumplimiento de la voluntad de su autor, aunque su exactitud dependerá de que se verifique su efectiva aplicación.

Para esto es necesario hacer un salto a las fuentes materiales ¿los jueces aplican esta pauta de valoración? No está en la terminología de los fallos que se pueden encontrar publicados en los repertorios más conocidos⁴ la “calidad de vida”, aunque sí sus denotaciones

4 Esto se desprende de una búsqueda por Tesauro y por palabras libres de colecciones en soporte digital.

ya mencionadas.

Sin embargo, conspira contra el desarrollo de la “calidad de vida” la falta de precisión de sus propiedades necesarias y concomitantes.

Podríamos conjeturar que hay una indeterminación en las normas que consagran la calidad de vida explícita o implícitamente. Hay una voluntad que necesita ser completada por reglamentación, en unos casos, o por desarrollo de principios de normación.

La jurisprudencia tiene los caracteres de flexibilidad y elasticidad como fuente de normas, al punto de transformarse en la más adecuada para la promoción de la calidad de vida como valor jurídico. Por eso deben los jueces asumir su rol como protagonistas, como repartidores idóneos en la determinación del concepto de “calidad de vida”.

Función integradora de la norma

Los conceptos que emplea la norma van integrando el orden de repartos. De esta manera la norma puede modificar la realidad. La incorporación del concepto “calidad de vida” puede ser adecuado para precisar otros que son de difícil aprehensión. Veamos algunos ejemplos:

- La “vida digna” como límite a la postergación indefinida de la muerte del paciente se hace difícil de caracterizar.
- Las “necesidades mínimas” o “básicas” también son imprecisas.
- El “daño moral” es una categoría que da lugar a los más antojadizos criterios de cuantificación, porque no responde a otra pauta que una analogía gruesa con precedentes jurisprudenciales.
- La “conveniencia” del menor en orden a la atribución de la tenencia podría determinarse mejor si estuvieran claras las implicancias de la “calidad de vida”.

¿Es la calidad de vida un derecho subjetivo?

No podemos evitar la consideración de un debate imperecedero de la filosofía del Derecho Privado y que consiste en establecer si existen y –en tal caso– qué son los derechos subjetivos.

La respuesta va a estar condicionada por la teoría del Derecho que se adopte. Desde ya, ni el iusnaturalismo (Villey) ni el solidarismo (Duguit) aceptaban que el Derecho se construyera a partir de los derechos subjetivos, habida cuenta de las implicancias individualistas de esa concepción. “El Derecho Civil ya no se puede identificar simplistamente con el derecho codificado, desde el momento en que se constata la necesidad de apreciar intereses colectivos y de inspirarse en el principio de la solidaridad social”⁵, explica Llamas Pombo.

5 LLAMAS POMBO, Eugenio, “Orientaciones sobre el concepto y el método en el Derecho Civil”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 99.

Lo mismo cabe para el Derecho que se desarrolla desde los derechos humanos o derechos fundamentales. Desde un paradigma solidarista, primero caben los deberes y luego los derechos. Dirá Goldschmidt que el humanismo como doctrina no formula exigencias ni concede tampoco derechos: “*En realidad nos encontramos con un deber que cada individuo ha de dirigirse a sí mismo imponiéndole el desarrollo de sus talentos. Este deber corresponde a cada cual, no a un tercero, y es, por ende, una carga, un ‘onus’*. *Cada individuo está hipotecado con el gravamen de desarrollar sus cualidades. Por el otro lado, cada individuo tiene igualmente un ‘derecho’ que no obstaculicen, sino al contrario, que le faciliten el desembarazamiento de la carga. En otras palabras, nos encontramos en presencia de una carga-derecho, o como se puede decir, de una función*”⁶.

Esto responde en parte a la pregunta que nos formulamos más arriba: la calidad de vida no es el resultado, no es el valor a alcanzar, sino que se constituye en una condición para alcanzar la “personalización”. Luego, en un régimen liberal, cada cual es quien define su manera única de personalizarse (unicidad).

Concepción normativista

Nos queda la insoslayable referencia al criterio kelseniano de los derechos subjetivos: la calidad de vida se convertirá en un derecho subjetivo en tanto el derecho objetivo, el ordenamiento normativo, la consagre como tal.

En la provincia de Buenos Aires diríamos que en la cima del ordenamiento normativo está la constitución que incorpora la calidad de vida en el art. 43 (antes transcripto). Esto le daría validez a cualquier norma general o individual (por ejemplo, una sentencia judicial) que se fundamentara en ese precepto constitucional.

Completando la caracterización de Kelsen del derecho subjetivo, habría que agregar que no solamente tiene que estar contemplada en el derecho objetivo (con lo cual ya tiene protección jurídica), sino que entre las condiciones de la sanción tiene que estar el ejercicio de la acción. Es decir, si limita la legitimidad al titular del derecho hay derecho subjetivo, si no, no tiene este status. De esta manera, se coloca al individuo en la definición de sus preferencias (como condición necesaria aunque no suficiente).

Ordenamiento normativo

Las normas también se ordenan y pueden constituir un sistema si alcanzan un todo armónico y coherente. La hermeticidad en nuestro Derecho Privado está asegurada desde el art. 16 del Código Civil, que obliga al Juez a fallar aún ante la carencia de norma para el caso, recurriendo a la analogía o a los principios generales del derecho.

6 GOLDSCHMIDT, Werner, “El principio supremo de justicia”, Bs. As., de Belgrano, pág. 29.

De manera que hay una habilitación al aplicador para integrar el ordenamiento elaborando la norma individual. Cuando no es posible hacerlo mediante normas análogos o principios del derecho positivo, deberá heterointegrar con el derecho comparado o con la justicia material (la que se conoce a través de los desarrollos de la doctrina y del derecho natural –o para quienes lo niegan, por los valores del Juez, por estar políticamente habilitado para resolver–).

Reiteramos entonces el rol protagónico de los jueces para determinar el contenido de la “calidad de vida”, que no ha sido definida por ninguna norma en particular.

En el ordenamiento normativo se producen relaciones verticales y horizontales entre normas. La norma superior debe asegurar la exactitud de la inferior, previendo por ejemplo sanciones para el caso de la inobservancia del criterio de validez. Esto podría consistir en poner plazos para la reglamentación de derechos y sanciones para su incumplimiento. De esa manera, las normas programáticas (muchas de ellas se refieren a derechos que hacen a la calidad de vida) podrían tender a su pronta operatividad. Esto se llama relación vertical de producción y realiza el valor subordinación. A la vez hay relaciones verticales de contenido, que realizan el valor ilación, y se dan cuando del funcionamiento de las normas superiores se obtienen normas inferiores que aplican los mismos criterios. Sean decretos reglamentarios, disposiciones, ordenanzas, contratos, sentencias.

Las relaciones horizontales se dan entre normas de igual jerarquía. El valor que realizan las normas que apoyan el cumplimiento de las otras es el de infalibilidad. Por eso a la declaración de derechos, la Constitución le da también la correspondiente garantía para su realización (esto es palmario en las últimas reformas que incorporan el amparo y el hábeas data). Otro supuesto ilustrativo es el del juez que, anticipando el eventual resultado de una sentencia que puede verse frustrada por la demora del proceso, cautelarmente dispone la cobertura de un riesgo a la salud impostergable. Mientras que el valor concordancia se da cuando una norma protege la vivienda propia, otra fomenta el acceso a créditos hipotecarios, otra regula las locaciones.

3) Jurística axiológica

“El principio supremo de justicia reclama para cada ser humano un ámbito de libertad para que el ser humano dentro del mismo pueda desarrollar sus disposiciones valiosas. De esta manera el ser humano se transforma de hombre en persona o, como se puede formular también, se ‘personaliza’”⁷.

Dice Goldschmidt que “no nos esforzaremos a justificar el principio supremo de justicia. Es posible admitirlo como axioma y considerarlo como evidenciado por las conclusiones que contiene implícitamente. Es igualmente imaginable estimar que hay un consenso universal de

7 Íd., pág. 19.

admitir el principio tantas veces citado como principio supremo de justicia”⁸.

Algo similar plantea Bobbio cuando dice que el debate acerca del contenido de los derechos humanos está resuelto por las declaraciones universales de derechos que los positivizaron, de manera que el problema se traslada a lograr su realización.

Ciuro Caldani se refiere a esta dimensión del mundo jurídico como dimensión axiológica, en lugar de dimensión dikelógica. “El complejo axiológico del mundo jurídico se constituye con la justicia y el resto de los valores con los que ésta tiene que vincularse en el Derecho”⁹.

Y aclara respecto de las fuentes de ese complejo axiológico que “el trialismo originario sostiene un complejo positivo. En nuestro caso, luego de pasar a una positividad antropológica y a otra cosmológica hemos llegado a un constructivismo que brinda apoyo hipotético”¹⁰.

Sea como axioma o como hipótesis teórica, es indispensable darle un contenido axiológico al Derecho para poder alcanzar un mayor desarrollo de la noción de “calidad de vida”.

Valores

Los valores valen, valoran y orientan. La calidad de vida ¿es un valor o encierra en sí otros valores?

Nos inclinamos por esta última postura, habida cuenta de que si no fuera así, estaríamos hablando de un valor fabricado. Mientras que si en ella incorporamos un complejo de valores, gran parte de estos valores son naturales, y como tales tienen una jerarquía superior.

¿Qué valores integran la calidad de vida entonces? La justicia (que en sí lleva implícita la libertad y la seguridad), el orden, la paz, la armonía, la previsibilidad, el poder, entre otros valores jurídicos naturales. La humanidad, la salud (valores naturales de la política y de la política sanitaria) Y como valores fabricados: el bienestar, la realización profesional, etc.

Podremos convenir su valencia (deber ser ideal), también su aptitud para valorar y como criterio general orientador (deber ser aplicado).

La calidad de vida exige relaciones de coadyuvancia para que los valores se integren y contribuyan entre sí. No habrá calidad de vida si no ponemos el poder no se integra con el orden, o la previsibilidad a la paz, o si la armonía no contribuye a la justicia.

Axiosofía. Justicia del reparto

La justicia del reparto reclama que quienes repartan sean los propios interesados. Es

8 Íd., pág. 20.

9 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “...Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 82.

10 Íd., pág. 83.

preferible el reparto autónomo, porque esto asegura un mayor espacio de libertad.

Pero cuando esto no es posible, quienes están más legitimados son los que tienen una superioridad técnica o moral (el juez si conoce más el Derecho que el justiciable y porque es imparcial; el padre respecto del hijo menor; el médico respecto del paciente cuando éste no está en su plenitud mental).

Si no es éste el supuesto, deben decidir las personas que los propios interesados elijan para lo hagan por ellos (un árbitro designado por acuerdo de partes; el presidente de una sociedad anónima).

Por lo tanto, es bueno que se deje optar a cada cual respecto de lo que mejora su calidad de vida. Salvo que sea evidente que no podrá elegir racionalmente, en cuyo caso lo harán los repartidores aristocráticos o los que gocen del mayor consenso de los interesados.

En cuanto a los recipientes es justo que cada cual reciba en función de su merecimiento y también según sus méritos. Será preferible una justicia con acepción de personas, hasta donde ello sea posible.

Independientemente de sus actos, todos son merecedores de la calidad de vida. Aunque también debe tomarse una pauta cuando las necesidades básicas están satisfechas (la regla maxi-min de Rawls), y por justicia distributiva se dará a cada cual según sus méritos: si estudió, si aportó al régimen jubilatorio, si fue diligente o prudente en el contrato o en el manejo de cosas riesgosas, deberá procurarse que se los coloque en una mejor posición.

El objeto tiene que ser repartible (si no, estamos ante un límite infranqueable). No siempre es posible repartir salud, riqueza, ni amor.

Y aunque sea repartible, no siempre es legítimo repartirlo. Si lo fuera, el objeto es repartidero: la vida (¿la fecundación asistida, sí; la clonación, no?), la muerte (¿la eutanasia, no; la muerte física después de la muerte cerebral, sí?), la educación, las visitas (¿a los abuelos, sí; a los padres que entregaron el hijo en adopción plena, también?), ¿la propiedad de una vivienda?

La forma más justa es la que contempla una mayor negociación en los repartos autónomos (discutir todas las cláusulas contractuales); y la que contempla la audiencia en los repartos autoritarios (derecho a ser oído del menor, o del litigante).

Exige la justicia una adecuada motivación, de manera que la calidad de vida debiera estar presente como fundamento de toda decisión.

Hay clases de justicia que se vinculan con la calidad de vida, además de la justicia con acepción de persona, cabe señalar a la justicia extraconsensual, la justicia sectorial, la justicia de aislamiento, la justicia comutativa, la justicia particular, la justicia relativa, que en principio aparecen como alternativas a clases más valiosas (consensual, integral, de participación, espontánea, general, absoluta).

Axiología. El régimen justo

Profundizando en el principio supremo de justicia del profesor Goldschmidt, podemos señalar que el régimen de justicia es humanista y tolerante, es democrático y liberal.

Humanista porque su finalidad es el bien de la persona humana. La calidad de vida está concebida desde una perspectiva humanista.

Tolerante porque asegura que se puede alcanzar la verdad, se puede llegar a conocer racionalmente lo que es justo (aunque debemos respetar y hacer respetar la libertad de quien piensa distinto). A diferencia del escepticismo o del relativismo, subyace la certidumbre de que es posible conceptualizar la calidad de vida en términos objetivos, aunque se necesite del consumo de las distintas perspectivas.

Democrático porque todos los seres humanos tenemos igual dignidad. La calidad de vida debe ser para todos.

Liberal porque cada ser humano debe ser respetado en su unicidad: cada cual tiene un plan de vida propio y nadie más que él mismo (salvo los incapaces) tiene derecho a elegir los medios para procurárselo. La calidad de vida debe ser personalizada.

Sin embargo, la teoría trialista del Derecho no llega a postular un abstencionismo absoluto, sino que se preocupa por *proteger al individuo “contra sí mismo”*. La esfera de libertad del individuo está asegurada en tanto sea usada para “desarrollar su personalidad”.

En consecuencia, en ciertas situaciones el Estado podría intervenir limitando esa autonomía, si de ella derivara un mal para esta persona. Es el ejemplo del suicida, del adicto o, en el ámbito del Derecho Privado, de las normas de orden público que protegen al débil jurídico, por ejemplo.

Los otros medios de los que dispone el Estado de Derecho para afirmar el principio supremo de justicia son los siguientes:

a) Protegiendo al individuo contra el régimen.

Debilitando al régimen, mediante la división del poder y la descentralización territorial y funcional.

Fortaleciendo al individuo, a través de la consagración de derechos y garantías fundamentales.

b) Protegiendo al individuo contra los demás.

Lo que se materializa al proteger como bienes jurídicos la vida, el honor, la propiedad (entre otros), sancionando a los particulares que agreden esos bienes: con penas, indemnizaciones, etc.

c) Protegiendo al individuo contra lo demás.

Se lo protege contra las amenazas que provienen de la naturaleza (vejez, inundaciones), las influencias humanas difusas (contaminación, inflación) o el azar (accidentes, pobreza).

4) Perspectivas desde la Teoría General del Derecho

La calidad de vida está presente con mayor intensidad en el Derecho Público, vinculada a políticas públicas y en particular con el Derecho Ambiental.

En el Derecho Privado podemos tomarlo como un concepto adecuado para establecer criterios de valoración en el Derecho Civil, en tanto tiene como exigencia de justicia el desarrollo integral de la persona. Dentro de esta rama, también lo consideramos apto para valoraciones en el Derecho de Menores y de Familia, cuando se trata de definir la tenencia de hijos, de lo más conveniente para el menor o el anciano, de las causales de divorcio, de las pautas para decidir la adopción, para la división de bienes entre cónyuges.

En el Derecho de las Obligaciones para optimizar la estimación del daño y de la reparación integral, determinando el daño moral, el daño a la persona¹¹ y el daño al proyecto de vida; como para resolver sobre las causas de justificación, v. gr. el estado de necesidad.

En el Derecho de los Contratos en materias tales como el transporte, el seguro, el turismo, la medicina prepaga; en Derechos Reales para interpretar cuestiones vinculadas con la vivienda como el bien de familia, con el derecho de habitación, con las relaciones de vecindad.

En el Derecho Comercial societario para analizar las causales de exclusión o las sanciones a socios; en el Concursal para investigar los alcances de la inhabilitación del fallido, y los efectos de la quiebra respecto de la familia del fallido y los empleados; en el Derecho Laboral para estudiar las condiciones de trabajo, los efectos del desempleo, la cuantificación de la indemnización, entre otras.

El Derecho Procesal debe ser funcional a la garantía del mejoramiento de la calidad de vida proporcionando acciones y recursos eficaces y rápidos. Debe tomar en cuenta los costos del proceso en términos de sosiego del justiciable y ponderar la seguridad jurídica como un valor más, no como el valor culminante de esa rama, que es fundamentalmente instrumental.

Finalmente, este concepto es común a las ramas transversales del Derecho que están en pleno desarrollo y que incorporan nociones de las demás. La calidad de vida está muy presente en el Derecho Ambiental, como dijimos, pero también en ramas como el Derecho de la Ancianidad, el Derecho del Consumidor y de los Usuarios y el Bioderecho.

11 Fernández Sessarego analiza la nueva tendencia de cambiar la denominación “daño moral” por la de “daño a la persona” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Daño moral y daño al proyecto de vida”, en “Revista de Derecho de Daños”, N° 6, Rubinzal-Culzoni). El daño psicosomático se descompone en daño biológico (lesión considerada en sí misma) y en daño a la salud (o al *bienestar de la persona*).

5) *Continente político del Derecho*

Las ramas del mundo político se conforman con referencia a valores naturales. El valor culminante de la política jurídica es la justicia, pero el complejo de los valores de la convivencia contribuye a la realización del valor humanidad.

Se dan relaciones de coadyuvancia para apoyar la realización entre valores, y en este orden podemos destacar que la justicia necesita de los valores salud (política sanitaria), utilidad (política económica), verdad (política científica), belleza (política artística), santidad (política religiosa), amor (política amatoria), para alcanzar el mejoramiento de la calidad de vida.

El mundo político se ocupa de los actos de agregación y oposición, mientras que el derecho atiende sólo estos últimos (repartos), de manera que la justicia se arrogaría el material estimativo de la política si pretendiera por sí sola optimizar la calidad de vida de los ciudadanos.

III. Final

El liberalismo político que profesó Goldschmidt parte del supuesto de que cada cual es el mejor juez de su manera propia de personalizarse (abstencionismo). Supuesto que cede en los casos de inmadurez (en los que se legitima un intervencionismo paternalista). Pero esto no implica relativismo o escepticismo, sino que es posible promover, formar, difundir valores para que se haga posible el aprovechamiento de las oportunidades de desarrollar las potencialidades de cada persona.

Como citamos más arriba¹² en palabras del creador de la Teoría Trialista, la realización de nuestros talentos es una carga, una función, tanto como la búsqueda de las condiciones para que eso se haga posible: esto es –a mi modo de ver– lo que designa el concepto *calidad de vida*.

Bibliografía

- AROSTEGUI, I., “Evaluación de la calidad de vida en personas adultas con retraso mental en la comunidad autónoma del País Vasco”, Universidad de Deusto, 1998.
- BORTHWICK-DUFFY, S.A., “Quality of life and quality of care in mental retardation”, en L. ROWITZ (ed.), “Mental retardation in the year 2000”, Berlin, Springer-Verlag, 1992, págs. 52-66.
- CAMPANARIO, Sebastián, “La economía de lo insólito”, Bs. As., Planeta, 2005.
- CIURO CALDANI, M. Á., ARIZA, A., CHAUMET, M. y otros, “Las ramas del

12 Ver nota al pie n° 6.

mundo jurídico en la Teoría General del Derecho, en “J.A.”, t. 150.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Meditaciones sobre el ordenamiento normativo”, en “J.A.”, t. 1980-IV, pág. 772.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976.
- COLOMER, Joseph, “El utilitarismo. Una teoría de la elección racional”, Barcelona, Montesinos, 1987.
- DENNIS, R., WILLIAMS, W., GIANGRECO, M. y CLONINGER, C., “Calidad de vida como contexto para la planificación y evaluación de servicios para personas con discapacidad”, Siglo Cero, 1994, págs. 25, 155, 5-18.
- FELCE, D. y PERRY, J., “Quality of life: It’s Definition and Measurement”, en “Research in Developmental Disabilities”, vol. 16, N° 1, 1995, págs. 51-74.
- FREI, Bruno y STUTZER, Alois, ¿MAXIMIZAR LA FELICIDAD?, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1637/7.pdf>
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho”, 6^a ed., Bs. As., Depalma, 1996.
- GÓMEZ-VELA, María y SABET, Eliana, “Calidad de Vida: evolución del concepto y su influencia en la investigación y en la práctica”, en <http://www3.usal.es/~inico/investigacion/invesinico/calidad.htm>
- MAX-NEEF, Manfred, “La Economía Descalza (Señales de un mundo invisible)”, Estocolmo, Nordam, 1986.
- MAX-NEEF, Manfred y colaboradores, “Desarrollo a Escala Humana (Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones)”, Montevideo, Nordam-Comunidad, 1998.
- MITCHELL POLINSKY, A., “Introducción al Análisis Económico del Derecho”, Barcelona, Ariel, 1985.
- NICOLAU, Noemí Lidia, “Concepto del contrato”, en ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto (dir.), “Enciclopedia de la Responsabilidad Civil”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, t. II.
- NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (ed.), “La Calidad de Vida”, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- PICHARDO MUÑIZ, Arlette, “Planificación y Programación Social”, San José de Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 1985.
- POSNER, Richard, “El análisis económico del derecho”, 1992, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- RACIMO, Fernando, “El análisis conductista del derecho (Sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho)”, en “E.D.”, t. 207, págs. 549 y ss.
- SCHALOCK, Robert y VERDUGO, Miguel Ángel, “Calidad de Vida. Manual para

profesionales de educación, salud y servicios sociales”, Madrid, Alianza, 2003.

- SEN, Amartya, “The Standard of Living”, en “Tanner Lectures on Human Values”, Cambridge University Press, 1987.
- SEN, Amartya, “Desarrollo y Libertad”, Barcelona, Planeta, 2000.
- SOTO, Alfredo Mario, “Medios para la realización del régimen de justicia en el Derecho Privado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 15, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, págs. 86 y ss.
- VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel y VICENT RAMOS, Carmen, “Evaluación de la Calidad de Vida en empleo con apoyo: Proyecto ALSOI”, Salamanca, INICO, 2004.
- VERDUGO, M. Á., CABALLO, C., PELÁEZ, A. y Prieto, G., “Calidad de vida en personas ciegas y con deficiencia visual”, unpublished manuscript, Universidad de Salamanca/Organización Nacional de Ciegos de España, 2000.

EL DERECHO DE LA CIENCIA Y DE LA TÉCNICA COMO RAMA DEL MUNDO JURÍDICO

GABRIEL MAURICIO SALMÉN *

I. Introducción

1) La ciencia, la técnica y la tecnología

1. La ciencia y la técnica han experimentado en las últimas centurias del pasado milenio un progresivo y vertiginoso desarrollo que ha impactado en todos los aspectos y manifestaciones de la vida del hombre, tanto a nivel individual como colectivo. Su influencia ha sido cada vez más decisiva en los cambios económicos, sociales y políticos que registra la historia de la humanidad. Esta marcada influencia sobre el hombre y la sociedad ha generado paralelamente múltiples planteos jurídicos y éticos sobre la actividad científica y técnica, sus productos y sus consecuencias, cuya profundidad y complejidad también ha ido en constante aumento¹.

Las diferentes perspectivas que predominan en la ciencia y la técnica y en la ciencia jurídica y sus distintas dinámicas, han dado lugar a un desarrollo no suficientemente acompañado y a la falta de un intercambio fluido entre ambas áreas².

2. Hasta la segunda mitad del siglo XX existió una representación dominante de la ciencia que ha pasado a ser conocida como “*la concepción heredada*”³. En esta concepción, el empirismo inicialmente predominante que postulaba el método inductivo como base del

* Jefe de Trabajos Prácticos e integrante del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR.

1) Introducción al borrador de “*Proyecto para el aumento y mejora de la participación de los profesionales del derecho en el área de Derecho y Ética de la Ciencia y de la Técnica*”, para su desarrollo en el marco del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, preparado por el autor.

2) Íd.

3) Según Álvarez se trata de una expresión que hizo fortuna a partir de la antología de F. Suppe (1979). ÁLVAREZ, Juan Ramón, “La Ciencia y los Valores: La interpretación de la actividad científica”, en <http://www3.unileon.es/dp/alf/wert2000.pdf> (28-3-05).

método científico dio paso –a través de lo que se ha denominado “*giro lógico*”⁴–, al método hipotético-deductivo como procedimiento de justificación *ex post* o inducción confirmatoria. A partir de ello y a lo largo del siglo XX se sucedieron en el campo de los estudios de la ciencia creaciones de distintos criterios de *científicidad*: el criterio de *verificabilidad* de los enunciados, defendido en los primeros tiempos del Positivismo Lógico, el criterio de *confirmabilidad creciente* (Carnap), el criterio de *falsabilidad* de hipótesis o teorías (Popper), etc.

La ciencia entendida de tal modo resulta ser algo así como un conjunto de teorías verdaderas o aproximadamente verdaderas, estructurado en forma axiomática, en el que existe una conexión deductiva desde los enunciados más generales a los más específicos y cuyo desarrollo sigue un curso lineal y acumulativo.

3. El cuestionamiento a esta concepción heredada de la ciencia, sobre todo a partir de la clásica obra de T. Kuhn, “*La estructura de las revoluciones científicas*”⁵, se produce a través de planteos eminentemente sociales y de la toma de conciencia sobre la necesidad de estudios históricos e interdisciplinarios de la ciencia. La ciencia comienza así a dejar de ser su propio y único juez y se derriba la tradicional distinción entre estudio interno y estudio externo de la ciencia, proceso que luego completan la nueva sociología de la ciencia y los estudios culturales de la ciencia.

En definitiva la filosofía y la sociología de la ciencia han subrayado el carácter no neutral del conocimiento científico, la índole social de la comunidad científica y han puesto en duda que el saber científico pueda ser considerado un saber completamente diverso de otros tipos de conocimiento humano⁶.

4. Extrañamente una visión de la ciencia más tradicionalmente positivista ha continuado siendo sostenida por juristas y filósofos del derecho y de la política. Desde el origen del pensamiento moderno las disciplinas filosóficas, políticas y jurídicas, han individualizado en el estatuto de la ciencia la base de neutralidad y objetividad que parecía para ellos irremediablemente ausente en el sistema político y jurídico⁷.

5. Mucho se ha debatido sobre el carácter científico del Derecho⁸ y en esa discusión

4 En expresión que se atribuye a T. Nickles. P. v.: GARCÍA PALACIOS, Eduardo Marino y O., “Ciencia, Tecnología y Sociedad: una aproximación conceptual”, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), 2001, cap. 1 (*¿Qué es la Ciencia?*).

5 KUHN, Thomas S., “La estructura de las revoluciones científicas”, trad. Agustín Contin, 8^a reimp., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2004.

6 TALLACCHINI, María Chiara, “Política della scienza e diritto: epistemologia dell’identità europea”, en <http://www.globius.org/documenti/Tallach.pdf> (28-3-05).

7 *Íd.*

8 Sobre el tema p. v. DABOVE, María Isolina, “Kirchmann desde Kirchmann: La crítica entre el relativismo y

no sólo puede verse el legítimo propósito de que se le reconozca al Derecho su estatus epistemológico, sino también una subyacente intención más o menos consciente de lograr la apropiación de valores tales como la objetividad y la neutralidad identificados con el modelo más ortodoxo de la ciencia. Esta idea ha animado y aún anima a importantes corrientes del pensamiento jusfilosófico y parece ser la principal causa de la perplejidad que se manifiesta.

6. Ahora bien, debemos señalar que la ciencia no es sólo un cuerpo de teoría sino que se despliega en un contenido mucho más rico y complejo. Desde una posición marxista, Kröber⁹ ha destacado esta cuestión, diciendo: “entendemos la ciencia no sólo como un sistema de conceptos, proposiciones, teorías, hipótesis, etc., sino también, simultáneamente, como una forma específica de la actividad social dirigida a la producción, distribución y aplicación de los conocimientos acerca de las leyes objetivas de la naturaleza y la sociedad. Aun más, la ciencia se nos presenta como una institución social, como un sistema de organizaciones científicas, cuya estructura y desarrollo se encuentran estrechamente vinculados con la economía, la política, los fenómenos culturales, con las necesidades y las posibilidades de la sociedad dada”¹⁰.

7. La técnica, por su parte, puede ser considerada en un sentido amplio, reservándose para el término “tecnología”, un sentido más especializado.

Se ha sostenido que: “Una regla (...) que debería respetarse siempre, para evitar confusiones, es que el concepto de técnica, en expresiones como filosofía de la técnica, historia de la técnica, etc. se usará siempre en sentido genérico, reservando la denominación de técnica empírica o artesanal para las técnicas productivas no basadas en la ciencia, y la de tecnología para las técnicas productivas (o, al menos, de interés económico) basadas en la ciencia”¹¹.

Siguiendo a Agazzi podemos decir que la técnica es “un conjunto de conocimientos eficaces que el hombre ha desarrollado a lo largo de los siglos para mejorar su manera de vivir prácticamente”¹². Se trata de un saber acumulativo, resultado de la experiencia de

el escepticismo”, en “Investigación y Docencia”, N° 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, págs. 81-87.

9 KRÖBER, G., “Acerca de las relaciones entre la historia y la teoría del desarrollo de las ciencias”, en “Revista Cubana de Ciencias Sociales”, año IV, N° 10, La Habana, enero - abril 1986, cit. por NÚÑEZ JOVER, Jorge, “La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar”, en <http://www.campus-oei.org/salactsi/nunez02.htm> (27-3-05).

10 NÚÑEZ JOVER, op. cit.

11 QUINTANILLA, Miguel Ángel, “Técnica y cultura”, en “Teorema, Revista internacional de filosofía”, Tecnos, vol. XVII/3, 1998, en <http://www.campus-oei.org/salactsi/teorema03.htm>

12 AGAZZI, Evandro, “El impacto epistemológico de la tecnología”, transcripción del seminario del mismo título impartido en la Facultad de Filosofía de la Univ. de Sevilla, 7 y 8 de abril de 1997, en “Argumentos de Razón Técnica, Revista española de Ciencia, Tecnología y Sociedad, y Filosofía de la Tecnología”, en <http://www>.

generaciones, que habitualmente no va acompañado del conocimiento que justifica la eficacia de ciertas prácticas que se realizan.

8. Sin embargo, en el desarrollo de la civilización occidental se presenta la *téchne*¹³ griega a partir de la cual a la dimensión práctica se le sumó la preocupación por saber por qué razón es mejor hacer las cosas de una determinada manera¹⁴.

El sufijo *logía* indica la existencia de una cierta doctrina y por ello la *tecnología* puede entenderse “como aquello que acontece en el interior de la trayectoria de la técnica cuando surge, dentro de la civilización occidental, un conjunto de conocimientos teóricos que permiten explicar o dar razón de lo que es eficaz en concreto”¹⁵. Este paso tiene lugar en el momento histórico del descubrimiento y construcción de la ciencia natural moderna. A partir de ello la *téchne* encuentra su teorización en la *episteme*.

9. Cabe plantear a partir de las precedentes nociones de técnica y tecnología, si la técnica empírica o artesanal, tal como fuera antes caracterizada, conserva aspectos de interés para el derecho en orden a reclamos de soluciones especiales. Entendemos que la respuesta debe ser positiva. La simple técnica continúa siendo hoy en día el instrumento mediante el cual una gran parte de la población del mundo extrae sus recursos y mejora sus posibilidades de vida. Omitir su consideración puede significar pasar por alto la especial protección que merecen los más débiles en términos técnicos (tecnológicos) que habitan generalmente en países subdesarrollados.

Compartimos la opinión de que “...la tecnología representa un nivel de desarrollo de la técnica en la que la ciencia contemporánea no cancela otra formas de conocimiento y saber, sino que coexiste con ellas, la aparición de la moderna tecnología no elimina la existencia de muchas otras dimensiones de la técnica cuya relación con el conocimiento científico no tiene el mismo carácter estructural”¹⁶.

2) *Relaciones entre ciencia y tecnología*

10. La relación entre la ciencia y la tecnología ha sido apreciada de diversos modos: desde considerar a la tecnología como la simple aplicación de los conocimientos científicos,

argumentos.us.es/numero1/agazzi.htm (24-2-05).

13 Aunque en casi todos los idiomas según aclara Agazzi, *téchne* se traduce como arte esta traducción no refleja hoy en día el significado del término griego, que no sólo comprende el arte como manifestación estética: AGAZZI, op. cit.

14 V. también DUCASSE, P., “Historia de las técnicas”, trad. Tina Manzoni, 6^a ed., Bs. As., Eudeba, 1979.

15 AGAZZI, op. cit.

16 DÍAZ GISPERT, Lidia, “Ciencia, Tecnología y Desarrollo Económico en América Latina”, en <http://www.ucf.edu.cu/publicaciones/anuario2002/NTIC/articulo3.pdf>

hasta postular su completa independencia en cuanto a métodos, objetivos y productos, pasando, desde luego, por toda la gama intermedia de posibles vinculaciones¹⁷.

11. La visión más generalizada adhiere al primer punto de vista que se corresponde con el difundido concepto de tecnología como ciencia aplicada. Esto conlleva el riesgo de extender a la tecnología la suposición de neutralidad de la que suele gozar la ciencia. En definitiva, esta teoría permite un recorte del análisis en favor de un ocultamiento de los valores e intereses tecnológicos en juego.

Sin lugar a dudas tanto las tesis *reduccionistas* como las *independentistas* no se compadecen con la realidad y empobrecen el análisis.

Debe reconocerse que entre ciencia y técnica no sólo existe una relación de una sola vía, en la que la primera aporta los fundamentos teóricos de la eficacia de las diversas prácticas técnicas, sino que, como señala Agassi, existe una verdadera *conexión estructural*, lo que le permite hablar en términos de un “*impacto epistemológico de la tecnología*” y afirmar que “*la tecnología es la condición generalizada para la construcción de los objetos científicos y para su conocimiento*”¹⁸.

II. Enfoque desde el integrativismo trialista

12. El “trialismo”¹⁹ presenta el objeto de la ciencia jurídica como un conjunto de repartos de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y la vida, captados por normas que los describen e integran y valorados, los repartos y las normas, por la justicia o tal vez, con mayor precisión por un complejo de valores culminantes en la justicia.

Coincidimos con Ciuro Caldani –y también con él nos apartamos de Werner Goldschmidt, fundador del trialismo– en cuanto a la consideración del derecho y del valor justicia como *construcciones*. No tratamos lo que el derecho *es*, ni nos ocupamos de un valor justicia *objetivo*, sino que lo *construimos* en uno y en otro caso como tales. De tal modo, la justicia, en particular, corresponderá al principio supremo que construyamos sobre la base de

17 MAIZTEGUI, Alberto y otros, “Papel de la Tecnología en la Educación Científica: una dimensión olvidada”, en “Revista Iberoamericana de Educación”, N° 28, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), 2002, págs. 129-155, en <http://www.campus-oei.org/revista/rie28a05.pdf> (28-2-06).

18 AGAZZI, op. cit. V. también BUNGE, Mario, “La ciencia, su método y su filosofía”, Bs. As., Siglo XXI, pág. 35.

19 Sobre la teoría trialista del mundo jurídico puede consultarse: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse en plenitud, para hacerse persona²⁰.

13. La ciencia, tal como afirma Ciuro Caldani, también es posible de una construcción *tridimensional* que reconozca las dimensiones *gnoseológica, lógica y ateneológica*²¹ (axiológica).

Laudan también se vale de una construcción tridimensional de la ciencia como modelo para el despliegue de su teoría del *naturalismo normativo*. En este modelo al que Laudan llama “*red triádica de la justificación*”, los componentes históricos (los hechos o teorías), metodológicos (las reglas) y axiológicos (los objetivos, fines o *desiderata*) se articulan de modo no jerarquizado y ejerciendo influencias recíprocas²².

De igual modo la tecnología admite también una apreciación tridimensional que atienda a sus despliegues fácticos, lógicos y axiológicos. En la dimensión fáctica se apuntará a los actos tecnológicos, promovidos por la conducta humana, sin olvidar el marco de hechos tecnológicos, sobre todo producto de influencias humanas difusas; la dimensión lógica se manifestará en última instancia como juicios con sentido normativo, y por último, la dimensión axiológica presentará a la utilidad como valor característico de la tecnología, dada su condición predominantemente instrumental, que debe articularse en una relación de coadyuvancia, con todo el resto del complejo axiológico, culminante en el valor humanidad²³.

14. Sin embargo debe ponerse de resalto que habremos de ocuparnos de la ciencia y de la técnica como fenómenos jurídicos, o, lo que es lo mismo, nos ocuparemos del Derecho de la Ciencia y de la Técnica en su despliegue tridimensional. Es decir, trataremos el conjunto de repartos relacionados con el desenvolvimiento de la ciencia y de la técnica, captados estos repartos por normas jurídicas que los describen e integran y valorados, los repartos y las normas, por la justicia o tal vez, con mayor precisión por un complejo de valores culminantes en la justicia.

20 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho de la Educación”, en “Academia”, año 3, N° 5, 2005, págs. 135/154.

21 Palas Atenea era la diosa de las ciencias y la verdad: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones para una Ética de la Ciencia en nuestro tiempo”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24.

22 COLOMBO DE CUDMANI, Leonor, “Ideas Epistemológicas de Laudan y su posible influencia en la enseñanza de las ciencias”, en: <http://www.bib.uab.es/pub/ensenanzadelasciencias/02124521v17n2p327.pdf>; ÁLVAREZ, op. cit.

23 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas de Filosofía de la Tecnología”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 95 y ss.

1) *Las ramas del Derecho*

15. Desde el trialismo se puede considerar que una rama jurídica es un conjunto de fenómenos jurídicos con características comunes en lo sociológico, lo normológico y lo axiológico, que culminan en una exigencia de justicia particular. Este requerimiento valorativo de soluciones especiales, en el caso del Derecho de la Ciencia y la Técnica, estaría dado a nuestro entender por la *protección del ser humano como sujeto de la actividad científica y técnica y fin último de la ciencia y de la técnica*.

2) *Objeto del Derecho de la Ciencia y de la Técnica*

16. En un intento de construir el objeto del Derecho de la Ciencia y de la Técnica acorde a la especial exigencia de justicia que hemos dejado antes planteada, entendemos que a esta rama del mundo jurídico corresponden las siguientes manifestaciones jurídicas:

- a) Regulación de la actividad científica y técnica (organismos oficiales, promoción, incentivos –régimen legal, política científica, relaciones de la ciencia y la tecnología con la economía y el desarrollo–);
- b) Regulación de la investigación científica: protección del investigador²⁴ y de la investigación científica, protección de los inventores y desarrolladores tecnológicos y sus productos, restricciones a la investigación y la experimentación científica y técnica, etc.; protección del ser humano y el medio ambiente en la experimentación científica y tecnológica;
- c) La ciencia y la técnica como auxiliares de las políticas públicas (órganos de asesoramiento en la toma de decisiones públicas –evaluación de su accionar, carácter, responsabilidades–, evaluación de alternativas, de impacto, etc.
- d) La ciencia y la técnica como auxiliares del derecho (contenido científico o técnico de las normas, el valor de la ciencia o de la opinión científica frente al derecho –la pericia y la consulta científica y técnica–);
- e) Los productos científicos y técnicos: su regulación y protección legal –patentes, etc.–, condiciones de aprobación y habilitación al uso y comercialización;
- f) Los efectos de la actividad científica y técnica y de sus productos: responsabilidad civil (principio precaucional, daños) y penal;
- g) Ética científica: relación con el derecho, importancia, desarrollos, modalidades de

24 Miguel Ángel Ciuro Caldani pone especial énfasis en la protección del investigador en su artículo “Derecho de la Ciencia y Protección del Investigador”, en “J.A.”, t. 1992-III, págs. 851 y ss., en el que anticipa las bases conceptuales del Derecho de la Ciencia. Afirma al respecto (pág. 854) que: “A fin de lograr la realización de un régimen justo en cuanto a la investigación hay que recurrir a medios de protección del investigador respecto de los demás individuos, frente al régimen en su conjunto, contra sí mismo y en relación con ‘todo lo demás’ (pobreza, desempleo, enfermedad, soledad, etc.)”.

regulación, códigos éticos, efectos jurídicos.

III. Dimensión sociológica del Derecho de la Ciencia y de Técnica

17. Para el integrativismo trialista la dimensión sociológica está representada por adjudicaciones de lo que favorece o perjudica el ser y la vida. Cuando estas adjudicaciones responden a la conducción de seres humanos determinables, hablamos de *repartos*, en cambio, cuando las adjudicaciones derivan de la naturaleza, de influencias humanas difusas o del azar, nos referimos a ellas designándolas como *distribuciones*.

18. A partir de esta distinción podemos apreciar que, en principio, la técnica en su aspecto creativo o innovador, es decir, exclusión hecha de lo relativo a la reproducción de prácticas y productos, se ubica en un extremo más próximo a las distribuciones y la ciencia y la tecnología en el opuesto, en una posición más cercana a los repartos. Ello no descarta que en uno y otro caso se entremezclen las acciones deliberadas de seres humanos determinables con el obrar de la naturaleza y de las influencias humanas difusas. El azar también ha tenido su cuota de participación tanto en el desarrollo de la técnica, como –aunque tal vez en menor medida–, de la ciencia y la tecnología (serendipia).

19. Sin embargo, la realidad nos muestra que en un mundo signado por la globalización y el predominio del capitalismo las fuerzas que orientan a la ciencia parecen alejarse cada vez más de las posibilidades de conducción de parte de hombres individualizables²⁵. En su lugar, las poderosas fuerzas del mercado, ya de escala mundial, ejercen una decisiva influencia sobre la selección de las líneas de investigación y el establecimiento de prioridades en ciencia y técnica. Los logros y los avances ya no dependen exclusivamente de la aplicación de mentes brillantes a la obtención de los objetivos sino de la cantidad de dinero que se aporte a determinados proyectos.

La presencia del Estado en el diseño y ejecución de políticas de ciencia y técnica parece ser hasta ahora –tal vez junto a algunas ONG's y organismos multinacionales– las únicas fuerzas que tienden a compensar el marcado predominio de las influencias económicas.

20. La ciencia y la técnica suponen el desenvolvimiento de numerosos y variados repartos. Ni una ni otra pueden limitarse en su consideración al acto de producir descubrimientos o inventos, teorías o artefactos, sino que debe apreciarse íntegramente el conjunto de acciones, intereses, necesidades, fines, poderes, etc. que se articulan a su alrededor. Para ello resulta conveniente recurrir a alguna sistematización que exponga más claramente cómo se manifiestan ciencia y técnica en los múltiples fenómenos que generan. Para auxiliarnos en

25 CIURO CALDANI, "Reflexiones..." cit.

esta tarea utilizaremos la distinción que formula Echeverría de cuatro distintos contextos dentro de la ciencia y la tecnología: 1) contexto de *educación*; 2) contexto de *innovación*; 3) contexto de *evaluación*; 4) contexto de *aplicación*²⁶.

21. En el primer contexto –de *educación*–, se verifican los fenómenos que posibilitan la recurrencia de la ciencia: instrucción, comunicación, difusión y divulgación. En este orden de ideas, científicos y técnicos habrán de asumir alternativamente los roles de repartidores y recipiendarios. Repartirán potencia quienes dicten cursos, instruyan a sus auxiliares de laboratorio, publiquen sus investigaciones, etc., y se beneficiarán quienes reciban los correspondientes conocimientos. Ahora bien, los recipiendarios, estarán, a su vez, gravados con el deber moral de retransmitir los conocimientos recibidos para cumplir con la exigencia de *publicidad*. Paralelamente puede ocurrir que en el curso de sus tareas les sean impuestos determinados deberes de reserva y secreto que implicarán sufrir la impotencia de la restricción de su libertad.

22. En el contexto de *innovación* se integran descubrimientos e inventos, la ciencia y la técnica, en aspectos que hacen al desarrollo más significativo de cada actividad. Científicos y técnicos encausarán su actividad en forma más o menos independiente pero siempre condicionados por quienes han determinado sus líneas de investigación o han seleccionado sus proyectos y por aquellos que aportan los fondos necesarios a través de honorarios, subvenciones, laboratorios, equipamiento, etc. Cada día es más notoria la dependencia de muy altos niveles de inversión para el logro de resultados. Los investigadores y técnicos, serán repartidores en cuanto ejecutan las tareas que le son propias y también a través de sus logros y fracasos. Debe destacarse que los éxitos obtenidos pueden significar potencia en la medida de la contribución a sus respectivas áreas de conocimiento pero que ello no se trasladará directamente con un signo análogo a la sociedad. Ya se ha visto como ha quedado superada la visión neutral de la ciencia y de la técnica y se aprecia claramente que aun los desarrollos que aparecen como indudables aportes beneficiosos para la humanidad, pueden, en determinados contextos, provocar males, transformando en recipiendarios gravados a quienes los reciben. A su vez, científicos y técnicos serán recipiendarios de todos aquellos elementos necesarios para sus tareas.

23. La cuestión que se suscita en este contexto cobra especial importancia en la investigación sobre seres humanos, donde se plantea la necesidad de incorporar al investigado a la investigación, no ya como objeto de estudio sino como partícipe de la misma²⁷. Esta posición

26 ÁLVAREZ, op. cit.

27 JUSTO, Luis, ERAZUN, Fabiana y VILLARREAL, Jorgelina, “La investigación participativa como derecho: ¿posibilidad o utopía?”, en <http://easi.negrisud.it/etica/DWL/CP/OI/invparticipativa.doc> (28-3-05).

surgida en las ciencias sociales²⁸ encuentra eco hoy en día en corrientes epistemológicas que proponen su aplicación a la ciencia en general bajo el argumento de que el aumento de la incertidumbre de los sistemas y de lo que se “juega” en una decisión hace indispensable la participación de todos los que se encuentran “poniendo algo en juego” como requisito imprescindible para mantener la calidad de la investigación²⁹.

24. En el contexto de *evaluación*, los científicos y técnicos confrontan sus desarrollos y productos con la opinión de sus pares y de la sociedad. Siempre hay una sanción o juicio social, dice con razón Echeverría³⁰. En este marco las teorías científicas se contrastarán con experimentos que desafían su afirmadas certezas y sus resultados se traducen en potencia o impotencia para los creadores y sostenedores de dichas teorías. Las técnicas y los artefactos sufrirán, entre otros, el escrutinio del mercado. Paralelamente, la elección de una tecnología de base para una aplicación sellará la suerte de un producto, su éxito no dependerá de la aceptación o utilidad que represente para el público sino de la continuidad y avance de la tecnología que le sirve de soporte. Todas estas vicisitudes son traducibles en repartos con todas sus manifestaciones y despliegues.

25. Por último, el contexto de aplicación, será el que manifieste en forma más clara los beneficios, problemas y amenazas que generan la ciencia y la tecnología para la sociedad. Los hombres y mujeres que componen la sociedad serán recipientes beneficiados o gravados por obra de la ciencia y la tecnología, o ambas cosas a la vez, ya sea en forma simultánea (caso de efectos no deseados o colaterales vinculados a prácticas en principio beneficiosas), alternativa o sucesiva. Lo que hoy parece ser de gran provecho para la humanidad puede ser que se revele, con el correr de los años, como una verdadera catástrofe, ya que existen efectos de las prácticas científicas y tecnológicas que ni siquiera pueden vislumbrarse al inicio. Esta situación ha sido destacada bajo el signo de la incertidumbre de la ciencia y pretende atemperarse mediante recursos tales como el *principio de precaución* que impone que los espacios de incertidumbre de la ciencia se colmen con medidas de tutela de los ciudadanos³¹.

26. El grado de audiencia que se otorga a los recipientes de la ciencia se vincula con la democracia y se manifiesta en la relación ciencia-derecho a través de dos posiciones opuestas. Una, de matriz tecnocrática, entiende la relación entre ciencia y derecho como un recibimiento por parte del derecho de los saberes neutrales y objetivos que brinda la ciencia y sostiene la necesidad de reforzar los poderes técnico-científicos en la órbita de lo jurídico. La

28 *Íd.*

29 ÁLVAREZ, op. cit.

30 Cit. por ÁLVAREZ, op. cit.

31 TALLACCHINI, op. cit. pág. 5.

otra posición, de signo democrático, ubica en la mayor transparencia de los procedimientos y en la más amplia participación social, incluso de los no expertos, el elemento esencial para mejorar y hacer más confiable el proceso de creación y de aplicación de normas jurídicas en temas científicos³².

27. Los políticos se están apoyando en su accionar cada vez más en los expertos científicos y en los asesores científicos y a veces, incluso, requieren su colaboración en la elaboración de la legislación. Esta intervención creciente de los científicos en el proceso legislativo suscita la cuestión de la legitimidad ya que, independientemente de si los científicos tienen los conocimientos requeridos, no tienen el estatus de representantes elegidos. A la par, y desde un ángulo opuesto, la cada día mayor participación de cuerpos de asesoramiento técnico o comités científicos en la toma de decisiones políticas entraña el riesgo de que se quieran convertir las decisiones políticas en decisiones técnicas, a fin de delegarlas en los asesores y limitar así la responsabilidad política³³.

En establecer de modo claro los límites en el desarrollo de cada actividad y las correspondientes responsabilidades, cabe una importante labor al derecho.

28. Desde otra perspectiva la ciencia y la técnica se conectan a través del derecho con la necesidad del *consentimiento informado* y en general con la necesidad de evitar la *instrumentalización* del hombre en el proceso de investigación o de experimentación y en cualquier otra manifestación científica o técnica.

En esa línea se destaca la investigación participativa o investigación-acción que se desarrolla en América Latina a partir de la propuesta pedagógica y concientizadora de Paulo Freire, que plantea la necesidad de la incorporación de los participantes en todas las etapas del proceso de investigación; y la superación de la relación sujeto-objeto de investigación por la relación sujeto-sujeto³⁴.

IV. Dimensión normológica del Derecho de la Ciencia y de la Técnica

29. En la dimensión normológica del Derecho de la Ciencia y de la Técnica pueden advertirse particularidades que derivan de la especial naturaleza de repartos que captados por las normas, es decir, de las fuentes reales de éstas.

Aparecen en escena dos grandes sistemas que reflejan las posiciones dominantes en EEUU y Europa.

32 TALLACCHINI, Mariachiara, “Introducciones a S. Jasenoff, La scienza davanti ai giudice”, Milano, Giuffrè, 2001, en http://www.lex.unict.it/news/eventi/science-governance/cv/mt_scienze_e_diritto.pdf (30-3-05)

33 RAES, Koen, “La responsabilidad social de los científicos”, Universidad de Gante, IPTS Report. European Comisión, en <http://www.jrc.es/home/report/spanish/articles/vol72/SCI1S726.htm> (28-2-06).

34 JUSTO, ERAZUN y VILLARREAL, op. cit.

Estados Unidos cuenta con un sistema más fundado en la ciencia que en la política o el derecho que, sin embargo, muestra signos de apertura, sobre todo a partir del cambio que ha experimentado la jurisprudencia de la Corte norteamericana en el sentido de reivindicar para el juez mayores poderes de decisión en la evaluación de la condición de experto quebrando el anterior y generalizado criterio de que una tesis era científica si gozaba de la general aceptación de la comunidad científica³⁵.

Europa, por su parte, enfrenta los problemas derivados de la desconfianza creciente en la ciencia y la superación de las cuestiones que plantea la ciencia y la tecnología caracterizadas por una elevada incertidumbre a través de un mayor énfasis puesto en la consulta, la transparencia y en la participación ciudadana. Debe destacarse que en la Unión Europea el derecho aparece como una herramienta particularmente relevante porque a diferencia de lo que ocurre con los sistemas políticos nacionales, actúa más a través de las definiciones normativas que mediante intervenciones económicas³⁶.

30. A partir de las características de la ciencia y tecnología actual, especialmente su complejidad técnica y su complejidad ética, emergen soluciones normativas diversas a las tradicionales tales como las figuras autorregulativas³⁷.

31. En la República Argentina existe a partir de la reforma constitucional de 1994 una expresa referencia a la ciencia y la tecnología en el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional que establece que corresponde al Congreso: “Proveer lo conducente (...), a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

32. Por su parte, la Ley 25.467³⁸, promulgada en setiembre de 2001, establece el marco regulatorio de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y desarrolla los principios que se adoptan como irrenunciables y universales en este ámbito:

- a) El respeto por la dignidad de la persona humana;
- b) El respeto por la privacidad e intimidad de los sujetos de investigación y la confidencialidad de los datos obtenidos;
- c) La participación libre y voluntaria de las personas en ensayos de investigación;
- d) La obligatoriedad de utilizar procesos de consentimiento informado en forma previa al reclutamiento de sujetos de investigación;
- e) La obligación de realizar ensayos preclínicos y con animales en forma previa a la

35 TALLACCHINI, Mariachiara, “Politica...” cit.

36 *Íd.*

37 ESTEVE PARDO, José, “Autorregulación. Génesis y efectos”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, pág. 65.

38 Puede consultarse en el sitio web del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina: http://www.conicet.gov.ar/normativa/marco_legal/25467.php

experimentación con humanos, a fin de determinar adecuadamente la relación costo-beneficio, la seguridad y la eficacia;

- f) La protección de grupos vulnerables;
- g) El cuidado y protección del medio ambiente y la biodiversidad de todas las especies;
- h) El cuidado y protección del bienestar de las generaciones futuras;
- i) La no discriminación de personas en razón de su condición física, salud, historial y datos genéticos;
- j) La no comercialización del cuerpo humano o de sus partes o información genética de cualquier tipo.

V. Dimensión dikelógica del Derecho de la Ciencia y de Técnica

33. Como hemos dicho, en la propuesta trialista los repartos y las normas son valorados por la justicia, o por un complejo de valores culminantes en la justicia. La justicia, en particular, corresponderá al principio supremo que construyamos sobre la base de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse en plenitud, para hacerse persona y se integrará con otros valores complementarios.

34. La ciencia y la técnica son portadoras de un sistema de valores propio a los que puede denominarse genéricamente como valores epistémicos o cognitivos, tales como la verdad³⁹, la coherencia, la sencillez, la capacidad predictiva o explicativa⁴⁰.

Debe tenerse presente que en el ámbito de la axiología científica se han desarrollado enfoques que pretenden ampliar el catálogo de valores que reciben el nombre de “teorías integrales”.

En especial a partir del reconocimiento del carácter no neutral de la ciencia se pretende la incorporación al análisis de los valores sociales que se consideran profundamente interconectados con los valores epistémicos. De tal modo, se sostiene que estos valores sociales tendrían mayor significación en la etapas o contextos⁴¹ de decisión de la estrategia de investigación y de aplicación, y los valores epistémicos tendrían mayor presencia en el contexto de justificación⁴².

39 Ciuro Caldani considera a la verdad como el conocimiento personalizante del investigador, de allí la necesidad de protegerlo contra la subversión de los valores jurídicos inferiores, como la conducción, el poder, la cooperación, la previsibilidad, la solidaridad, el orden, etc.; hay que resguardarlo frente a la arrogancia de los valores externos al Derecho, como la utilidad, laantidad, etc., e incluso hay que protegerlo contra la inversión del valor humanidad que se traduce en un humanismo desbordado que se dé vuelta contra la justicia y la verdad y, también, hay que amparar a la verdad contra la arrogancia de la justicia: CIURO CALDANI, “Derecho de la Ciencia...” cit., pág. 853.

40 P. v. ÁLVAREZ, op. cit.

41 Adoptando la clásica distinción efectuada por Hans Reichenbach.

42 DALL'AGNOL, Darlei, “Philosophy of Science and Ethics. Interviewing Hugh Lacey”, en <http://www.cfh.ufsc.br>.

Como bien dice Ciuro Caldani, la ciencia, que se caracterizara por su tradicional referencia al valor verdad, ha experimentado en la postmodernidad un desplazamiento a otras referencias valorativas con gran predominio del valor utilidad⁴³.

35. En definitiva el Derecho de la Ciencia y de la Técnica deberá apuntar a una valoración a través de un complejo de valores encabezados por un principio de justicia consistente en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse en plenitud como persona, cualquiera sea el rol que ocupe en el complejo campo de actuación de la ciencia o de la técnica en un momento determinado, en armonía con un conjunto de valores que reúna a todos aquellos que hemos mencionado como valores epistémicos y sociales, articulados en función de las características de cada caso.

VI. Bibliografía

- AGAZZI, Evandro, “El impacto epistemológico de la tecnología”, en “Argumentos de Razón Técnica, Revista española de Ciencia, Tecnología y Sociedad, y Filosofía de la Tecnología”, N° 1, 1998, en: <http://www.argumentos.us.es/numero1/agazzi.htm> (24-02-05).
- ÁLVAREZ, Juan Ramón, “La Ciencia y los Valores: La interpretación de la actividad científica”, en LAFUENTE, M.ª I. (coord.), “Los valores en la ciencia y la cultura”, León, Universidad de León, 2001, págs. 17-33, en <http://www3.unileon.es/dp/alf/wert2000.pdf> (28-03-05).
- BUNGE, Mario, “La ciencia, su método y su filosofía”, Bs. As., Siglo XXI, 1972.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976;
 - “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4;
 - “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986;
 - “Derecho de la Ciencia y Protección del Investigador”, en “Jurisprudencia Argentina, t. 1992-III, págs. 851 y ss;
 - “Notas de Filosofía de la Tecnología”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 95 y ss.;
 - “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000;
 - “Reflexiones para una Ética de la Ciencia en nuestro tiempo”, en “Revista del Centro

br/ethic@/ethic22aint.pdf (27-3-05).

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

de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 24, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 135/140;

— “Derecho de la Educación”, en “Academia”, año 3, Nº 5, 2005, págs. 135/154.

- COLOMBO DE CUDMANI, Leonor, “Ideas Epistemológicas de Laudan y su posible influencia en la enseñanza de las ciencias”, en “Enseñanza de las ciencias, Revista de investigación y experiencias didácticas”, vol. 17, núm. 2, 1999, págs. 327-331, en <http://www.bib.uab.es/pub/ensenanzadelasciencias/02124521v17n2p327.pdf>
- DABOVE, María Isolina, “Kirchmann desde Kirchmann: La crítica entre el relativismo y el escepticismo”, en “Investigación y Docencia”, Nº 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, págs. 81-87.
- DALL'AGNOL, Darlei, “Philosophy of Science and Ethics. Interviewing Hugh Lacey”, en “Ethic@ - Revista Internacional de Filosofia da Moral”, Florianópolis, vol. 2, nº 2, Dez. 2003, págs. 111-120, en <http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/ethic22aint.pdf> (27-03-05).
- DÍAZ GISPERT, Lidia, “Ciencia, Tecnología y Desarrollo Económico en América Latina. Anuario Científico 2002”, Universidad de Cienfuegos “Dr. Carlos R. Rodríguez”, págs. 1-9, en <http://www.ucf.edu.cu/publicaciones/anuario2002/NTIC/articulo3.pdf> (28-3-06).
- DUCASSE, P., “Historia de las técnicas”, trad. Tina Manzoni, 6^a ed., Bs. As., Eudeba, 1979.
- ESTEVE PARDO, José, “Autorregulación. Génesis y efectos”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.
- GARCÍA PALACIOS, Eduardo Marino y otros, “Ciencia, Tecnología y Sociedad: una aproximación conceptual”, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), 2001.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987.
- JUSTO, Luis, ERAZUN, Fabiana y VILLARREAL, Jorgelina, “La investigación participativa como derecho: ¿posibilidad o utopía?”, en <http://easi.negrisud.it/etica/DWL/CP/OI/invparticipativa.doc> (28-3-05).
- KUHN, Thomas S., “La estructura de las revoluciones científicas”, trad. Agustín Contin, 8^a reimpr., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MAIZTEGUI, Alberto y otros, “Papel de la Tecnología en la Educación Científica: Una dimensión olvidada”, en “Revista Iberoamericana de Educación”, Nº 28, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), 2002, págs. 129-155, en: <http://www.campus-oei.org/revista/rie28a05.pdf> (28-2-06).
- NÚÑEZ JOVER, Jorge, “La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar”, en: <http://www.campus-oei.org/salactsi/nunez02.htm> (27-3-05).
- QUINTANILLA, Miguel Ángel, “Técnica y cultura”, en “Teorema, Revista internacional

de filosofía”, *Tecnos*, vol. XVII/3, 1998, en <http://www.campus-oei.org/salactsi/teorema03.htm> (28-2-06).

- RAES, Koen, “La responsabilidad social de los científicos”, Universidad de Gante, IPTS Report, vol. 72, The Institute for Prospective Technological Studies, European Comisión, en <http://www.jrc.es/home/report/spanish/articles/vol72/SCI1S726.htm> (28-2-06).
- TALLACCHINI, Maria Chiara, “Política della scienza e diritto: epistemologia dell'identità europea”, en <http://www.globius.org/documenti/Tallach.pdf> (28-3-05).
— “Introduções a S. Jasanoff, La scienza davanti ai giudice”, Milano, Giuffrè, 2001, en http://www.lex.unict.it/news/eventi/science-governance/cv/mt_scienze_e_diritto.pdf (28-3-05).

NOTA SOBRE LA ASUNCIÓN Y LA DESERCIÓN “CONVERTIDORAS” DE VALORES *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

La realización de los valores requiere que funcionen a través de las etapas de descubrimiento, asunción y efectivización (ejecución)¹. Mediante su asunción o deserción el valor puede ser *convertido* en otro superior, por *sublimación*, o en otro inferior, por *abyección*.

Desde el punto de vista de los despliegues *sociológicos*, la asunción convierte la oposición (reparto) en agregación (compartimiento); en tanto que la deserción convierte, a la inversa, la agregación en oposición². El reparto autoritario, satisfactorio del valor poder, puede convertirse por asunción en compartimiento por elevación, realizador del valor jerarquización en que se sublima el poder. También el compartimiento por elevación, satisfactorio de la jerarquización, puede convertirse por deserción en reparto autoritario realizador del valor poder, en que se “abyecta” la jerarquización. El reparto autónomo, satisfactorio del valor cooperación, puede convertirse por asunción en compartimiento por equiparación, realizador del valor igualación, en que se sublima la cooperación. Asimismo, el compartimiento por equiparación, satisfactorio del valor igualación, puede convertirse por deserción en reparto autónomo, realizador del valor cooperación, en que se “abyecta” la igualación. Cuando el orden de repartos, realizador del valor homónimo, es asumido, este valor se sublima en el valor inordinación; en tanto que si hay deserción el valor inordinación se “abyecta” como mero valor orden.

Desde el punto de vista de los despliegues *normológicos*, la asunción del valor fidelidad de las normas y del ordenamiento normativo la convierte, por sublimación, en el valor lealtad; en tanto que la deserción de la lealtad la “abyecta” como mera fidelidad.

Desde el punto de vista de los despliegues *dikelógicos*, la asunción de la supervivencia, que culmina en la justicia, puede convertirla relativamente, por sublimación, en intervivencia,

* N. de la R.: Reedición inalterada de la versión publicada en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, t. II, págs. 36/39.

1 De “La realización de la justicia como valor” nos hemos ocupado en la comunicación enviada al simposio en homenaje al profesor Carlos Cossío organizado por el Instituto de Cultura Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata.

2 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976, págs. 68 y ss.

culminante en el amor. En cambio, la deserción de la intervivencia puede acercarla, por abyección, a la mera supervivencia. Dicho más específicamente: la asunción del valor justicia puede convertirlo relativamente, por sublimación, en el valor amor; en cambio, la deserción del amor puede aproximarla, por abyección, a la mera justicia.

Una cuestión significativa en cuanto a la asunción y la deserción de los valores y a su conversión en otros se relaciona con la virtud y el vicio que pueden acompañarlos. Aunque la asunción y la deserción pueden ocurrir por el mero significado objetivo, sin virtud o vicio algunos, normalmente van acompañadas de virtud intelectual o incluso de virtud moral, de vicio intelectual o incluso de vicio moral. En este sentido, un reparto valioso puede no ir acompañado de virtud moral y convertir a su repartidor en un oportunista, no en un “hombre” justo. A su vez, un reparto “desvalioso” puede no ir acompañado de vicio moral y hacer a su repartidor un hombre moralmente valioso, por ejemplo un hombre justo.

La asunción meramente intelectual de los valores, por conveniencias abyectas, es frecuente en países como el nuestro, que cambian repetidamente sus tablas de valores. El grado de abyección que esto significa, primero desde el punto de vista moral y luego, inevitablemente, desde la perspectiva de las adjudicaciones mismas, debe ser tenido en cuenta cuando se promueven los cambios. Un oportunismo semejante puede presentarse, sin embargo, cuando las tablas de valores rigen por períodos muy largos³. No caben dudas de que la virtud no hace al valor objetivo de las adjudicaciones y que un oportunista puede realizar adjudicaciones valiosas en un proceso de conversión inverso; pero no hay pirámide axiológica que pueda elevarse debidamente si puede ser “trepada” de modo constante⁴.

La asunción de la aristocracia de los repartidores especialmente calificados por una superioridad moral, científica o técnica, convierte al poder, por sublimación, en autoridad. La deserción de la autoridad la convierte, por abyección, en mero poder, aunque sea aristocrático.

La asunción del humanismo –que jerarquiza a cada persona como un fin en sí– en el conjunto de los seres humanos, lleva a sublimar al individuo mediante una fórmula de propia personalización “totalizante”, obviamente distinta del totalitarismo. En ella es el individuo, respetado como fin, quien asume su condición humana a través del conjunto que forma con sus semejantes. Puede decirse que entonces el “microcosmos” de la personalidad se inordina en el “macrocosmos” de la humanidad⁵.

Los períodos de *cultura*, donde los valores “crecen” se caracterizan por la frecuencia de fenómenos de conversión sublimante; los tiempos de *decadencia*, donde los valores están en crisis, son dominados por la abyección.

3 Se evidencian así límites “dialécticos” de la justicia dialógica y monológica.

4 Aunque básicamente el “trepador” pretende los valores superiores por valores inferiores, creemos que la expresión también puede aplicarse a estos casos.

5 Uno de los problemas a desarrollar por la díkelogía es éste de la asunción de la humanidad total.

PERSPECTIVA TRIALISTA DE LA AXIOLOGÍA DIKELÓGICA *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

*A Werner Goldschmidt,
con motivo de su septuagésimo cumpleaños.*

1. Hace algunas semanas, leyendo en estas mismas columnas el importante artículo del profesor Werner Goldschmidt, “Fundamento iusfilosófico de la prestación liberal: la justicia espontánea”¹, se perfeccionó nuestro parecer de que en cuanto a Axiología Dikelógica, entendida como exposición de la estructura formal de la justicia, el trialismo no había evidenciado totalmente la amplitud de sus posibilidades. Al meditar sobre ese meduloso aporte advertimos que el estudio de dicha estructura formal debe seguir un método semejante al empleado en la Jurística Sociológica y en la Axiosofía Dikelógica para la conceptualización y la valoración de las adjudicaciones y de sus relaciones².

A) LA JUSTICIA COMO VALOR

2. Atendiendo a que la Axiosofía Dikelógica se basa en el principio supremo de justicia consistente en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona, o sea para que desarrolle debidamente su modo de ser, todos los hombres estamos legitimados para elegir entre los restantes valores naturales y para fabricar valores mientras nuestras decisiones no sean conflictivas con la justicia y con los otros valores naturales. Si bien cada solución justa es objetiva, también es doblemente especial, en un sentido subjetivo o sea con mira a los valores elegidos o fabricados por sus protagonistas y en otro sentido “objetivo” porque depende de la situación de espacio, momento, personas, etc. Como decía Hartmann “el hombre no puede ser «presa» simultáneamente por cualquier número de

* N. de la R.: Reedición inalterada de la versión publicada en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, t. II, págs. 40/62. Publicada asimismo en “El Derecho”, t. 86, págs. 915 y ss.

1 “El Derecho”, de octubre 12-1979.

2 V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 5^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1976; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958. También puede v. CIURO CALDANI, “Derecho y política”, Buenos Aires, Depalma, 1976.

valores”³ y hay valores, como la “humanidad” y la justicia, que lo habilitan ampliamente para elegir y fabricar otros valores.

En tanto el Derecho Penal se mantiene más próximo a la justicia como valor natural, el Derecho Civil, sobre todo en materia de contratos, se abre más a los valores fabricados. 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 falsos. El exceso en la concepción de los alcances de la justicia como valor natural conduce al dogmatismo y el abuso de quienes creen que la justicia es un valor fabricado lleva al relativismo.

B) LAS CLASES DE JUSTICIA

3. La Jurística Sociológica trialista parte de la diferenciación de los *repartos*, que son adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la conducta de seres humanos determinados o determinables, y las *distribuciones*, es decir adjudicaciones generadas por la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas. La valoración de justicia en dimensión humana sólo tiene sentido en el marco de las posibilidades abiertas por el libre albedrío supuesto por la idea de reparto. En cambio las distribuciones por sí mismas pertenecen al campo del azar y de la necesidad, de modo que sólo pueden ser tema de la justicia en la medida que se relacionen con repartos.

La justicia en relación con los repartos forma cadenas de valoraciones relativamente inelásticas, en tanto que la justicia referida a las distribuciones tiende a una mayor elasticidad. Por esto puede decirse que la primera se desarrolla con menos tensiones, en tanto que la justicia referida a las distribuciones es más “forzada”. Respecto a un caso en que es aplicable esta diferenciación, el profesor Goldschmidt ha dicho que cuando el estado de sitio es provocado por un reparto sólo se suspenden las garantías, en tanto que si procede de una distribución produce el estrechamiento de los derechos fundamentales⁴. Las “carencias históricas” de normas significan injusticia en las distribuciones y pueden integrarse con más elasticidad, en tanto que las “carencias dikelógicas” implican injusticia en los repartos y su integración suscita mayores dificultades.

El Derecho Privado es más afín con la justicia referida a los repartos y el Derecho Público se vincula más con la justicia de las distribuciones. Por esto en general es justo que las distribuciones sean afrontadas con medios de Derecho Público. Sin embargo hay una tendencia a ampliar los marcos tradicionalmente referidos a la justicia de los repartos

3 HARTMANN, Nicolai, “Ontología”, trad. de José Gaos, 2^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1965, t. I, pág. 357.

4 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 548/549.

mediante la aplicación parcial de los criterios de justicia de las distribuciones, por ejemplo en el campo de la responsabilidad civil. Dicho de otro modo: el criterio tradicional subjetivista relacionado con la justicia de los repartos es ampliado mediante el criterio objetivista más “elástico”, vinculado a la justicia de las distribuciones, pero siempre con los medios del Derecho Privado. Hay ramas jurídicas como el Derecho Penal que se relacionan especialmente con la justicia de los repartos (el delito debe provenir de una conducta) y otras ramas, como el Derecho de la Previsión Social y el Derecho de los Recursos Naturales, se refieren de manera especialmente directa a la justicia de las distribuciones.

Uno de los medios más importantes para comprender el significado de una concepción del mundo es advertir el lugar que atribuye a las distribuciones y a los repartos. Es relevante, por ejemplo, advertir la importancia que ha tenido en el Islam la noción de “qismet”, expresión árabe que significa literalmente “distribución” y expresa la práctica fatalista de la aceptación resignada de los golpes y las vicisitudes del Hado⁵ en comparación con el “no conformismo” con que Goldschmidt ha identificado con acierto a la sociedad contemporánea⁶. Dicho de otro modo: a la luz de la noción de “qismet” el “lugar” de la justicia es mucho menor.

4. La conceptuación y la valoración de los repartos se hace distinguiendo sus repartidores, sus recipientes, sus objetos, sus formas y sus razones. Cada uno de estos aspectos corresponde a un sentido de clasificación de la justicia según que se desarrolle una misma idea o que se la vincule con elementos axiológicos diferentes. Es así como en relación a quienes reparten es posible diferenciar la justicia *consensual* y la justicia *extraconsensual*; respecto a quienes reciben se distingue la justicia *sin acepción de personas* y *con acepción* de las mismas; en relación a los objetos del reparto se presentan la justicia *simétrica* y la justicia *asimétrica*; con miras a la forma del reparto se diferencian la justicia *monologal* y la justicia *dialogal* y con referencia al criterio de la fundamentación se distinguen la justicia *comutativa* y la justicia *espontánea*. Todas las clases de justicia son vías para descubrir la solución justa única que corresponde a cada caso y en cambio sus radicalizaciones son muestras de las diversas manifestaciones que puede tener el relativismo. Las clases de justicia que desarrollan un núcleo axiológico único tienden a disolver los problemas pero deben afrontar los obstáculos de su insuficiencia y las que surgen de la introducción de nuevos elementos han de hacer frente a mayores tensiones surgidas de las dificultades en su asimilación.

5. Con relación a los repartidores la justicia puede ser consensual o extraconsensual. Al respecto Aristóteles distinguía, en la justicia correctiva, las soluciones que provienen de las

5 TOYNBEE, Arnold J., “Estudio de la Historia”, trad. de Vicente Fatone, Buenos Aires, Emecé, 1957, vol. V, 2^a parte, págs. 439 y ss.

6 GOLDSCHMIDT, Werner, “La sociedad contemporánea: su no conformismo y su concepción de la justicia”, en “Jus”, N° 23, págs. 35 y ss. (actualmente en “Justicia y verdad”, Buenos Aires, “La Ley”, 1978, págs. 498 y ss.); “La sociedad contemporánea y la injusticia”, en “Justicia...” cit., págs. 508 y ss.

mismas partes y la justicia de una tercera persona, que consideró justicia judicial⁷. La justicia consensual tiene su expresión más cabal en los repartos autónomos, surgidos del acuerdo de todos los interesados, y se satisface también, en grados decrecientes, en los repartos paraautónomos, cuyos repartidores surgen del consentimiento unánime de los interesados pero reparten prescindiendo de su acuerdo (vgr. los árbitros) y en los repartos infraautónomos, cuyos repartidores cuentan con el apoyo de una parte de los interesados (por ej. los gobiernos democráticos). La justicia extraconsensual se realiza en los repartos autoritarios provenientes de repartidores aristocráticos, calificados por una superioridad moral, científica o técnica.

La justicia consensual es relativamente afín al Derecho Privado y la justicia extraconsensual está más próxima al Derecho Público. Así, por ejemplo, en materia de contratos de prestaciones patrimoniales el reinado de la justicia consensual impide normalmente la aparición de repartidores aristocráticos con títulos para imponerse; en cambio éstos surgen apenas se invoca la intervención comunitaria judicial, generándose la exigencia de la intervención de letrados. La insuficiencia de la justicia consensual se evidencia, vgr., en la constante búsqueda de la formación de áreas donde sean posibles los repartidores aristocráticos. Por su parte las dificultades de la introducción de los repartidores extraconsensuales tienen una expresión relevante en el régimen procesal. El desborde de la justicia del primer tipo conduce al consensualismo expresado, por ejemplo, en el convencionalismo, y el abuso de la justicia extraconsensual lleva al decisionismo.

6. Desde el punto de vista de quienes son recipientes la justicia puede ser sin acepción de personas o con acepción de las mismas. Esta clasificación fue evidenciada por Aristóteles en sus respectivas exemplificaciones de la justicia correctiva y de la justicia distributiva⁸. A título de respectivos ejemplos pueden señalarse el Derecho Penal “del delito” y el Derecho Penal “del delincuente”. La justicia sin acepción de personas es particularmente afín al Derecho Privado y la justicia con acepción de personas se relaciona más con el Derecho Público. No es por azar que en el Derecho Público existen tratamientos protocolares específicos para determinadas personas.

Cuando este criterio clasificador de la acepción de las personas comprende el cambio del receptor se constituyen la justicia *inmanente*, que hace acepción de los recipientes que fundamentan el reparto y la justicia *trascendente*, que abarca a recipientes relativamente irrelevantes⁹. La justicia inmanente es especialmente afín al Derecho Público

7 ARISTÓTELES, “Ética nicomaquea”, en “Obras”, trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, libro V, pág. 1231.

8 Íd., págs. 1229 y ss.; v. además TOMÁS DE AQUINO (SANTO), “Suma Teológica”, trad. de P.P. Dominicos - Fr. Francisco Barbado Viejo, O. P., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1956, t. VIII, “Tratado de la Justicia”, págs. 407 y ss. (2-2, q. 63 a. 1).

9 V. ARISTÓTELES, op. cit., por ej., pág. 1241. El problema de la trascendencia, que cuando es significativa suele motivar la conceptualización de otro reparto, fue advertido por Aristóteles cuando diferenció lo justo

y la justicia trascendente es la más vinculada al Derecho Privado. Así, el Derecho Penal de nuestro tiempo se inspira notoriamente en la justicia inmanente, pero también lo hace de Cierto modo el Derecho de Familia. En cambio la clara trascendencia del Derecho de las Obligaciones y de los Derechos Reales se muestra en el Derecho Sucesorio. La adjudicación de salarios familiares evidencia la inmanencia alcanzada por una solución que por largo tiempo había quedado limitada al marco de la trascendencia. La corrupción de la justicia inmanente que debe reinar en el Derecho Público conduce al nepotismo. Uno de los estudios más esclarecedores de la concepción del hombre que anida en un régimen es la averiguación de los títulos en que basa la trascendencia: así, por ejemplo, en la actualidad parece haber un desplazamiento del afecto, que reina en el Derecho Sucesorio, sobre todo cuando éste es de carácter testamentario, hacia la dependencia, que se abre especialmente campo en el Derecho Previsional.

La justicia sin acepción de personas es limitada porque la valoración requiere que las personas sean conocidas de manera relativamente cabal, sobre todo en lo que llamamos vida “pública”. A su vez la introducción de los rasgos personales origina dificultades que desembocan frecuentemente en el mero privilegio. Por su parte la justicia inmanente es limitada porque la vida social supone cierto tipo de trascendencia, sea que ésta se proyecte a individuos o a la sociedad en su conjunto. A su vez la introducción de los recipientes trascendentes –por ejemplo los integrantes del grupo familiar del recipiendario directo– origina frecuentes dificultades que muchas veces sólo pueden resolverse conceptualizando un nuevo reparto intermedio.

El desborde de la justicia sin acepción de personas se expresa en el relativismo “normalista” que suele concretarse en la masificación. Hay una relación significativa entre el predominio privatista de la justicia sin acepción de personas que ha imperado en la Edad Contemporánea y el proceso de desarrollo de las masas. En cambio la exageración de la justicia con acepción de personas conduce al relativismo de estilo sofista manifestado, por ejemplo, por Protágoras cuando afirmó que “el hombre es la medida de todas las cosas”.

7. Con miras a los objetos –o sea a las potencias e impotencias– de los repartos la justicia puede ser *simétrica* o *asimétrica* según que tales objetos tengan los mismos o diversos contenidos vitales. Aristóteles comprendió claramente esta diferenciación cuando dijo que “es necesario que todas las cosas sean de alguna manera comparables cuando se las quiere intercambiar”¹⁰. La permuta puede realizar una justicia más simétrica que la compraventa y ambas se diferencian nítidamente de la asimetría de la indemnización por daño moral. La evolución del Derecho Penal desde el talión a las penas determinadas relativamente es

“político” de lo justo paterno, dominativo o económico, debido a “otros” que en definitiva se identifican con uno mismo (v. TOMÁS DE AQUINO [SANTO], op. cit., 2-2, q. 57 a. 4).

10 ARISTÓTELES, op. cit., pág. 1232; TOMÁS DE AQUINO (SANTO), op. cit., 2-2, q. 61 a. 4 y q. 62 a. 1 a 8.

una muestra del paso de la simetría a la asimetría. La justicia simétrica es afín al Derecho Privado, en tanto que el Derecho Público está más relacionado con la justicia asimétrica.

Como lo advertía Aristóteles la justicia simétrica es limitada porque “no puede haber comunidad de relaciones entre dos médicos” y, “en cambio, sí es posible entre un médico y un labrador”¹¹. Para salvar las dificultades de la justicia asimétrica se cuenta con el formidable auxilio intermediario de la moneda que “lo mide todo”¹². Sin embargo, la moneda puede llegar a rebelarse contra la vida, como lo evidencia la inflación y en todos los casos debe llegarse a la conversión según el significado vital de las potencias e impotencias respectivas. Cada criterio de conversión refleja una concepción de la humanidad: el siglo XIX buscó la conversión al hilo del trabajo; el marxismo le agregó, para la etapa comunista, un criterio final de necesidad y el personalismo comprende las posibilidades de conversión según todos los componentes de la humanidad. El abuso de la justicia simétrica conduce a la “cosificación” del valor y el desborde de la justicia asimétrica se muestra, por ejemplo, en el nominalismo monetario. La simetría perfecta sólo se logra cuando las potencias y las impotencias son compartidas, pero entonces la idea de reparto del objeto, que individualiza el material estimativo de la justicia, desaparece y el reparto y la justicia son reemplazados por la agregación y el amor¹³.

8. Desde el punto de vista de la forma del reparto –o sea del camino elegido para llegar al mismo– se diferencian la justicia *dialogal* y la justicia *monologal*. Aunque la justicia es objetiva no cabe duda de que cada individuo, con su propio curso vital, significa un punto de vista sobre la justicia cuya composición con los demás resulta difícil. La justicia dialogal es más afín al Derecho Privado y la justicia monologal se relaciona más con el Derecho Público. Sin embargo, el Derecho Privado da amplia acogida a la justicia monologal, por ejemplo en el contrato de adhesión, y el Derecho Penal liberal impone estrictamente la justicia dialogal a través del proceso.

La justicia dialogal suele tener limitaciones porque no siempre se cuenta con la participación de los interesados, pero la justicia monologal debe superar grandes dificultades para integrar los elementos no representados. La radicalización de la justicia dialogal lleva al “discursivismo” y el abuso de la justicia monologal conduce a la monotonía.

9. Con miras al criterio de fundamentación de los repartos se distinguen la justicia *comutativa* y la justicia *espontánea*. En una los fundamentos son plurilaterales, como en la compraventa, la permuta, etc., y en la otra son unilaterales, como en la donación. La debida ubicación de la justicia de carácter espontáneo es uno de los significativos aportes de

11 ARISTÓTELES, op. cit., pág. 1232.

12 *Id.*, pág. 1233.

13 Puede verse sobre la agregación, la intervivencia y el amor CIURO CALDANI, op. cit., esp. págs. 68 y ss., y 111 y ss.

Goldschmidt a la teoría de la Axiología Dikelógica¹⁴. La justicia conmutativa tiene especial acogimiento en el Derecho Privado, en tanto que la justicia espontánea se relaciona más con el Derecho Público. El Derecho Privado guiado por la justicia conmutativa, encuentra su regla básica de convivencia en la tolerancia; en cambio el Derecho Público, orientado por la justicia espontánea, alcanza la exigencia de lealtad. No es por azar que Goldschmidt advirtió la justicia espontánea por el papel excepcional que tiene en el Derecho Privado como fundamento de la donación. Sin embargo, las dos clases de justicia están de alguna manera siempre presentes en el Derecho Público y en el Derecho Privado: por ejemplo en el Derecho Público el espíritu republicano es más afín a la justicia espontánea y el sentido liberal está más próximo a la justicia conmutativa; en el Derecho Privado el matrimonio liberal es más afín a la justicia conmutativa y el matrimonio católico puntualiza la importancia de la justicia espontánea.

La justicia conmutativa es limitada porque sólo genera un crecimiento relativo e incluso tiende a deteriorarse con el tiempo. El avance de la justicia se produce principalmente por la vía espontánea, que es la apertura de la justicia hacia el amor. Con razón ha dicho el profesor Goldschmidt que “la Justicia Comutativa con su ritmo implacable de prestación y contraprestación, delito y sanción es la justicia de la «talio» y, en cambio, la Justicia Espontánea es la Justicia Evangélica”. Puede hablarse de la justicia conmutativa como fundamento de permanencia y de la justicia espontánea como base de la renovación. La justicia espontánea es la justicia de la Creación y de la Redención. A su vez las dificultades para la integración de la justicia espontánea en los marcos resueltos por la justicia conmutativa se hacen especialmente notorios en cuestiones como las del Derecho Sucesorio cuando se enfrentan la justicia testamentaria y la justicia legitimaria. El abuso de la justicia conmutativa conduce a la simonía¹⁵ y el desborde de la justicia espontánea lleva al mesianismo.

10. Al considerar el valor de las partes o de la totalidad del régimen desde los puntos de vista de quiénes reparten, quiénes reciben, qué se reparte, en qué forma y con cuáles fundamentos se reparte, se advierten nuevas posibilidades de clasificación de la justicia. En relación con los repartidores se distinguen la justicia “*partial*” y la justicia *gubernativa*; con mira a los recipientes se diferencian la justicia *sectorial* y la justicia *integral*; en atención a los objetos del reparto se evidencian la justicia de *aislamiento* y la justicia de *participación*; respecto a la forma del reparto se distinguen la justicia *absoluta* y la justicia *relativa* y con referencia a los fundamentos se diferencian la justicia *particular* y la justicia *general*. A semejanza de las clasificaciones anteriores relativas a los repartos aislados, éstas son sólo vías para descubrir la solución justa única para cada caso y para cada régimen y también aquí las formas radicales evidencian desviaciones relativistas. Las clases de justicia referidas

14 Sobre justicia espontánea v. TOMÁS DE AQUINO (SANTO), op. cit., 2-2, q. 63 a. 1.

15 V. id., 2-2, q. 100.

sólo a partes del régimen son limitadas y las que se remiten a su totalidad deben superar los obstáculos de su composición.

11. Con miras a la atención parcial o total del régimen desde el punto de vista de los repartidores se diferencian la *justicia “partial”* y la *justicia gubernativa*. En la primera los títulos de los repartidores se refieren sólo a un sector del orden de repartos y en la segunda se remiten a éste en su totalidad. La justicia “partial” es especialmente afín a la ejemplaridad, en la que los repartos se ordenan al hilo del esquema “modelo y seguimiento”, y la justicia gubernativa es característica del plan de gobierno en marcha, indicador de quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto. La primera tiene especial significado en el Derecho Privado y la segunda está principalmente relacionada con el Derecho Público.

La justicia “partial” es limitada porque en todos los ámbitos del régimen hay cuestiones de interés común que deben ser resueltas por repartidores con título “gubernativo”, pero a su vez la justicia gubernativa debe afrontar la agravación de los problemas de legitimidad que dan lugar a la difícil temática de la representación. La exageración de la justicia “partial” es afín al historicismo que deja a las partes del régimen resolver por sí solas; el desborde de la justicia gubernamental conduce al absolutismo que por desconfiar de la objetividad de la justicia se entrega ciegamente a las decisiones del gobierno.

12. En relación con los recipientes se diferencian la *justicia sectorial* y la *justicia integral*. La primera se refiere sólo a algunos recipientes del régimen y la segunda a su totalidad. La justicia sectorial es especialmente afín al Derecho Privado y la justicia integral se relaciona más con el Derecho Público. Sin embargo, dentro de cada división hay sectores fuertemente influidos por la otra clase de justicia: en el Derecho Privado, el Derecho Comercial contemporáneo dejó de ser Derecho del sector de los comerciantes para convertirse en régimen de todos quienes realizan actos de comercio y en el Derecho Público el federalismo está fuertemente referido a la justicia sectorial. La justicia sectorial brinda despliegues limitados porque los intereses de los sectores se extienden al todo social. A su vez, la justicia integral debe superar los obstáculos de la asimilación de cada sector en el conjunto afrontados de manera especial en materias básicamente integralistas, como lo son en el Derecho Público el Derecho Constitucional y en el Derecho Privado el Derecho Civil. El desborde de una clase de justicia conduce al sectoralismo que impera, vgr., en el clasismo y en el racismo y el abuso de la otra clase lleva al integralismo evidenciado, por ejemplo en la confusión de la justicia con la igualdad.

13. Respecto a los objetos del reparto se distinguen la *justicia de aislamiento* y la *justicia de participación*. La primera, de carácter excluyente, es el fundamento de las estructuras

de estilo societario; la segunda, de tipo abierto, identifica a las formaciones de alcance comunitario. Ya Aristóteles encontró esta diferenciación cuando señaló la justicia distributiva, que se inicia en la participación y culmina en el aislamiento, y la justicia correctiva, de carácter más aislacionista¹⁶. La justicia de aislamiento es más afín al Derecho Privado y la justicia de participación tiene más influencia en el Derecho Público. Sin embargo la diferenciación de estas áreas no es absoluta y en el Derecho Privado las cooperativas están fuertemente signadas por la justicia de participación en tanto que en el Derecho Público existen bienes del dominio privado del Estado. La justicia de aislamiento es limitada en razón de que en la misma naturaleza del Universo está su aprovechamiento común. Nadie puede sustraer totalmente un bien de la participación. En cambio la justicia de participación debe superar los obstáculos a la composición surgidos de la particularidad de los méritos de cada uno. El abuso de la justicia de aislamiento conduce al disgregacionismo, evidenciado, por ejemplo, en la doctrina de la legitimidad de la supervivencia de los más aptos¹⁷; el desborde del recurso a la justicia particular lleva al agregacionismo, expresado, vgr., en el comunitarismo pretendido por ciertas doctrinas reflorecidas en nuestro tiempo.

14. Con mira a la forma con que se llega a identificar el reparto justo en relación con los demás se distinguen la justicia *absoluta*, que se limita a las cualidades y su tratamiento, y la justicia *relativa*, que exige una proporción con el tratamiento dado a otros casos. Es éste el sentido último de las clases de justicia que Aristóteles denominó respectivamente correctiva y distributiva¹⁸.

La “autointegración” del ordenamiento normativo mediante la analogía se orienta a través de la justicia relativa, en tanto que la “autointegración” con los principios generales del Derecho Positivo y la “heterointegración” por recurso a la justicia material permiten el ingreso más directo de la justicia absoluta. La justicia de tipo absoluto es especialmente afín al mantenimiento de la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público, en tanto que la justicia relativa por su mayor pluralidad de miembros se constituye en nexo entre ambos. Sin embargo, elastizando el análisis quizá pueda afirmarse que la justicia absoluta es afín al Derecho Privado y la justicia relativa está particularmente relacionada con el Derecho Público. En el Derecho Penal primitivo, aun signado por una fundamentación privatista, imperó la justicia absoluta del talión y en el Derecho Penal contemporáneo, más apoyado en el espíritu publicista, se recurre especialmente a la justicia relativa. Dentro del Derecho Privado, las relaciones de familia por su carácter muchas veces incondicionado son campo de especial desarrollo de la justicia absoluta pero, en cambio, cuando en los contratos se tiene

16 ARISTÓTELES, op. cit., págs. 1229/1230.

17 V. SPENCER, Herbert, “La justicia”, trad. de Pedro Forcadell, Buenos Aires, Atalaya, 1947, pág. 89.

18 ARISTÓTELES, op. cit., págs. 1229 y ss.; v. también TOMÁS DE AQUINO (SANTO), op. cit., esp. 2-2, q. 61 a. 1 a 3.

en cuenta el nivel general de precios se hace uso de la justicia relativa.

La limitada comprensión del mundo que tenemos los seres humanos nos impone superar la justicia absoluta recurriendo a los puntos de apoyo extraños a los casos que utiliza la justicia relativa; pero la introducción de estos elementos ajenos requiere especial cuidado para que las diversidades no desorienten la valoración. Cada concepción del origen del mundo y de las posibilidades de conocerlo significa una composición de las dos clases de justicia: así, por ejemplo, la visión realista genética que imperó en la Edad Media fue más afín al empleo de la justicia absoluta en tanto que la concepción idealista propia de la Edad Contemporánea ha hecho más uso de la justicia relativa. El abuso de la justicia absoluta significa una forma velada de relativismo que consiste en el esencialismo y el desborde de la justicia relativa conduce al formalismo. No es por azar que la Edad Contemporánea, signada por el contractualismo relativista, acabó en el formalismo “cuasi público” de la masificación.

Desde el punto de vista de la particularidad de las soluciones la justicia absoluta se convierte en *equidad* y con mira a la generalidad la justicia relativa se transforma en justicia “legal”. En uno de los capítulos más bellos de la “Ética nicomaquea”, Aristóteles decía que “la naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley en la medida en que ésta resulta insuficiente, a causa de su carácter general”¹⁹. Pese a que en el pensamiento del Estagirita la equidad es posterior a la ley, creemos que en realidad el núcleo axiológico de la misma es su carácter casuístico. Entendemos que al respecto no se debe mezclar el campo de comprensión de la justicia, donde el caso es anterior y posterior a la “ley”, con el funcionamiento de las normas legales en que sólo es “posterior”.

En comparación con la división formal anterior, la justicia relativa resulta la principal manera de razonar la ejemplaridad y la justicia “legal” es la forma básica con que se aprehende el valor en el plan de gobierno. Pese a que, como en los casos anteriores, se trata de simples afinidades relativas, puede decirse que la equidad está más estrechamente vinculada con el Derecho Privado y la justicia “legal” tiene más aplicación en el Derecho Público. Lo que suele desorientar al respecto es que la equidad, como justicia del caso particular, tiene en el Derecho Privado fuentes especialmente adecuadas (contratos, testamentos, etc.) y en cambio en el Derecho Público se muestra más claramente su tensión en relación con las leyes. Las relaciones entre equidad y justicia “legal” pueden presentarse de diferentes maneras y, así por ejemplo, en el Código Civil el art. 16 hace una invocación legal equilibrada a los principios generales del Derecho (justicia “legal”) y a la consideración de las circunstancias del caso (equidad), en tanto que el art. 907 contiene una remisión legislativa expresa a la equidad. El Derecho Penal se caracteriza por poner a la justicia legal como límite a favor del reo, permitiendo que la equidad ingrese por las vías de las penas relativamente indeterminadas y de las medidas excepcionales de commutación e indulto.

La justicia de equidad es limitada porque sólo puede abarcar casos particulares referidos,

19 ARISTÓTELES, op. cit., pág. 1240; TOMÁS DE AQUINO (SANTO), 2-2, q. 60 a. 5.

como tales, al pasado o al presente. En cambio la justicia “legal” permite considerar también casos futuros. Por esto es significativo el avance en las posibilidades de repartir justicia que se obtiene con el empleo de fuentes legales. Por otra parte la justicia “legal” debe afrontar las dificultades de la composición de los casos particulares en la regla general y la equidad “a posteriori” tiene que hacer frente a los obstáculos de la subsunción de los caracteres particulares en la justicia “legal”. La radicalización de la equidad conduce al casuismo y el abuso de la justicia “legal” lleva al generalismo. El primero oculta el porvenir y el segundo renuncia a la realidad.

15. Con referencia a los fundamentos de los repartos considerados en partes o en la totalidad del régimen se diferencian la justicia *particular* y la justicia *general*. En la primera se reparte con mira al bien de los individuos y en la segunda la atención está dirigida al bien común que sólo se comprende con claridad en relación con el régimen. Ambas clases fueron advertidas por Aristóteles cuando hablaba de justicia parcial y de justicia total²⁰. La justicia general es más simple que la justicia particular porque desarrolla un marco de referencia que abarca intrínsecamente a todos los elementos individuales.

La justicia particular es la característica principal del Derecho Privado y la justicia general es el rasgo último que distingue al Derecho Público, de modo que todas las demás características de uno y de otro sector responden en última instancia a esos fundamentos. La expropiación por causa de utilidad pública es una muestra de la generalización de la justicia particular y la asistencia social es un ejemplo de particularización de la justicia general.

La justicia particular es limitada porque la vida en común supone un bien específico que sólo puede reconocer la justicia general. A su vez pese a su naturaleza simple, la justicia general debe afrontar dificultades de integración que se hacen muy evidentes cuando se la confunde con el bien de la mayoría. La exaltación de la justicia particular conduce al individualismo y la exageración en la referencia a la justicia general lleva al totalitarismo. Como todos los desbordes que nos han ocupado, son negaciones de la objetividad que implican relativismo y generan valores fabricados falsos.

C) LAS VALORACIONES

16. La aprehensión de la realidad social del Derecho se produce mediante los sentidos, la introspección y la razón; en cambio las valoraciones de justicia producen en nosotros un sentimiento racional de evidencia. Al hilo del mismo se pueden detectar clases de justicia más afines al *sentimiento* y al raciocinio inmediato y otras más vinculadas con la *razón*, especialmente con el raciocinio mediato. Integran el primer grupo las justicias de tipo

20 ARISTÓTELES, op. cit., págs. 1228/1229; TOMÁS DE AQUINO (SANTO), op. cit., 2-2, q. 58 a. 7 y 8. Urge puntualizar que la justicia “partial” no siempre es particular y la justicia gubernativa no siempre es general.

extraconsensual, con acepción de personas, simétrico, monologal y espontáneo y las de carácter “partial”, sectorial, de participación, absoluto y general. En cambio pertenecen al segundo grupo las justicias de tipo consensual, sin acepción de personas, asimétrico, dialogal y conmutativo y las de carácter gubernativo, integral, de aislamiento, relativo y particular. Puede decirse que las clases que se refieren a ámbitos humanos más íntimos son más afines al sentimiento y las que se extienden más se vinculan más estrechamente con la razón.

La realidad social del Derecho se constituye al hilo de la finalidad objetiva de los acontecimientos, pero como ésta es una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) es necesario fraccionarla al hilo de la previsibilidad²¹. Aún más notoria es la “pantomomía” de la justicia, de modo que el reparto justo se descubre al hilo de *fraccionamientos* de influencias del pasado, del presente y del futuro que podrían hacer cambiar su significado. El perfeccionamiento de los instrumentos conceptuales para comprender el carácter fraccionado de la justicia humana es uno de los aportes más relevantes de la axiología dikelógica goldschmidtiana. A su vez, las proyecciones éticas de la justicia exigen que además del reparto justo se reconozca el posible reparto justificado, que es el más justo de los repartos posibles para quienes no pueden realizar el reparto justo. Así, por ejemplo, quien da albergue circunstancial a un niño abandonado que debe tener una protección más amplia y quien en estado de necesidad se apodera de alimentos ajenos haciendo que un particular soporte una carga que debe ser social, realizan repartos justificados. 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. Se trata de lo que muchas veces se denomina “sabiduría de la historia”, respecto de la cual Leibniz llegó a decir que “no hay nada de inculto, de estéril o de muerto en el universo”²², pues todo lo injusto no es sino un paso para la consecución de algo mejor. La consideración de esta justicia de la injusticia influyó especialmente en la juridicidad contemporánea en los Derechos de tipo liberal o marxista.

D) VISIÓN HISTÓRICA DE CONJUNTO

17. Al hilo de las consideraciones axiológicas que anteceden es posible diferenciar épocas fundacionales de una “cultura” jurídica y otras en las que se desarrolla una “civilización” jurídica²³. En las primeras impera la concepción de la justicia como valor natural y los repartos

21 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales”, Rosario, Inst. Jurídico-Filosófico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nac. del Litoral, 1967, págs. 3 y ss.

22 LEIBNIZ, “Monadología”, trad. de Manuel Fuentes Benot, 4^a ed., en Bibl. Inic. Fil., Buenos Aires, Aguilar, 1968, pág. 52.

23 Decía Spengler que: “En las culturas, el estilo es el *pulso de la vida que se siente segura*. Ahora surge... el civilizado *como expresión de lo acabado*”. Este estilo es ya inmutable en su interior” (SPENGLER, Oswald,

dejan un importante marco de aceptación a las distribuciones. Entonces la justicia de los repartos es extraconsensual, con acepción de personas, simétrica, monologal y espontánea y la justicia en cuanto al régimen es “partial”, sectorial, de participación, absoluta y general. En las “culturas” jurídicas predomina la evidencia de justicia por sentimiento y por raciocinio inmediato y se tiende a desfraccionar las influencias del presente y del pasado prescindiendo en cierto modo del futuro. En cambio en los períodos posteriores de “civilización” se consideran en mayor medida los despliegues de justicia producidos por los hombres y los repartos reflejan una menor aceptación de las distribuciones. Entonces la justicia de los repartos es consensual, sin acepción de personas, asimétrica, dialogal y conmutativa y la justicia en cuanto al régimen es gubernativa, integral, de aislamiento, relativa y particular. En la “civilización” predomina la razón, especialmente a través del raciocinio mediato y se desfracciona más el futuro, en tanto que se prescinde más del presente y el pasado²⁴.

Cuando un ciclo jurídico llega a su período de “decadencia” el reinado de los valores fabricados falsos se expresa –como decía Toynbee– en una “combinación de valores incompatibles”²⁵. Entonces las distribuciones ocupan el lugar de los repartos y la idolatría del azar o de la necesidad, reverenciados en lugar de la justicia, se paga con la “sensación de hallarse a la deriva”²⁶. En los tiempos de decadencia los distintos caminos para profundizar en el conocimiento de la justicia se radicalizan y el relativismo intenta cubrir las brechas abiertas indebidamente entre las minorías dominantes y las masas o dentro mismo de cada sector. En los días del ocaso el sentimiento y la razón se hacen conflictivos y los fraccionamientos se desorientan, llegándose a la apología de la seguridad o de la inseguridad como si fueran valores en sí mismas²⁷.

Poco esfuerzo es necesario para advertir que la “cultura” jurídica medieval ha ido transformándose en la “civilización” contemporánea, cuya decadencia viene denunciándose desde hace tiempo. El gran problema de la historia actual consiste en saber en qué medida la justicia podrá hacerse realidad para asegurar la vida plena y evitar la decadencia final de nuestra civilización.

18. El valor de las teorías jurídicas está en relación directa con las posibilidades que brindan para la realización de la justicia. Superando a las doctrinas imperativistas y coactivistas, que se ciñen a la vertiente extraconsensual; al anarquismo, que se limita al cauce consensual; al organicismo que se enmarca excesivamente en la realización gubernativa y

“La decadencia de Occidente”, trad. de Manuel G. Morente, vol. III, Madrid, Calpe, 1926, pág. 158).

24 V. p. ej. DEKKERS, René, “El Derecho Privado de los pueblos”, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1957, págs. 381 y ss.

25 TOYNBEE, op. cit., vol. V, 2^a parte, pág. 390.

26 Íd., págs. 420 y ss.

27 Son en realidad productos del fraccionamiento o del desfraccionamiento de la justicia (GOLDSCHMIDT, por ej. “Introducción...” cit., pág. 415).

al pactismo que se limita al cauce “partial”, el trialismo da amplias posibilidades a todas las clases de justicia. A diferencia de los unidimensionalismos sociológico y normológico, que exageran la importancia de los valores naturales relativos convirtiéndolos en valores falsos y del unidimensionalismo dikelógico, que al desbordar las posibilidades de la justicia la transforma en otro valor falso, el trialismo brinda su debida ubicación a la justicia y a los restantes valores del mundo jurídico, sean éstos naturales relativos o fabricados.

¡Ojalá que la ciencia, iluminando la justicia, sirva para evitar la decadencia de la civilización!

NOTA SOBRE LA CLASIFICACIÓN DINÁMICA DE LA JUSTICIA

En “Perspectiva trialista de la Axiología Dikelógica” hemos intentado aprovechar la clasificación aristotélico-tomista de la justicia evidenciando diferentes clasificaciones de este valor que se relacionan directamente con su estática. Sin embargo, creemos que, sobre todo a la luz de las ideas de justicia distributiva y correctiva del Estagirita²⁸, es posible diferenciar, desde el punto de vista dinámico, una justicia rectora básica, que se muestra en relación con el mantenimiento o el desarrollo de lo justo; y otra justicia correctiva, que –como su nombre lo indica– “endereza” (“corrige”) las injusticias.

Cuando se celebra un contrato puede suponerse que interviene la justicia rectora; pero cuando se interrumpen las prestaciones el desequilibrio (“divalencia”) de las potencias e impotencias requiere la intervención de la justicia correctiva. Esto mismo sucede, por ejemplo, cuando ha sucedido un delito y debe aplicarse la pena.

Las dos clases de justicia referidas son necesidades permanentes, porque la dinámica del mundo provoca cambiantes situaciones de justicia e injusticia. Con miras a su coincidencia es especialmente esclarecedora la idea de “justicia constantemente renovada”.

28 Puede v. ARISTÓTELES, “Ética Nicomaquea”, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, libro 5, capítulos 2 y ss., págs. 1228 y ss.

UBICACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL MUNDO DEL VALOR * **

(El asalto al valor justicia)

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

*Homenaje del autor a la memoria de Víctor Goldschmidt,
profesor de la Universidad de Picardía,
por su inteligencia y cordialidad.*

1. La justicia es el único valor absoluto del mundo jurídico; determina en última instancia sus alcances y a través de las valoraciones de los repartos y de las normas que los captan constituye su dimensión dikelógica¹. Cuando se habla de justicia en este sentido se trata de la justicia relacionada con las adjudicaciones humanas, diversa de la Justicia divina, que excede el marco jurídico².

En franca correspondencia con la decadencia del espíritu, la justicia –a semejanza de lo que ocurre con la santidad, la bondad o el amor– es desde hace tiempo –aunque menos, quizás, que esos otros valores– objeto de un verdadero asalto desde múltiples frentes tendiente a degradarla, mutilarla u ocultarla. Creemos que urge analizar los alcances de este asalto³.

2. Los valores forman un complejo surgido –directa o indirectamente– del más alto

* N. de la R.: Reedición inalterada de la versión publicada en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, t. II, págs. 16/35. Publicada asimismo en “Zeus”, t. 26, págs. D-65 y ss.

** Meditaciones con motivo de los aspectos axiológicos del tema “Relaciones entre el Derecho y la Justicia”, que fue luego tratado por las Segundas Jornadas Argentinas de Filosofía del Derecho convocadas por el Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

1 V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 5^a ed., Bs. As., Depalma, 1976; “La ciencia de la justicia (Dikelogia)”, Madrid, Aguilar, 1958; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976.

2 Sin embargo la justicia es en definitiva una (v. por ej. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, “Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español”, 2^a ed., Madrid, Sánchez, 1868, t. 1, págs. 5 y ss.).

3 Puede v. BAGOLINI, Luigi, “La crisi nella giustizia”, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1980-1, págs. 3 y ss. Sobre la crisis y el cambio del material estimativo: HUXLEY, Julián, “La crisis humana”, trad. Aníbal Leal, Bs. As., Hormé, 1970. Encaramos el tema desde una de las diversas perspectivas posibles, reduciéndolo a común denominador axiológico. Además, por ejemplo, son posibles las reducciones a los comunes denominadores sociológico y normológico (“lógico”), pero creemos que el despliegue que presentamos puede resultar jurídicamente más esclarecedor.

valor, la divinidad, al que sólo podemos reconocer pero no podemos alcanzar⁴. A su vez, todos los otros valores a nuestro alcance surgen del más alto valor que podemos satisfacer: la humanidad⁵.

Los valores pueden guardar entre sí relaciones *coadyuvantes*, de *contribución* o de *integración* y vinculaciones de *oposición* por *sustitución* o *secuestro*. Éste, a su vez, puede producirse por *subversión*, *inversión* o *arrogación*. Son reconocibles, así, en cierto sentido, vinculaciones “verticales” coadyuvantes de contribución y relaciones “verticales” de oposición por subversión o inversión; relaciones “horizontales” coadyuvantes por integración, vinculaciones “horizontales” de oposición por sustitución y relaciones “horizontales” de oposición por arrogación. A su vez, cada valor tiene su propia forma y contenido, al hilo de los cuales puede ser *compuesto* o *destrozado*. De todo esto surge la ubicación de un valor en el complejo axiológico.

Cuando hablamos de subversión de los valores excluimos las connotaciones de oposición al orden gubernamental y de agresión física que el término suele tener, sobre todo en nuestra época. En este sentido más axiológico pueden ser subversivos contra la justicia un opositor (que es “subversivo” sociológicamente hablando) o un gobernante (que reprime); quien ataca físicamente y quien lo hace por otros medios.

3. Las vinculaciones *coadyuvantes* por *contribución* significan que los valores inferiores apoyan la realización de los superiores o viceversa. En nuestro caso desde la dimensión sociológica del mundo jurídico la justicia recibe el apoyo de los valores naturales relativos poder –inherente a los repartos autoritarios–; cooperación –propio de los repartos autónomos–; previsibilidad –satisfecho en el plan de gobierno en marcha–; solidaridad –inherente a la ejemplaridad– y orden –realizado en el conjunto del régimen–. La contribución del orden a la justicia realiza la paz.

4 Aquí el valor es entendido como perfección y por eso en Dios coinciden el Ser y el Deber Ser. No se trata, como se entiende en otros casos, de una indigencia (v. por ej. DERISI, Octavio Nicolás, “Los fundamentos metafísicos del orden moral”, 4^a ed., Bs. As., “El Derecho”, 1980, pág. 321).
Según enseñó Santo Tomás de Aquino, Dios es el Ser de universal perfección (TOMAS DE AQUINO (SANTO), “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).

5 En cuanto a la teoría del valor conviene tener en cuenta, con Ronald Modras, la orientación de las ideas de S. S. Juan Pablo II: “St. Thomas’ moral philosophy was teleological and naturalistic; ours, Wojtyla contends, should be normative and personalistic. He encourages Catholic moralists to keep 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. Cita a su vez: “Etyka a teologia moralna” (Ethics and Moral Theology), Znak 19, N° 9, 1081 y “Czym powinna byc teologia moralna?” (What Should Moral Theology Be?), Ateneum Kaplanskie 58, N° 1, 97-104). V. también SOAJE RAMOS, Guido, “Esbozo de una respuesta tomista al problema del valor”, en “Ethos”, 8, pág. 82.

A su vez, la contribución con la justicia puede provenir, desde la dimensión normológica, a través de los valores naturales relativos fidelidad –satisfecho cuando se describe la auténtica voluntad de los autores de las normas o de la comunidad respecto del orden de repartos deseado–; adecuación –inherente a la correspondencia de los conceptos con los fines propuestos–; exactitud –realizado cuando las construcciones normativas se cumplen–; subordinación –satisfecho en las relaciones verticales de producción–; ilación –propio de las vinculaciones verticales de contenido–; infalibilidad –inherente a las relaciones horizontales de producción–; concordancia –realizado en las vinculaciones horizontales de contenido–; y coherencia –propio del ordenamiento normativo en su conjunto–. La contribución de la coherencia a la justicia realiza la armonía normativa. Además la justicia habilita la fabricación de valores que contribuyen a su realización como, por ejemplo, los que anidan en las usanzas del trato tribunalicio.

También la justicia contribuye a la realización de los otros valores jurídicos⁶. Si bien sería erróneo afirmar que la justicia como ente ideal influye en su realización, no cabe duda que hay en general una inclinación humana hacia su satisfacción, como lo evidencia la línea resultante de la evolución general de la humanidad. Cuando el poder, la cooperación, etc., son justos, son más comprensibles y realizables. Como lo destacó Carlos Cossío, la justicia y los otros valores jurídicos se reclaman recíprocamente⁷. Es más: según lo ya expuesto, todos los otros valores a nuestro alcance surgen del valor humanidad alimentándose “recíprocamente” con él.

Una manifestación de relaciones de contribución de carácter *reflejo* es el indicio de justicia que poseen la cooperación, la solidaridad, y por ellas el orden, y la infalibilidad, la concordancia, y por ellas la coherencia, en razón de su mayor respeto a la voluntad del total o una parte especialmente significativa de los protagonistas.

El valor específico que satisfacen las relaciones entre la justicia y sus valores coadyuvantes –sobre todo sus valores contribuyentes– es la prudencia.

4. Las relaciones coadyuvantes por *integración* significan el apoyo desde valores diferentes. Por ejemplo, en nuestro caso, la integración de la justicia con la salud, la utilidad, la verdad, el amor, la santidad, etc., mediante la referencia al valor superior humanidad. La justicia es uno de los valores que más fácilmente se abren a la integración, y por eso se ha dicho con acierto que es una “virtud” completa⁸. Incluso, se ha afirmado que es un valor

6 Puede v. MACHADO PINTO, Marilia Muriry, “A teoría egológica dos valores jurídicos”, Iº Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito, pág. 15.

7 COSSIO. Carlos, “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2^a ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, pág. 611.

La influencia de los otros valores en el poder determina las dimensiones que suelen señalarse en él (v. por ej. BENTON, T., “Objective Interests and the Sociology of Power”, en “Sociology”, vol. 15-2, págs. 161 y ss.).

8 V. PLATÓN, “República”, trad. Antonio Camarero, Bs. As., Eudeba, 1963, pág. 274 (IV-XVII); ARISTÓTELES,

“franciscano”, cuya valía consiste en permitir que los demás valores valgan⁹.

Uno de los episodios más interesantes de esta integración es el que se debe producir entre la justicia y el amor, que tanto significa para la realización del cristianismo¹⁰. El desarrollo de la moral utilitaria mediante la búsqueda de “la más grande felicidad para el más grande número” puede ayudar a desbloquear a la justicia de criterios orientadores falsos¹¹. Incluso la integración puede producirse no sólo con valores naturales sino con valores fabricados auténticos que ingresan a través de los valores naturales más afines (pueden serlo, por ejemplo, los valores de ser buen futbolista, ajedrecista, etc.).

Por su contenido, resumido en el principio supremo de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, la justicia “habilita” especialmente a la elección y fabricación de valores y abre sendas particularmente expeditas para la contribución y la integración.

Por otra parte la justicia mantiene relaciones de integración con otros valores que la “llevan” fuera del marco más puramente jurídico, según lo muestran sus proyecciones en la salud, la utilidad, la belleza, etc. Basta recordar a este respecto los inolvidables ejemplos de integración con la belleza que brindan “Fuenteovejuna”, “Los desastres de la guerra” o “Los fusilamientos del dos de mayo”.

También hay manifestaciones de las relaciones integradoras de carácter *reflejo*, evidenciadas, por ejemplo, en el indicio de justicia que hay en el amor o en la relativa presunción de amor que contiene en cierto grado la justicia. Un medio para la integración es la *conversión* axiológica, favorecida por el común denominador pecuniario.

5. No obstante también suelen presentarse vinculaciones de *oposición*, que –como hemos adelantado– son especialmente frecuentes en nuestro tiempo. La oposición *sustitutiva* aumenta sus posibilidades a medida que disminuye la jerarquía de los valores, haciéndose más legítima en el nivel de los valores fabricados. En cambio la justicia no puede ser legítimamente sustituida en el marco de los repartos y de las normas que los captan y respecto de ella sólo puede darse una relación opositora de secuestro. Tan sólo es legítimo superarla –no sustituirla–, por ejemplo, mediante la integración con el amor.

6. El *secuestro subversivo* significa que los valores inferiores –o de manera inversa su marginación– se alzan contra los valores superiores. En nuestro caso los valores naturales

“Ética Nicomaquea”, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1227 (v. 1).

9 REALE, Miguel, “Filosofia do Direito”, 5^a ed., São Paulo, Saraiva, 1969, t. 11, pág. 626. Sobre la necesidad de integración v. COTTA, Sergio, “Primato o complementarità della giustiziar”, en “Rivista...” cit., 1973-4, págs. 623 y ss.

10 Puede v. CIURO CALDANI, op. cit.; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “El Derecho y el amor”, Barcelona, Bosch, 1976; CASTIGLIONE HUMANI, Vincenzo, “Il diritto e la legge”, Milano, Giuffrè, 1977, págs. 69 y ss.

11 V. sobre el tema: RAPHAEL, D. D., “Utilitarismo e giustizia”, en “Rivista...” cit., 1977-4, págs. 875 y ss.; también v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978, por ej. págs. 50 y ss.

relativos y los valores fabricados que debían contribuir a la realización de la justicia se levantan contra ella, secuestrando el material estimativo que sólo les correspondía parcialmente. Es así como, desde la dimensión sociológica, el poder se alza contra la justicia cuando –en más o menos evidente correspondencia con las líneas de pensamiento de Maquiavelo, Hobbes y Nietzsche– se lo convierte en elemento esencial del fenómeno jurídico, según lo hacen las doctrinas llamadas “imperativistas” u “ordenancistas” y “coactivistas” menospreciando las posibilidades de justicia que brinda la cooperación. La subversión del poder de los gobernantes o los gobernados contra la justicia conduce al tema de la violencia, o sea de la fuerza injusta, que es una de las cuestiones más significativas de nuestro tiempo¹². Es también así que, pese a la superioridad dikelógica del reparto autónomo, el anarquismo subvierte la justicia al rechazar el valor poder exigiendo la exclusividad de las uniones libres entre hombres libres. Es subversiva contra la justicia la pretensión del monopolio del Derecho con la planificación gubernamental, que jerarquiza en demasiá la importancia de las leyes y de la previsibilidad, como lo hace a veces el organicismo, y también, pese a la preferencia dikelógica de la ejemplaridad, se alza contra la justicia el apego indiscriminado a la solidaridad satisfecha en la misma, según lo pretende el pactismo radical.

También son subversivos frente a la justicia la adhesión extrema al orden que suele caracterizar al totalitarismo y el menosprecio infundado del mismo que evidencian ciertas actividades “subversivas” típicas de nuestro tiempo, partidarias no del anarquismo –que confía en el orden libre– sino de la anarquía por sí misma. La relativa preferencia del totalitarismo sobre esa subversión, que se evidencia en algunas actitudes, estriba en el grado de pacificación que todo orden significa; pero uno y otra son expresiones notorias de la desesperanza que el asalto a la justicia trae implícita. También resultan objetivamente subversivos contra la justicia los intentos del positivismo sociológico de ceñir el mundo jurídico a la realidad social y a los valores que le son inherentes¹³.

Desde la dimensión normológica son subversivos contra la justicia la despreocupación por la fidelidad de las normas y del ordenamiento, que se expresa principalmente en la interpretación desleal, y también el apego excesivo a la misma, ignorando que en última instancia deben reconocerse carencias dikelógicas cuando las normas interpretadas son injustas. También son subversivos contra la justicia los abusos frecuentes de ciertos gobernantes contemporáneos, que no vacilan en imponer ordenamientos normativos diferentes de los que quieren las comunidades que rigen, sin tener en cuenta que a medida que aumenta la infidelidad del ordenamiento crecen la sensación de opresión y la indiferencia, y la obsesión

12 V. al respecto BAGOLINI, Luigi, “Violence and justice”, en “Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social”, vol. IV, págs. 25 y ss.

13 Sin embargo sobre la gradualidad del carácter positivo v. DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, trad. Luis Recasens Siches - Luis Legaz y Lacambra, 7^a ed., Barcelona, Bosch, 1960, pág. 340; REALE, Miguel, “Graduazione della positività del diritto”, en “Rivista...” cit., 1973-4, págs. 788 y ss.; BATIFFOL, Henri, “Problemes de base de philosophie du droit”, París, L.G.D.J., 1979, págs. 119 y ss.

por dicha fidelidad que caracteriza al historicismo. Es asimismo subversivo contra la justicia el desapego por la adecuación que suele caracterizar a los ignorantes de la técnica normativa y además lo es la adhesión ciega en que incurre a veces la jurisprudencia de conceptos, habiendo motivado, en su momento, la rectificatoria burla de Ihering.

Se alzan también contra la justicia la falta de adhesión a la exactitud que caracteriza a los aplicadores fraudulentos o indolentes y la furia normativa en que incurren los partidarios de la célebre expresión “*dura lex, sed lex*”, prescindiendo incluso de la misma fidelidad. Es tan grande el “ruido” normológico motivado por las actitudes indebidas ante la fidelidad, la adecuación y la exactitud, y tan diferente ese “ruido” del que existe en la realidad social, que en los países donde ello ocurre la gente es impulsada –consciente o inconscientemente– a despreocuparse por la justicia.

A veces la subversión contra la justicia resulta del excesivo apego a los valores subordinación e ilación, inherentes a las relaciones verticales entre las normas que desarrollan la pirámide jurídica, y en otros casos surge de su ignorancia, como suele ocurrir con el abuso de la “habilitación” que reina con frecuencia, por ejemplo, en la administración. Una de las expresiones más notorias de este asalto contra la justicia es la burocracia. En otros casos, en cambio, la subversión contra la justicia se produce en relación con los valores infalibilidad y concordancia inherentes a la estructura horizontal del ordenamiento normativo. Es así como el ordenamiento muestra demasiada preocupación por la “vigilancia del vigilante” o se desentiende de ella, y es también así como se exagera o se marginá la importancia de la analogía.

Son además subversivas la búsqueda excesiva de la coherencia en que incurren las expresiones más radicales del racionalismo y la marginación de ese valor que anida en el irracionalismo. Contribuye al asalto a la justicia el positivismo normológico que pretende ceñir el mundo jurídico a las normas y a los valores más inherentes a ellas. A veces su brillo relativo obedece, sobre todo, a la conversión de la coherencia en armonía que realiza de cierto modo la justicia, pero contra todos los excesos normativistas está dirigida la ya clásica impugnación de quienes –como Kirchmann y ahora con renovado énfasis–, cuestionan la jerarquía de la actividad y de la ciencia jurídica¹⁴.

7. Urge reconocer que también con frecuencia la justicia secuestra el material estimativo de los valores inferiores *invirtiendo* el sentido de su realización, según sucede cuando se pretende ignorar la importancia del poder, la cooperación, etc., haciendo que ella “flete” alejada de la realidad sociológica y normológica o confiando caprichosamente en que ha de realizarse por sí misma. Cuando no se tienen en cuenta las características situacionales, iluminadas por los valores inferiores, no hay certeza siquiera acerca de la justicia, cayéndose en

14 Sobre el tema versaron, por ejemplo las disertaciones de los profesores Paul Trappe y Víctor Arévalo Menchaca en el X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.

los abusos unidimensionalistas dikelógicos que desprestigieron al jusnaturalismo apriorista.

8. De diversas maneras y en reiteradas oportunidades otros valores se *arrogan* el material estimativo de la justicia. En la Edad Media la arrogación estuvo a cargo de la santidad, del amor y del heroísmo, y a fines de ella y en la Edad Moderna comenzó un progresivo curso de la utilidad que en muchos casos ha llegado a eclipsarla¹⁵. Pese a intentos de integración –como el de Víctor Goldschmidt al hilo del estudio de las ideas de Epicuro¹⁶– la utilidad, expresada en la idea de “ingeniería social”, termina con frecuencia por ocultar el sentido repartidero de la justicia¹⁷. Además el ataque contra la justicia se alimenta muchas veces desde las posibilidades de realización del valor verdad, cuestionando infundadamente el saber dikelógico como lo hacen, por ejemplo, las diversas vertientes del positivismo. También –urge señalarlo– la verdad del mundo actual, nueva por los cambios objetivos y científicos, es especialmente exigente para el descubrimiento de la justicia. A esta dificultad de la integración de la nueva verdad con la justicia corresponde la crisis de la mayoría de los criterios orientadores en nuestro tiempo.

Por otra parte también a veces la justicia se arroga el material estimativo de otros valores –generándose, como en todos los casos de arrogación, valores falsos–, y es éste vgr. el lugar del arte impuesto oficialmente en ciertos países totalitarios. Con frecuencia las diversas maneras de arrogación son favorecidas por el exceso de conversión axiológica a través del dinero, que constituye la simonía.

9. Las diferentes vías con que los otros valores coadyuvan a la realización de la justicia o secuestran su material estimativo, se manifiestan también en la composición o el destrozo de la justicia. Lo propio puede advertirse cuando el apoyo o el secuestro proviene de la misma justicia.

Desde el punto de vista formal la justicia se *compone* con el aporte de diversas clases: la justicia consensual y extraconsensual; sin y con acepción de personas; simétrica o asimétrica; monologal y dialogal; comutativa y espontánea, y la justicia “partial” y gubernativa; sectorial o integral; de aislamiento y de participación; absoluta y relativa, y particular o general¹⁸. La

15 V. HUME, David, “Los principios generales de la moral”, en “Investigación sobre la moral”, trad. Juan Adolfo Vázquez, Bs. As., Losada, 1945, esp. págs. 43 y ss.; BENTHAM, Jeremy, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, fragmento “Principles of Morals and Legislation”, en “Great Political Thinkers”, (William Ebenstein), 3^a ed., New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960, págs. 506 y ss.; GIANFORMAGGIO, Letizia, “Diritto e felicità - La teoria del diritto In Helvétius”, Milano, Comunità, 1979; “Archives de Philosophie du droit”, t. 26 (L’utile et le juste); VILLEY, Michel, “Philosophie du droit”, 2^a ed., Paris, Dalloz, 1978, t. I, págs. 157 y ss.; RAWLS, John, “A Theory of Justice”, 10^a impr., Cambridge, Harvard University, 1980, págs. 22 y ss.; COTTA, Sergio, “Perché il diritto”, Brescia, La Scuola, 1979, págs. 77 y ss.

16 GOLDSCHMIDT, Víctor, “La théorie épicienne du droit”, en “Archives...” cit., t. 26, págs. 73 y ss.

17 V. en cuanto al tema RAPHAEL, op. cit.

18 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectiva trialista de la Axiología Dikelógica”, en “El Derecho”,

relación entre la justicia y el poder brinda los conceptos de justicia “expletriz” (entendida como “la que da a cada uno lo que se le debe por derecho perfecto”) y “atributriz” (“aquella que da a cada uno lo que se le debe por sola humanidad y beneficencia, es decir, que da lo que debemos a otro sin poder ser compelidos a cumplirlo”)¹⁹.

A su vez, como todo valor, la justicia tiene tres despliegues: vale, valora y orienta. La valoración está referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras; pero como esa pantonomía (pan=todo; nomos=ley que gobierna) es inabordable urge fraccionar influencias del futuro, del presente y del pasado. Los cortes en la justicia producen seguridad²⁰, y las valoraciones se hallan mediante un sentimiento racional de evidencia²¹.

La justicia puede resultar *destrozada* cuando se opta con exclusividad por alguna clase en detrimento de otra; por la orientación en perjuicio de la valoración; por el fraccionamiento o el desfraccionamiento indebidos y por el infundado predominio de la razón o el sentimiento. Hay, por ejemplo, quienes en franca correspondencia con el apego excesivo a la cooperación, creen que la justicia es sólo consensual o sea que lo pactado es totalmente justo por provenir del pacto; para otros la justicia es siempre absoluta o, en notoria correspondencia con los valores infalibilidad y concordancia del ordenamiento normativo, hay quienes la reducen a la relatividad apoyada en la igualdad, etc. Como lo evidencian las concepciones que exageran la importancia del reparto autoritario, la justicia expletriz intenta con frecuencia marginar a la justicia atributriz.

El apego excesivo a los criterios orientadores de justicia explica la impugnación que suele dirigirse indebidamente al valor todo, como expresión de la “superestructura” ideológica. El clasismo y el racismo fraccionan indebidamente las influencias del continuo personal presente formado por la humanidad; el conservadurismo pretende considerar excesivamente el pasado y el presente fraccionando de modo indebido las influencias del porvenir, y puede hablarse de cierto “redencionismo” cuando se desfrcciona exageradamente el futuro en detrimento de la atención requerida por el pasado y el presente (por ejemplo cuando se recomienda el “sacrificio” de generaciones). El pensamiento burgués liberal es a veces demasiado apegado a la seguridad, que llega a ser considerada como un valor en sí digno de competir con la justicia, y a su vez sus adversarios sobre todo en la vertiente fascista, pretenden con frecuencia ignorar que la seguridad surge de la necesidad de fraccionar la justicia adoptando la consigna “vivir peligrosamente”²².

Puede decirse, desde ya, que dada la complejidad del valor justicia siempre es posible

8-2-1980.

19 V. ÁLVAREZ, José María, “Instituciones de Derecho real de España”, 2^a ed., Madrid, Repullés, 1839, t. I, págs. 12/13; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, págs. 8/9.

20 La seguridad es a su vez una prueba de la influencia de los otros valores.

21 Puede v. WAVELL, Bruce B., “The Rationality of Values”, en “Zygon”, vol. 15-1, págs. 43 y ss.

22 V. MUSSOLINI, Benito, “El espíritu de la revolución fascista” (comp.), Mar del Plata, Informes, 1973, pág. 253.

tomar algún fundamento en él para defender cualquier causa²³, pero la ciencia de la justicia debe advertirnos sobre las desviaciones ayudándonos a encontrar el camino acertado.

10. El contenido de la justicia ha de ser iluminado desde las perspectivas de quiénes deben repartir, quiénes deben recibir, cuáles potencias e impotencias (objetos) se han de repartir, cuáles deben ser las formas de los repartos y cuáles han de ser sus razones. En cuanto al papel de repartidores –que se relaciona con la legitimidad de origen– tienen preferencia los que se caracterizan por su superioridad moral, científica o técnica, denominados aristocráticos, y subsidiariamente los interesados, es decir los repartidores autónomos. En grados de justicia menores se sitúan los repartidores paraautónomos (con consenso de los interesados en cuanto a su calidad de tales, vgr. los árbitros), infraautónomos (surgidos del apoyo de parte de los interesados, como en la democracia) o proautónomos (caracterizados por el consenso en cuanto a los objetos del reparto). Los menos preferibles son los repartidores antiautónomos, apoyados en la mera fuerza. La referencia de los repartidores a valores genera su responsabilidad, que en el mundo jurídico debe fundarse en última instancia en la justicia.

En definitiva se han de tener en cuenta, como recipientes de superior jerarquía, a los seres humanos. Todos los demás seres inferiores de la Creación han de recibir las potencias e impotencias para ellos. Los objetos repartidores que constituyen, junto a la calidad de los recipientes, los principales despliegues de la legitimidad de ejercicio, se orientan a la preservación de la vida, al resguardo de la libertad, a la sustitución de la rutina por la creación, etc. La forma del reparto ha de elegir los caminos del proceso en lugar de la mera imposición y las sendas de la negociación, que es preferible a la adhesión.

Sin embargo frecuentemente, con miras a la aparente justicia de algún elemento del reparto, se suele destrozar la pluralidad de esos aspectos que han de ser tenidos en cuenta para la adjudicación cabalmente valiosa. Es así, por ejemplo, que invocando una aristocracia infundada se permite el secuestro a través del poder, marginando así la legitimidad del apoyo democrático y la verdadera jerarquía del resto del reparto, o en base a la legitimidad democrática se permite el secuestro por la cooperación marginando la legitimidad del objeto. El elitismo y la oligarquía por una parte y la demagogia por otra son frecuentes expresiones del destrozo de la justicia.

La crisis de la responsabilidad que reina en el Derecho de nuestro tiempo²⁴ corresponde en gran medida a la crisis de la justicia. Por otra parte entre los valores del mundo jurídico sólo la justicia puede hacer amar la vida, descubrir fuertes causas de sociabilidad y desarrollar una creación sólidamente satisfactoria. La creación se estima con referencia a valores y la jerarquía de éstos determina su nivel. En el tiempo del asalto a la justicia vivimos la frecuencia del rechazo a la vida y nos habituamos al reparto de la muerte; nos envuelven la soledad

23 V. por ej. ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", trad. Genaro R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963, pág. 262.

24 BATIFFOL, Henri, "Préface", en el tomo de "Archives..." cit. 22 (La responsabilidad), págs. 1 y ss.

habitual y la desesperación de la rutina. Además muchas veces se confunden el proceso o la negociación con la justicia misma y otras se cree que la justicia en cuanto a repartidores y objetos fundamenta la realización de cualquier forma.

11. El contenido de la justicia del régimen se constituye con el *humanismo* y la *tolerancia*. El humanismo—que debe ser generalmente abstencionista y sólo excepcionalmente intervencionista— requiere el respeto a la unicidad de cada cual que conduce al liberalismo político, como protección del gobernado contra el gobernante; la satisfacción de la igualdad, que se logra a través de la democracia²⁵, y la comunidad que se obtiene mediante el respeto a las *res publica*. Para que se satisfaga el régimen de justicia es necesario proteger al individuo contra los demás individuos, frente al régimen, respecto de sí mismo y ante todo lo demás (enfermedad, ignorancia, miseria, etc.)²⁶.

También estos diversos aspectos que deben confluir para la constitución de un régimen justo suelen ser parcializados mediante el *destrozo* del valor. Es así, por ejemplo, que el liberalismo radical actúa como si el amparo a la unicidad y la protección del individuo contra el gobernante fueran la justicia misma; la democracia se apoya exclusivamente en el respeto a la igualdad; el fascismo destroza la justicia pretendiendo ceñirse a la comunidad y al amparo contra el aislamiento; el liberalismo filosófico destroza la necesidad de personalizarse mediante la verdad, incurriendo en el enciclopedismo, y la intolerancia se remite a un supuesto humanismo intervencionista y a la protección del individuo contra la ignorancia y el error²⁷. Es así también como el desarrollismo económico radical, prisionero de un secuestro del valor utilidad, cree con frecuencia que todo se resuelve con la protección del hombre contra la miseria y el conservadurismo se inclina por desconocer la importancia de la utilidad y destrozar la justicia en cuanto a la protección frente a la pobreza.

12. Las oposiciones y los destrozos relacionados con la justicia se evidencian en todas las *ramas del mundo jurídico*²⁸. Por ejemplo en Derecho Internacional Público los secuestros subversivos del poder o la cooperación y el destrozo de la justicia apoyado sólo en la clase consensual o en el tipo extraconsensual se muestra en las disensiones acerca de si la guerra —que es sólo el uso del poder para causas que pueden ser justas o injustas— es en definitiva intrínsecamente valiosa o “disvaliosa”. En Derecho Penal la tensión entre el “Derecho Penal”

25 Acerca de la idea de igualdad, tan familiar a la sugerente simpatía de Víctor Goldschmidt por Hobbes, v. GOLDSCHMIDT, Víctor, “Les renversements du concept d'égalité, des Anciens aux Modernes”, en “Archives...” cits., t. 17, págs. 299 y ss.

26 V. MARCHELLO, Giuseppe, “Valori e tecniche di avvaloramento”, en “Rivista...” cit., 1971-1, págs. 34 y ss.

27 Acerca de la tensión en cuanto al socialismo v. CARRINO, Agostino, “La crisi degli ideali giuridici tra Gemeinschaft e Gessellschaft”, en “Rivista...” cit., 1980-3, págs. 424 y ss.

28 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965.

y la “Criminología” evidencia la integración mal resuelta entre justicia y salud, y la porfía en la consideración del delito o el delincuente, o en tomar la pena como fin o como medio, corresponde a frecuentes destrozos de la justicia.

En el Derecho Civil de los Contratos y de los Derechos Reales se suele defender o atacar el contrato y el dominio de maneras radicales, sin comprender que son necesarios los aportes de la justicia consensual y extraconsensual y de la justicia de aislamiento y de participación, y que las soluciones radicales fraccionan el valor. En Derecho Comercial se porfía en la consideración exclusiva del acto de comercio o del comerciante, sin tener en cuenta que –en diversos grados– es necesario atender debidamente a los continuos del presente real y personal. En Derecho Internacional Privado se insiste en igualar la jerarquía de cualquier tipo de solución para los casos jusprivatistas internacionales, sea basada en la extraterritorialidad y fundada en el respeto al elemento extranjero o territorialista y dirigida a su sacrificio en aras de los elementos nacionales²⁹.

13. Si bien “injusticias” hubo y habrá siempre, aunque más no sea porque la pantomomía nos es inabordable, es evidente que en el curso del tiempo hay épocas en que la invocación de la justicia o de los valores inferiores es más o menos intensa. En general, por ejemplo, puede decirse 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. También pueden reconocerse así, a través de las diferentes épocas, procesos de integración y arrogación respecto de los otros valores y de composición y destrozo de la justicia. Por ejemplo: si en la cultura predomina con frecuencia la integración con el amor en la civilización prima la integración con la utilidad y en la decadencia ésta suele arrogarse el lugar de la justicia.

14. Decía Nicolai Hartmann que “el hombre no puede ser «presa» simultáneamente por cualquier número de valores”³⁰, pero como lo destaca Michel Villey puede hablarse en nuestro tiempo del escamoteo general de los mismos³¹, en nuestro caso particularmente de la justicia. Al hilo de los ataques a este valor se va consumando también –sólo a veces de manera inconsciente– una gigantesca y difícilmente reparable agresión a la conciencia jurídica de la

29 GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia”, 3^a ed., Bs. As., Depalma, 1977; puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

30 HARTMANN, Nicolai, “Ontología I”, trad. José Gaos, 2^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 357.

31 VILLEY, Michel, “Seize essais de Philosophie du droit dont un sur la crise universitaire”, Paris, Dalloz, 1969, págs. 337 y ss.

humanidad. Es así cómo la dignidad de la actividad del jurista es puesta en duda –a veces en la misma conducta de los hombres de Derecho– como si fuera un mero instrumento al servicio de los poderosos. Sin embargo, aunque se consumara un triunfo momentáneo en ese asalto a la justicia, la ausencia del reconocimiento del valor no querría decir el no ser de éste, como la ausencia del conocimiento no quiere decir el no ser del objeto³².

Es posible que superando la conducción humana y la referencia consciente a los valores se esté gestando, por “distribuciones”, sobre todo por influencias humanas difusas, un nuevo mundo más valioso; pero abandonar la conciencia de los valores o entregarse a valores que resultan falsos por secuestro o por destrozo es una apuesta demasiado riesgosa. Pese a los errores originados en gran medida por el positivismo, Derecho como repartos captados por normas y valorados por la justicia habrá *siempre*, sea cual fuere el uso que en él se haga del poder (*ubi societas ibi ius*). Según una tradición milenaria, que explica los momentos más elevados de la historia, es evidente que el Derecho es objeto de la justicia³³, y ésta, como lo decía Aristóteles –quizás aprovechando la expresión de un poeta ahora desconocido–, es “más admirable incluso que la estrella de la tarde y de la mañana”³⁴.

Para Occidente y también para el cristianismo, que cuentan entre sus principales aportes históricos el claro descubrimiento de la justicia, en el asalto contra ella les va en gran medida la propia existencia³⁵.

32 HARTMANN, op. cit., pág. 358.

33 V. “Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino”, trad. Comisión P.P. Dominicos presidida por Fr. Francisco Barbado Viejo, O. P.; “Tratado de la Justicia”, trad. Fr. Teófilo Urdanoy, O. P., Madrid, B.A.C., 1956, t. VIII, pág. 232 (2-2, q. 57); SOTO, Domingo (Fray), “Tratado de la justicia y el derecho”, trad. Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, 1926, t. II, pág. 188.

34 ARISTÓTELES, op. cit., pág. 1227 (v. 1).

35 DAVID, René, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 6^a ed., Paris, Dalloz, 1974; la idea de justicia ya estaba clara en la herencia judía y el cristianismo subrayó la integración con el amor: v. KONIG, Franz (Dr.) y otros, “Cristo y las Religiones de la Tierra”, esp. t. III, Madrid, B.A.C., 1970, págs. 407 y 507 y ss.; TEBALDESCHI, Ivanhoe, “La vocazione filosofica del diritto”, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 3 y ss. y también sobre el tema, págs. 260 y ss.

METODOLOGÍA JURÍDICA TRIALISTA *

ROBERTO CAMPOS **

El **trialismo** propone tratar en el Derecho específicamente los *repartos de potencia e impotencia* provenientes de la *conducta* de seres humanos determinables (de lo que *favorece o perjudica al ser y a la vida*) –**dimensión sociológica**–, captados por *normatividades* –**dimensión normológica**– y *valorados* (los repartos y las normas) por la justicia –**dimensión “dikelógica”**–.

Diferencia con la “Teoría Pura” de Kelsen:

- A diferencia de la metodología kelseniana, construida con miras a la meta de “purificar” el objeto de la ciencia del Derecho, el planteo de Werner Goldschmidt procura su “integración” con realidad social, normas y valor.
- La teoría de Kelsen significó una “ **simplicidad pura**”, que superaba la “ **complejidad impura**” en la que los tres elementos se mezclan. El trialismo entiende haber logrado una “ **complejidad pura**”, que diferencia los tres despliegues pero los integra.

Principio supremo de justicia:

Según Goldschmidt, consiste en *asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la que sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona*

Metodología:

- Goldschmidt fundó su pluralidad metódica (*sociológica, normológica y dikelógica*) en el **realismo genético** –en contraposición al **idealismo genético**–.
- Según Ciuro Caldani, ni el realismo ni el idealismo son demostrables, por lo que la cuestión puede ser superada en una posición “**constructivista**”, en la que se otorgue a la ciencia la cantidad de métodos que sean necesarios.

* Cuadro confeccionado en base al libro del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 54 y ss.

** Estudiante de grado y ex pasante de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UBA.

- **Teoría pura:** predomina el “*deductivismo*” a través de su construcción piramidal.
- **Trialismo:** 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–. En su versión originaria, emplea el método *intuitivo* en aspectos de la dimensión dikelógica.

Orden en la consideración de las tres dimensiones: varía según la meta respectiva.

- Desde el punto de vista *filosófico* corresponde en principio un orden: **socio-normo-axiológico**.
- Desde el enfoque *científico* y en la *práctica del abogado litigante* o del *juez*, habitualmente se recorre un orden: **normo-socio-axiológico**.

Filosofía Jurídica Menor y Filosofía Jurídica Mayor:

- *Filosofía Jurídica Menor* (de alcance menor) o “*Jurística*”: Se limita al campo del Derecho. Goldschmidt ubicó aquí al trialismo.
- *Filosofía Jurídica Mayor*, “*Filosofía del Derecho*” o *Teoría General del Derecho* (depende de lo que se construya como Filosofía y como Teoría General): Inscribe al Derecho en el planteo universal de la Filosofía. Aquí se encuentran las ideas de Tomás de Aquino y Hegel.

a) Método jurístico-sociológico

1) Las adjudicaciones aisladas

<i>a) Concepto de reparto</i>	Son las adjudicaciones que provienen de la conducta de seres humanos determinables .
	<ul style="list-style-type: none"> - Distribuciones: Son las <i>adjudicaciones</i> originadas por: <ul style="list-style-type: none"> -la naturaleza -las influencias humanas difusas -el azar
	El <i>objeto general de interés</i> de la dimensión sociológica son las adjudicaciones de <i>potencia e impotencia</i> .

<i>b) Estructura del reparto</i>	<p>A fin de <i>reconocer</i> los repartos, hay que atender a:</p> <ul style="list-style-type: none"> I) Repartidores (quiénes reparten). II) Recipientes (quiénes reciben). III) Objeto del reparto (lo que se reparte). IV) Forma del reparto (manera en que se llega a la decisión). V) Razones del reparto (no necesariamente son las mismas que los móviles de los repartidores, las razones que alegan y las razones que atribuye la sociedad al reparto). <p>- Para desentrañar las razones del reparto puede utilizarse el método de las variaciones.</p>
<i>c) Clases de reparto</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Autoritarios (se desenvuelven por imposición y son realizadores del valor poder). - Autónomos (se desenvuelven por acuerdo y son realizadores del valor cooperación). <p>Aunque las normas indiquen una de esas clases, la realidad puede ser diversa (p. ej.: la autonomía contractual puede esconder una realidad autoritaria).</p>
<i>d) Origen de los repartos</i>	<p>Se encuentra en un proceso que abarca el <i>reconocimiento</i> de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de los cuales son posibles los diversos repartos, entre los cuales se <i>decide</i> alguno y luego se lo <i>efectiviza</i> (reconocimiento, decisión y efectivización).</p>
<i>f) Funcionamiento de los repartos</i>	<p>Tropieza con frecuencia con límites necesarios, impuestos por la <i>naturaleza de las cosas</i>. Los límites pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos.</p>
2) Las adjudicaciones relacionadas: Orden y desorden de las adjudicaciones.	
<i>a) Concepto de orden de repartos</i>	<p>Los repartos se presentan relacionados en orden o en desorden, los cuales pueden tener proyecciones más objetivas o subjetivas.</p> <ul style="list-style-type: none"> . Al orden de repartos (régimen) es inherente el valor orden. . En el desorden de repartos (anarquía) no se sabe quiénes reparten (anarquía institucional) ni con qué criterios se reparte (anarquía teleológica) y se realiza el disvalor arbitrariedad.

<p>b) Estructura del orden de repartos</p>	<p>I) Vertical (según el plan de gobierno que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto). Cuando el plan está en marcha realiza el valor previsibilidad.</p> <p>II) Horizontal (la adopción de modelos considerados razonables son seguidos en otros repartos, produciéndose la ejemplaridad). Se realiza el valor solidaridad.</p> <ul style="list-style-type: none"> - La ejemplaridad desenvuelta a ritmo lento es costumbre (<i>secundum, praeter y contra legem</i>). - La ejemplaridad desarrollada en los pronunciamientos de los tribunales constituye la jurisprudencia.
<p>c) Clases de órdenes de repartos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Hay órdenes, macroórdenes y microórdenes de repartos. - Los alcances del régimen son espaciales, temporales y materiales.
<p>d) Origen del orden de repartos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Contractuales o naturales (desarrollo del “pactismo” u “organicismo”).
<p>e) Funcionamiento del orden de repartos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Caracteres de conservación o de cambio. - Puede ser: <ul style="list-style-type: none"> . evolutivo (varían los supremos criterios de reparto) . de mero golpe de Estado (cambian los supremos repartidores) . revolucionario (varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto). Existen también micro y macrorrevoluciones.
<p>3) Categorías básicas de la dimensión sociológica</p>	<p>I) Estática:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Causalidad . Finalidad objetiva y subjetiva de los acontecimientos <p>II) Dinámica:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Posibilidad . Realidad - Al tener estas categorías proyecciones “pantónomas” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) es necesario fraccionarlas produciendo certeza.

b) Método jurístico-normológico

1) Las normas aisladas	
<p><i>a) Concepto de norma</i></p>	<p>En el planteo goldschmidtiano es la captación lógica neutral de un reparto proyectado (“neutral” quiere decir hecha del punto de vista de un tercero). De manera simultánea la norma <i>describe e integra</i> el reparto.</p> <ul style="list-style-type: none"> - La descripción se refiere al <i>contenido de la voluntad</i> del <i>autor</i> de la norma (si se logra, la norma es fiel y la tarea para lograr esa fidelidad es la interpretación) y a su <i>cumplimiento</i> (si se logra, la norma es exacta, y la tarea para obtener tal exactitud es la aplicación). - La integración de la norma al reparto proyectado se realiza a través de <i>conceptos</i> que le dan nitidez y le incorporan sentidos generando materializaciones: <ul style="list-style-type: none"> . personales (el legislador, el juez, el abogado, etc.) . no personales (la moneda, el tribunal, el expediente, etc.). Si la integración sirve a los objetivos de los autores de la norma, ésta es adecuada.
	<p>La afirmación de que el reparto <i>se cumplirá</i> (“ser” y no “deber ser”) exige que la norma sea construida de manera neutral (desde el punto de vista de un tercero y no del protagonista).</p> <p>Hoy se viene destacando la noción de normatividad, que abarca las captaciones lógicas de los repartos proyectados hechas desde el punto de vista de los <i>propios protagonistas</i> (en términos genéricamente “<i>prescriptivos</i>” de deber ser, que Goldschmidt incluyó en el “imperativo”) y desde la perspectiva de los <i>terceros</i> (en términos de <i>promesa</i> de lo que será, que Goldschmidt incluyó en la norma).</p> <p>En cuanto a la tarea descriptiva, la prescripción sólo puede ser fiel o infiel, en tanto la promesa puede ser además exacta o inexacta.</p>

<p>b) Estructura de la norma</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Antecedente (se refiere al <i>sector social</i> a reglamentar). . Para elaborarlo puede utilizarse el <i>método analítico</i> (particularizador) o <i>sintético</i> (generalizador). - Consecuencia jurídica (presenta su reglamentación). <p>El <i>antecedente</i> y la <i>consecuencia jurídica</i> tienen características:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Positivas (que han de estar presentes para que la norma <i>se aplique</i>). - Negativas (deben estar ausentes para que la norma <i>entre en función</i>).
<p>c) Clases de normas</p>	<p>Según la diversa inserción temporal de las normas, se diferencian las que se refieren a:</p> <p>I) <i>Casos pasados</i> y por tanto <i>descriptos</i>, son normas:</p> <ul style="list-style-type: none"> . categóricas . individuales en cuanto al antecedente . satisfactorias del valor inmediato . más concretas . que requieren menos técnica para su elaboración <p>II) <i>Casos futuros</i> y por tanto <i>supuestos</i>, son normas:</p> <ul style="list-style-type: none"> . hipotéticas . generales . realizadoras del valor predecibilidad . con un mayor grado de abstracción . que requieren más técnica para su elaboración
	<p>Es posible diferenciar normas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Estrictamente generales (<i>cerradas</i> a la incorporación de casos que se planteen en el futuro). - Meramente generalizadas (que dejan <i>abierta</i> esta posibilidad).

<i>d) Origen de las normas</i>	<p>Las fuentes reales de las normas son los repartos que ellas captan. Pueden considerarse:</p> <ul style="list-style-type: none"> I) Fuentes materiales (los repartos en sí). II) Fuentes formales (cuando hay <i>autobiografías</i> de los repartos que hacen los mismos repartidores –p. ej.: constituciones formales, tratados, leyes, sentencias, contratos, testamentos, etc.–). - La <i>elaboración</i> y la <i>redacción</i> de las fuentes formales suelen ser repartos en sí mismos. . Es necesario <i>saltar</i> de las fuentes formales a las materiales, para apreciar si las normas son <i>fieles, exactas y adecuadas</i>.
	<p>El desarrollo del trialismo ha incorporado las nociones de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fuentes espectáculo (se dictan para <i>aparentar</i> pero no para cumplirlas). - Fuentes de propaganda (se dictan para <i>ir persuadiendo</i> con miras a que más adelante se cumplan).
	<ul style="list-style-type: none"> - Las fuentes de conocimiento constituyen la ciencia jurídica y pueden ser <i>completas</i> o <i>incompletas</i> (en relación con su carácter más o menos representativo de la plenitud tridimensional del Derecho). Son los tratados, las tesis, las monografías, los manuales, las reseñas, etc. <i>individualmente</i> considerados y como <i>partes de un complejo</i> del conocimiento jurídico.
	<p>Las fuentes pueden ser a su vez:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Flexibles o rígidas (fácil o difícilmente modificables). - Elásticas o inelásticas (más o menos permisivas del cambio social). - Más o menos participativas (para la elaboración y las materias que resuelven).

e) Funcionamiento de las normas

Para que el **reparto proyectado** sea **reparto realizado** se requieren tareas de:

I) **Reconocimiento**: si la norma es considerada *vigente*, si es *aplicable* o es *desplazada* por otra, etc.

II) **Interpretación** (conocimiento de la *intención* y *fin* del repartidor). Se parte de la **interpretación literal** (con bases gramaticales y lógicas), se pasa a la **histórica** (auténtica voluntad del autor), **se comparan ambas** y en caso de *discrepancia* o *infidelidad*, se produce la **adaptación de la versión literal a la histórica** (por *extensión*, *restricción* o *sustitución*).

III) **Determinación**: en ella se desenvuelve la normatividad existente mediante la *reglamentación* y la *precisión* de normas y el *desarrollo* de principios.

IV) **Elaboración**: en ésta se advierte la clara relación con la realidad social diferenciada del autor de la norma y el encargado del funcionamiento. La elaboración procede cuando hay **carencia de norma** (“laguna” en el ordenamiento), es decir que no existe norma, porque *no fue hecha* o porque *se la descarta*. Puede existir entonces:

. **Carencia histórica**: no hay norma que contemple el caso.

. **Carencia dikelógica**: ocurre cuando el encargado del funcionamiento considera “*disvalioso*” lo que el autor de la norma quiso, y *lo descarta* (no ante cualquier aparente injusticia, sino cuando se trate del “mal menor”).

- Las carencias en las normas pueden originarse por contraste con la dimensión sociológica (*carencia histórica*) o con la dimensión dikelógica (*carencia axiológica* o *dikelógica*), por eso el normativismo extremo tiende a ignorarlas.

- La *elaboración* de la norma en los supuestos de carencia puede producirse por:

. **Autointegración** (recurso a la justicia “**formal**” respecto de lo que ya está consagrado en el ordenamiento normativo).

. **Heterointegración** (referencia a la justicia “**material**” de lo que se considera justo; para ello cabe la “*analogía*” y el empleo de los “*principios generales del Derecho*”).

<p>e) Funcionamiento de las normas</p>	<p>V) Aplicación: En ésta se realiza una doble gestión:</p> <ul style="list-style-type: none"> · Subsunción: Es el encuadramiento del caso en la norma y puede realizarse con un <i>método “histórico”</i> (que parte del encuadramiento del caso en el antecedente) o con otro <i>“sistemático”</i> (que se inicia con el encuadramiento de la pretensión en la conclusión). · Efectivización de la consecuencia jurídica. <p>VI) Argumentación: La complejidad del pensamiento jurídico hace necesaria esta tarea.</p> <p>VII) Síntesis: Tiene lugar cuando varias normas, que por separado podrían aplicarse a un caso, confluyen en él y no permiten esa aplicación (p. ej.: en el concurso real de delitos o en el concurso de derecho privado). En este caso es posible el <i>ordenamiento jerárquico de las normas</i>, la <i>reducción en sus alcances</i> o las <i>soluciones de dominación, coexistencia o integración de normatividades</i>.</p>
<p>f) Productos de las normas</p>	<p>Además del funcionamiento real, existe el funcionamiento conjectural, ya que se vive en base a la suposición de lo que podría pasar (p. ej.: en cuanto a pronunciamientos de los tribunales, decisiones de los particulares, etc.).</p>
	<p>Se reconocen conceptos con diversos grados de <i>“fuerza”</i> sobre la realidad, apareciendo una mayor institucionalidad (p. ej.: el concepto tradicional de matrimonio) o una mayor negocialidad (p. ej.: en las clases de contratos). De este modo puede advertirse mejor la <i>“presión”</i> mayor o menor que desde la lógica y los valores se hace sobre la realidad social.</p>

2) El ordenamiento normativo

<p><i>a) Concepto de ordenamiento normativo</i></p>	<p>Es la captación lógica neutral del ordenamiento de repartos. La norma está vigente cuando el reparto que capta forma parte del orden de repartos referido.</p> <ul style="list-style-type: none"> En el ordenamiento se desenvuelve el imperativo de la legalidad. <p>El ordenamiento normativo cumple funciones descriptivas e integradoras, pero en gran medida lo hace a través de las normas.</p> <p>Su fidelidad consiste en que refleje con acierto el contenido de la <i>voluntad de la comunidad</i> respecto del orden de repartos deseado (un ejemplo de infidelidad es la recepción del Código Civil suizo en Turquía).</p>
<p><i>b) Estructura del ordenamiento normativo</i></p>	<p>Si bien en este aspecto el trialismo original fueron en gran medida producto de la recepción de enseñanzas de la teoría “pura” del Derecho, una de las diferencias más significativas es la superación de la “habilitación”, ya que cuando un escalón inferior dispone lo contrario de lo que dice el superior y no hay más remedio para someterlo, simplemente <i>se reconoce que en los repartos el escalón inferior ha prevalecido sobre el superior</i>.</p> <p>Pueden estudiarse los <i>valores</i> que contienen las <i>relaciones verticales y horizontales de producción y de contenido</i> entre las normas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Verticales de producción</i>: se reconoce la subordinación - <i>Verticales de contenido</i>: la ilación - <i>Horizontales de producción</i>: la infalibilidad - <i>Horizontales de contenido</i>: la concordancia El <i>conjunto del ordenamiento</i> satisface la coherencia.

<p>b) Estructura del ordenamiento normativo</p>	<p>. La comprensión de las normas como <i>modelos en relación con los hechos y con otras normas</i> ha sido encarada en la teoría de las respuestas jurídicas, que permite diferenciar el <i>núcleo</i> y los <i>aspectos marginales</i> de la solución, destacándose:</p> <ul style="list-style-type: none">- Los fenómenos de plusmodelación, minusmodelación y sustitución de los modelos.- La relación no acumulativa o acumulativa con otras respuestas.- Las vinculaciones de coexistencia de unidades independientes, en vías de dominación, integración, desintegración o aislamiento relativo de las soluciones.. Cuando la <i>plusmodelación</i>:<ul style="list-style-type: none">- se refiere a lo <i>conceptual y a lo fáctico</i>, la respuesta se expande- se refiere sólo a lo <i>conceptual</i>, se produce la inflación de la respuesta- se refiere principalmente a lo fáctico, se presenta su sobreactuación. Cuando la <i>minusmodelación</i>:<ul style="list-style-type: none">- se refiere a lo <i>conceptual y a lo fáctico</i>, la solución se reduce- se refiere sólo a lo <i>conceptual</i>, se produce la deflación de la respuesta- se refiere exclusivamente a lo <i>fáctico</i>, se origina su vaciamiento. Según que la sustitución se produzca en <i>ambos despliegues o principalmente en uno de ellos</i> se presenta su suplantación total, conceptual o fáctica.
--------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p><i>c) Clases de ordenamientos normativos</i></p>	<p>Según quien posea la <i>facultad residual de elaborar normas</i> para los casos de <i>carenica</i>, los ordenamientos pueden ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Meros órdenes: cuando los encargados del funcionamiento deben <i>consultar</i> al autor. Los órdenes evidencian una tensión social mayor entre el <i>autor del ordenamiento</i>, que conserva la función de elaboración residual, y los <i>encargados del funcionamiento</i>. - Sistemas: en los que esos encargados deben resolver, sea: <ul style="list-style-type: none"> . Conforme a su criterio de autointegración o heterointegración (<i>sistemas materiales</i>). En los sistemas materiales la tensión es menor y los depositarios de la función elaboradora residual son los encargados del funcionamiento. . Aplicando una cláusula de cierre (<i>sistemas formales</i>, p. ej.: en el Derecho Penal liberal). En los sistemas formales el <i>autor del ordenamiento</i> traslada la función elaboradora residual a los <i>beneficiarios de la cláusula de cierre</i>, habitualmente la población general.
	<p><i>Diversos tipos de ordenamiento normativo</i> son muestras de distintos <i>tipos de régimen</i>. En general hay una tendencia a que los <i>procesos revolucionarios</i> se expresen al principio como <i>órdenes</i> y luego se consoliden en <i>sistemas</i>.</p>
<p><i>d) Origen del ordenamiento normativo</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> . Carácter disyuntivo de la norma hipotética fundamental: El trialismo refleja el cumplimiento de los <i>pactos</i> o la <i>obediencia al constituyente histórico</i> pero a la vez admite los repartos autónomos, a la par de los autoritarios. . Con el carácter disyuntivo queda mejor reflejada la diversidad de vertientes de la realidad social.
<p><i>e) Funcionamiento del ordenamiento normativo</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se produce a través del <i>funcionamiento de sus normas</i>, pero profundizando en él se advierte que hay despliegues que resultan de cierta manera modificados. - El <i>reconocimiento</i>, el <i>elemento sistemático de la interpretación</i> y la <i>síntesis</i> adquieren especial significación en la perspectiva de conjunto.

<p><i>f) Productos del ordenamiento normativo</i></p>	<p>Habitualmente la función integradora del ordenamiento se vale de los <i>conceptos</i> y las <i>materializaciones</i> de las normas. Pero en algunos casos son <i>propios</i>, por ejemplo, los conceptos de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - unidad del ordenamiento - antijuridicidad - orden público - “constituyente histórico”
<p>3) Categoría básica de la dimensión normológica:</p>	<p>. “Verdad”: referida sobre todo a la <i>realidad social</i>. Al tratarse de una categoría “pantónoma”, sólo puede ser abarcada mediante fraccionamientos productores de certeza. Pero en éste como en todos los casos, el fraccionamiento es <i>legítimo</i> sólo cuando no es viable <i>desfraccionar</i>.</p> <p>. Toda referencia desde la lógica normativa a la realidad de los hechos hay que hacerla teniendo en cuenta las <i>limitaciones de la verdad</i> que las normatividades pueden realizar.</p>

c) Método jurídico-dikelógico

<p><i>1) Concepto de la justicia como valor</i></p>	<p>Los valores son entes ideales exigentes (contienen un “deber ser” ideal). Según Goldschmidt los valores son objetivos y “naturales”, mientras que para Ciuro Caldani se tratan de identidades “construidas”.</p> <ul style="list-style-type: none"> . A partir del concepto de valor es posible diferenciar la: - Axiología dikelógica (consideración <i>formal</i>). Esta tiene de modo notorio un valor más <i>generalizable</i> para cualquier contenido de la justicia. - Axiosofía dikelógica (consideración <i>material</i>).
-----------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2) Perspectivas especiales de la justicia

1') Axiología dikelógica

1'') La justicia aislada

	<p>El valor se manifiesta en despliegues de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Valencia (<i>deber ser puro</i>; p. ej.: “La justicia debe ser”). - Valoración (<i>deber ser aplicado</i>; “Esta muerte de un hombre por otro debe ser sancionada”). - Orientación (mediante <i>criterios generales</i>; “La muerte de un hombre por otro debe ser sancionada”). <p>. En cuanto a la <i>valoración</i>, se aprecia que la justicia es una categoría “<i>pantónoma</i>”, es posible sin embargo abarcárla mediante fraccionamientos productores de seguridad jurídica. El <i>método del fraccionamiento</i> de la justicia permite analizar o sintetizar los despliegues de valor que se apartan o se atienden, aunque la decisión al respecto debe surgir al fin de los contenidos que indican cuándo es legítimo hacer una u otra cosa.</p> <p>. Para mejorar las valoraciones es posible emplear el método de las variaciones.</p> <p><i>El pasado, el presente y el porvenir</i> han de ser abarcados en el propio caso y en otros casos, en los complejos personal, temporal y real y en las consecuencias.</p> <p><i>La consideración de la injusticia</i> es un método de importancia para descubrir lo justo.</p> <p>Lo justo no es necesariamente universal ni eterno, sino que ha de establecerse <i>respecto de cada situación (equidad)</i>.</p> <p>La valoración puede señalar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - el deber ser aplicado genérico de que algo “debe ser” (deber ser <i>actual</i>) - el deber ser aplicado personal (deber ser <i>de actuar</i>) . La clara diferenciación de ambos ayuda a no asumir empresas personalmente imposibles y a no desertar de lo posible. . Se puede reconocer que para quien no es posible el reparto justo, al alcance de otros, el reparto más valioso es “<i>justificado</i>”.
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>b) Clases de justicia</p>	<p>El trialismo originario utilizó las enseñanzas de Aristóteles sobre las clases de justicia, o sea respecto de los métodos para su reconocimiento, subrayando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - el <i>carácter relativo</i> de la justicia distributiva - el <i>carácter absoluto</i> de la justicia correctiva. . La evolución de la teoría ha ampliado las clases de justicia: <p>I) Según que los elementos del reparto sean considerados <i>en aislamiento</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consensual o extraconsensual - Con o sin acepción (<i>consideración</i>) de personas - Simétrica o asimétrica (de fácil o difícil <i>comparabilidad</i> de las potencias e impotencias) - Monologal y dialogal (con una o varias <i>razones</i>) - Comutativa o espontánea (sin o con “<i>contraprestación</i>”) <p>II) Según que los elementos del reparto sean considerados <i>en conjuntos</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Partial y gubernamental (<i>proveniente de parte</i> del conjunto o del <i>todo</i>) - Sectorial o integral (<i>referida a parte</i> del conjunto o al <i>todo</i>) - De aislamiento o de participación - Absoluta o relativa - Particular o general (en este último caso, tendiente al <i>bien común</i>)
<p>c) Fuentes de la justicia</p>	<p>En sentidos más <i>dinámicos</i>, es factible tener en cuenta la justicia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - De partida y de llegada - Rectora y correctora <p>Los <i>métodos</i> para reconocer la justicia ayudan a individualizar diversos <i>estilos culturales</i> de pensamiento al respecto.</p> <p>Goldschmidt diferenciaba valores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Naturales (que se manifiestan como cualidades que encontramos en la realidad) - Fabricados (puestos por los hombres) . Esta diferenciación se atenúa si se piensa que los valores son construidos.

<p><i>d) Funcionamiento de la justicia</i></p>	<p>Como todo valor, el de la justicia requiere tareas de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento - Asunción - Ejecución <p>. Para el funcionamiento, vale contar con la: virtud, que puede ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - meramente intelectual: cuando se busca lo valioso sabiendo que lo es pero <i>no por adhesión al valor</i> (no matar pensando que es injusto, pero sólo por temor al castigo) - moral: cuando se busca lo valioso <i>por adhesión al valor</i> (no matar porque se piensa que es injusto)
<p><i>e) Productos de la justicia</i></p>	<p>La proyección de la justicia a la realidad social produce materializaciones, que pueden ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - personales (inocente, culpable) - no personales (cárcel, el sentido de lugar de “repersonalización”) <p>. Es interesante detectar <i>coincidencias y discrepancias</i> entre las materializaciones producidas por las normas y las que produce la justicia.</p>
<p>2'') La justicia en el complejo axiológico</p>	
<p><i>a) Concepto de complejo axiológico</i></p>	<p>Se constituye con la justicia y el resto de los valores con los que ésta tiene que vincularse en el Derecho.</p> <ul style="list-style-type: none"> . Como “deber ser” los valores <i>se atraen entre sí</i> . En sus particularidades suelen <i>conflictuarse (crisis)</i>
<p><i>b) Estructura del complejo axiológico</i></p>	<p>Existen <i>distintos niveles</i> constituidos por los valores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Absolutos: siempre resultan valiosos (como la justicia) - Relativos: pueden ser o no valiosos en relación con otros valores (como el poder, la cooperación, etc.)
	<p>La humanidad es el deber ser cabal de nuestro ser y valor supremo a nuestro alcance.</p>
<p><i>c) Clases de complejos axiológicos</i></p>	<p>Pueden ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Totalizadores (en cuanto a los <i>valores en sí</i>, como la Universidad). - Parciales (en cuanto a la <i>realidad que valoran</i>, como la Facultad).

<p><i>d) Fuentes del complejo axiológico</i></p>	<p>- “Positivos” o “hipotéticos” (el enfoque “positivo” considera que el hombre debe ser porque Dios lo dispuso y de allí extrae consecuencias, el “hipotético” estima que “si el hombre debe ser” surgen ciertas consecuencias).</p> <p>- Teológicos, antropológicos o cosmológicos.</p> <p>Respecto del conocimiento de la justicia, cabe diferenciar posiciones referidas a la <i>revelación</i>, a la <i>razón</i>, al <i>sentimiento</i> o a la <i>experiencia</i>.</p>
<p><i>e) Funcionamiento del complejo axiológico</i></p>	<p>Tienen lugar aquí las <i>relaciones entre valores</i>:</p> <p>a) Relaciones consideradas legítimas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los valores <i>coadyuvan</i> entre sí en sentido <i>vertical</i> de contribución u <i>horizontal</i> de integración - <i>O se oponen</i> en términos de sustitución <p>b) Relaciones consideradas ilegítimas (<i>secuestro</i>):</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Ascendente, subversión</i> - <i>Descendente, inversión</i> - En el <i>mismo nivel, arrogación</i>
<p><i>f) Productos del complejo axiológico</i></p>	<p>. Aunque los productos de los valores en el Derecho están en principio dominados por los que origina la justicia, en realidad todos los otros valores también tienen semejante función integradora y hay resultados del complejo, entre los cuales se destacan los productos del valor humanidad, que tienen un sentido propio, pero se nutren de todos los otros valores.</p> <p>. La humanidad se desenvuelve por la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, la justicia, el amor, la santidad, etc. y agrega el “<i>plus</i>” de valor de cada hombre, incorporando ese sentido múltiple a todos los individuos.</p>
<p>2') Axiosofía dikelógica</p>	
<p>1'') La justicia de los repartos y de las normas</p>	
<p>1''') La justicia de los repartos aislados</p>	
<p><i>a) Concepto de reparto</i></p>	<p>Es posible discutir si es <i>preferible</i> que las adjudicaciones provengan de repartos o de distribuciones.</p>

	<p>Hay que considerar aquí la <i>legitimidad</i> de los repartidores, los recipiendarios, los objetos, la forma y las razones.</p>
<p>b) Estructura del reparto</p>	<p>I) La <i>justicia de los repartidores</i> puede referirse a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - la autonomía de todos los interesados (para que <i>cada uno reciba lo que desea para sí</i>) <ul style="list-style-type: none"> - la aristocracia (apoyada en la <i>superioridad moral, científica o técnica</i>) <ul style="list-style-type: none"> . Cuando la <i>autonomía es imperfecta</i> se reconocen los repartidores: <ul style="list-style-type: none"> a) paraautónomos (p. ej.: los árbitros), apoyados en el consenso de todos los interesados en que sean ellos quienes repartan, aunque luego lo hagan autoritariamente. b) infraautónomos (democráticos), fundados en el apoyo de una mayoría. c) criptoautónomos (p. ej.: los gestores de negocios ajenos sin mandato), contarán con el acuerdo de los interesados en caso que éstos supieran de su adjudicación. d) antiautónomos o “de facto”, carecen de todo título de legitimidad.
	<p>II) En cuanto a los recipiendarios, pueden reconocerse:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Merecimientos: originados en la naturaleza - Méritos: basados en el propio comportamiento . Se diferencian los títulos de <i>necesidad y calidad</i>.
	<p>III) Con miras a reconocer los objetos “repartidores”, que merecen ser repartidos, el trialismo atiende a <i>dar o quitar vida</i>, a la <i>creatividad</i>, a la <i>propiedad</i>, etc.</p>
	<p>IV) La forma justa del reparto ha de asegurar la audiencia de los interesados:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En relación con los <i>repartos autoritarios</i>, la forma debida es el proceso y no la mera imposición. - Respecto de los <i>repartos autónomos</i> es la negociación y no la mera adhesión.

<p><i>c) Clases de repartos</i></p>	<p>. Los repartos autónomos son preferibles a los autoritarios porque <i>respetan más la esfera de libertad de los recipientes y hacen presumir que el resto de sus aspectos también es justo.</i> . La <i>cooperación</i> es preferible al <i>poder</i>, aunque ambos son relativos con miras a la <i>justicia</i>.</p>
<p><i>d) Origen de los repartos</i></p>	<p>Las tareas que llevan a la <i>realización</i> de repartos, de <i>reconocimiento, decisión</i> y <i>efectivización</i>, deben cumplirse con miras a la <i>justicia</i> de los mismos, no admitiéndose la <i>mera voluntad</i> de repartir.</p>
<p><i>e) Funcionamiento de los repartos</i></p>	<p>Puede ser valorado como la lucha permanente por hacer realidad repartos justos, superando en lo posible los límites necesarios que se les opongan, pero no tropezando de modo que se llegue a repartos frustrados que incluso pueden ser contraproducentes.</p>
<p>2''') La justicia de las normas aisladas</p>	
<p><i>a) Concepto de norma</i></p>	<p>. La norma se vincula con los hechos y con la justicia. . Las consideraciones de justicia son más fáciles e importantes cuando lo que se tiene en cuenta no son sólo las normas sino la <i>realidad de la vida de los hombres</i>.</p>
<p><i>b) Estructura de la norma</i></p>	<p>. La norma, con su <i>antecedente</i> y su <i>consecuente</i> y sus respectivas <i>características positivas y negativas</i>, posibilita mejor la <i>sistematización</i> de las consideraciones de justicia. . El valor de la solución puede entenderse mejor por la senda del <i>equilibrio debido</i> entre las partes de las normas.</p>
<p><i>c) Clases de normas</i></p>	<p>La clasificación de las normas abre cauces a la mejor comprensión de la referencia al pasado y al porvenir, cuyo equilibrio es tan significativo desde la <i>pantonomía</i> de la justicia. La <i>predecibilidad</i> y la <i>inmediatez</i> han de ser “para la justicia”.</p>

<p><i>d) Fuentes de las normas</i></p>	<p>. Las fuentes formales de las normas y su complejo deben ser entendidos en relación con la mejor realización de la justicia, por cauces de más o menos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - flexibilidad o rigidez - elasticidad o inelasticidad - participación o selectividad <p>. Por ejemplo, puede ser injusto que algunas cuestiones necesitadas de soluciones dinámicas sean resueltas con la rigidez de normas constitucionales que, además, suelen hacerse inelásticas, o que la participación en el debate con el que se elaboran las leyes sea sustituida por su limitación en la firma de tratados, luego sólo aprobados o rechazados en los parlamentos.</p>
	<p>Importa también aquí la <i>jerarquía de las fuentes</i> entre Derecho Internacional y Derecho Interno.</p>
	<p>Puede considerarse la <i>justicia de las distintas clases de fuentes de conocimiento</i>. Tal vez, por ej., el frecuente predominio de las fuentes que son meras reseñas de leyes puede no resultar justo para la comprensión de la plenitud del Derecho y de la vida.</p>
<p><i>e) Funcionamiento de las normas</i></p>	<p>. Por <i>sendas de funcionamiento diversas</i> se llega a respuestas aceptablemente justas.</p> <p>. La teoría trialista del funcionamiento ha de ser un instrumento para el <i>control científico</i> del mismo, pero ante el autoritarismo legalista, es factible que resulte conveniente producir, p. ej., carencias dikelógicas ocultas, como sucede habitualmente (empleando, v. gr. la argumentación kelseniana).</p>
<p><i>f) Productos de las normas</i></p>	<p>Es importante reconocer las <i>coincidencias</i> y los <i>conflictos</i> que pueden plantearse entre las materializaciones producidas por las normas y por la justicia. Es relevante investigar, por ej., si los legisladores, los jueces, los abogados, las cárceles, etc. <i>merecen serlo</i>.</p>

2'') Las justicia del orden de repartos y del ordenamiento normativo

1'') La justicia del orden de repartos

	<p>El <i>valor orden, propio del régimen, no es idéntico a la justicia</i>, pero puede contribuir de modo importante a lograrla, en la medida que el orden se encamina a la <i>justicia pacífica</i>. La <i>arbitrariedad</i> tiene, en cambio, fuertes ingredientes de <i>injusticia</i>.</p>
	<p>Para satisfacer el principio supremo de justicia, el régimen ha de ser humanista (debe tomar a cada hombre como fin y no como medio).</p>
<p>a) <i>Concepto de orden de repartos</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> . Cuando el hombre es tomado como <i>instrumento de los demás</i>, el régimen es <i>ilegítimo</i>, denominándose totalitario. . Existen distintos totalitarismos: <ul style="list-style-type: none"> - en <i>sentido amplio</i>, que abarca toda mediatisación del ser humano. - en <i>sentido estricto</i>, cuando la beneficiaria es la sociedad. - del <i>individualismo</i>, cuando los beneficiarios son otros individuos.
	<ul style="list-style-type: none"> . El trialismo entiende que <i>todos los hombres deben ser reconocidos como únicos, iguales, e integrantes de una comunidad</i>. . El régimen debe servir a estos caracteres a través del liberalismo político, la democracia y la “res-pública” (<i>cosa común</i>).

<p>b) Estructura del orden de repartos</p>	<p>La ejemplaridad, por dejar al menos más libertad a los repartidores, <i>es en principio preferible</i> al plan de gobierno en marcha (salvo circunstancias particulares contrarias, cabe considerar que desde la <i>razonabilidad social</i> de la ejemplaridad los individuos dan curso a sus preferencias más profundas).</p> <p>Con miras a la <i>personalización</i> del individuo, el orden de repartos justo debe protegerlo contra todas las amenazas:</p> <ul style="list-style-type: none">I) de los demás individuos<ul style="list-style-type: none">a) como <i>individuos</i> (se consigue a través del Derecho de los Contratos, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc.).b) como <i>régimen</i> (se logra mediante <i>le fortalecimiento del individuo</i> –reconocimiento de los derechos humanos– y con el <i>debilitamiento del régimen</i> –división del poder–).II) de él mismo (se obtiene con la educación, la incapacidad de obrar, la pena que “resocializa”, etc.).III) de todo “lo demás” –enfermedad, miseria, ignorancia, etc.– (se logra en el curso de los servicios de salud, empleo, educación, etc.). <p>Las discusiones de los partidos políticos evidencian distintas estrategias en cuanto a esos medios para realizar el régimen de justicia:</p> <ul style="list-style-type: none">- El liberalismo se apoya en la protección contra el régimen- El socialismo se remite más al amparo respecto de los demás individuos y “lo demás”.- Cada situación requiere un <i>complejo de medios de protección</i> específico y <i>cada cultura se caracteriza por uno diverso</i>.- Es necesario considerar el equilibrio en cada situación para amparar satisfactoriamente al individuo.
---------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p><i>c) Clases de órdenes de repartos</i></p>	<p>En principio, el orden que más integre la complejidad del mundo es preferible al que la mutile, porque brinda más espacios de libertad: sería preferible un <i>orden “universal”</i> que integrara todas las diversidades de la vida en el planeta.</p> <p>De acuerdo con la <i>manera en que practique el humanismo</i>, el régimen puede ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> - abstencionista (básicamente preferible) –puede desviarse hacia el <i>individualismo</i>– - intervencionista (paternalista) –puede desviarse hacia el <i>totalitarismo</i>–
<p><i>d) Origen del orden de repartos</i></p>	<p>Gran parte del debate sobre la justicia se ha hecho entre el contractualismo y el organicismo. Es preferible que el orden de repartos sea pensado desde <i>bases contractualistas</i>.</p>
<p><i>e) Funcionamiento del orden de repartos</i></p>	<p>No obstante que la legitimidad de la conservación y el cambio depende de cada situación, es preferible como base para la construcción el cambio y en particular, la evolución.</p>
<p>2''') La justicia del ordenamiento normativo</p>	
<p><i>a) Concepto de ordenamiento normativo</i></p>	<p>Las consideraciones de justicia son más fáciles e importantes cuando lo que se tiene en cuenta no es sólo el ordenamiento sino la realidad de la vida de los hombres.</p> <p>La justicia jerarquiza el requerimiento de fidelidad del ordenamiento como expresión de la <i>auténtica voluntad de la comunidad</i> respecto del orden de repartos deseado y el imperativo de la legalidad. Esta y la legitimidad no son sinónimos, pero en la segunda hay importantes ingredientes de exigencia de la primera.</p>

b) Estructura del ordenamiento normativo	<p>Los valores inherentes al ordenamiento, que culminan en la coherencia, no son idénticos a la justicia, pero pueden contribuir de modo importante a lograrla. En la medida que la coherencia se encamine a la justicia vale como armonía.</p>
c) Clases de ordenamiento normativo	<p>. Sistema material: dada la posibilidad que tienen todos los encargados del funcionamiento de las normas de este sistema de integrar sus lagunas, esta clase de ordenamiento es en principio más <i>abierta al ingreso de múltiples consideraciones de justicia</i> y por lo tanto resulta básicamente preferible.</p> <p>. Sistema formal: con miras a la seguridad de los gobernados, <i>es más adecuado el que les permite hacer todo lo que no esté prohibido</i>.</p>
d) Origen del ordenamiento normativo	<p>La norma hipotética fundamental que indica el trialismo recoge en amplitud las posibilidades de realización de la justicia por vía autónoma o autoritaria. A la luz de la preferencia que tiene la primera, el carácter disyuntivo adquiere especial significación.</p>
e) Funcionamiento del ordenamiento normativo	<p>Es válido aquí lo expuesto respecto de la justicia del funcionamiento de las normas en general.</p>
	<p>En relación con las particularidades de éste, las perspectivas de interpretación sistemática y de síntesis tienen particular afinidad con la consideración de la <i>pantomomía de la justicia</i> como influencia de los otros repartos.</p>
f) Productos del ordenamiento normativo	<p>. Son la unidad, la antijuridicidad, el orden público, etc.</p> <p>. Pueden ser relevantes para expresar la <i>plenitud de la pantomomía de la justicia</i>, del <i>complejo axiológico</i> y del <i>régimen de justicia</i>.</p>

NOTAS SOBRE INVESTIGACIÓN JURÍDICA CUANTITATIVA

ELVIO GALATI *

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo comentar la metodología de la investigación “cuantitativa” que plantea Juan Samaja.

No nos proponemos la investigación de cualquier problema, sino de aquellos que interesan al “Derecho”. Realizaré una fundamentación del aspecto jurídico sobre la base de la teoría trialista del mundo jurídico; para luego seguir con la fundamentación metodológica.

Comienzo por la fundamentación jurídica porque el investigador siempre se forma en la solución de problemas de una disciplina específica, para luego reflexionar acerca de cómo investigó y cómo entiende aquello sobre lo que investigó.

Las disquisiciones teóricas irán acompañadas de un ejemplo que recorrerá todas las ramificaciones del trabajo. Se planteará la averiguación de las causas de la lentitud del Poder Judicial en la resolución de los litigios.

1. Dimensión conceptual de la investigación

1.1. Aspecto jurídico

Werner Goldschmidt funda el trialismo¹ sobre las bases del tridimensionalismo. El ámbito jurídico, a lo largo de su historia, ha recorrido caminos de simplificación de su objeto de estudio al considerarlo sólo normas, es decir: leyes, decretos, sentencias; en suma, aquello que consta en el Boletín Oficial. Ejemplo de ello es la postura depuradora de Hans Kelsen²,

* Becario doctoral del CONICET. Jefe de Trabajos Prácticos de Filosofía del Derecho e investigador del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR. E-mail: egalati@infovia.com.ar

1 Para más precisiones véase a GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., Bs. As., Depalma, 1987, y a CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

2 Que desarrolló su pensamiento en Viena; ciudad que luego tomaría el nombre para designar al “Círculo”, donde desarrollarían su pensamiento epistemólogos verificacionistas y falsacionistas, bajo el abrigo del positivismo o empirismo lógico.

quien no consideraba a la sociología (jurídica) como parte del análisis del Derecho, ya que derivaba dicho estudio a las ciencias de la naturaleza, y consideraba a la justicia como un tema en donde predominaban las opiniones personales, variables, y analizables sí por la política. Este fue un intento fruto de la modernidad, del empirismo y del contemporáneo logicismo o “giro lingüístico” en ciencias.

Pero nuestro contacto con la realidad nos muestra que las normas tienen un proceso que las genera y que fluye por “debajo” de ellas, a la vez que son hechas para beneficiar y/o perjudicar; que tienen un camino de participación y audiencia de los interesados, o no; que gozan o no de aceptación en la sociedad; y que pudieron existir de entre varias alternativas. Mientras que todo esto que se da en el campo del “ser”, de lo que es, puede no coincidir con el ámbito del “deber ser”, del valor, más precisamente de la justicia: la especial exigencia que hace del Derecho una disciplina autónoma³.

1.2. Aspecto metodológico

1.2.1. Una hipótesis es una conjetura a la solución de un problema y una hipótesis de trabajo es una predicción que deberá ocurrir en el mundo de los hechos, si fuese que la hipótesis (sustancial) es cierta: “La explicación científica [...] ya no centra su esfuerzo en la búsqueda de la asimilación del objeto por un sistema teórico, sino, en la búsqueda de hipótesis que tengan una buena capacidad predictiva, incluso aunque ella vaya en contra de la comprensión racional”⁴.

1.2.2. Momentos del proceso de investigación

La idea central de Samaja es describir y explicar la mecánica de trabajo de un científico, aunque este último no tome conciencia de ello. Por esto, señala en relación con la fundamentación epistemológica que “[...] la descripción más leal a la *praxis efectiva* de la investigación científica nos muestra que en el científico [...] se mancomunan las diversas fuentes de validación que la humanidad ha ido construyendo [...]”⁵. Es decir, el método de la tenacidad, la autoridad, la reflexión y el método hipotético deductivo⁶. De alguna manera, estos métodos nutren lo que Samaja llama el “proceso de la ciencia” a través de las diversas

3 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

4 SAMAJA, Juan, “La ciencia como proceso de investigación y dimensión de la cultura”, parte 1, digitalizado, (por atención del autor).

5 SAMAJA, Juan, “Semiótica de la ciencia. Los métodos; las inferencias y los datos a la luz de la semiótica como lógica ampliada”, digitalizado, en prensa (por atención del autor).

6 O de la ciencia. Me resisto a asimilar el método de la eficacia con el de la ciencia. Creo que la ciencia no puede asimilarse al método hipotético-deductivo. Puede verse en tal sentido mi artículo “Karl Popper y el falsacionismo falsado. Aportes al mundo jurídico desde la Filosofía de la Ciencia”, en “Investigación y Docencia”, N° 37, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004, págs. 65/82.

etapas del proceso de investigación; las cuales, no pueden verse como compartimentos estancos, sino en una relación de ida y vuelta, y de continua interrelación.

1.2.2.1. Un primer momento está constituido por las condiciones de realización. Aquí se hace referencia al:

[...] conjunto de creencias, contextos institucionales y técnicos que preceden, constituyen sus condiciones históricas, y ponen las condiciones de contorno de todo proceso de investigación. La experiencia social, con sus atravesamientos económicos y políticos [...]”⁷.

“No se trata [...] de enseñar a investigar prescribiendo recetas, sino mediante la discusión de los conocimientos disponibles sobre el proceso de la investigación”⁸. Y el gran debate en este sentido está dado por la inclusión de la dimensión social de la ciencia en su estudio sistemático, es decir, como parte de la epistemología, y de la metodología⁹. En el ejemplo guía que nos planteáramos, la influencia de intereses económicos y políticos puede decidir la suerte de una investigación¹⁰. El Poder Judicial es uno de los llamados poderes del Estado, y puede consultarse la constitución en tal sentido. Aunque ella no dirá todo lo que ocurre en la vida del Derecho¹¹. Ferdinand Lassalle, en su libro “¿Qué es una constitución?”¹², nos muestra que junto con los poderes oficiales, hay otros que actúan informalmente y que dan vida al texto escrito.

1.2.2.1.1. Y en el caso de la lentitud del Poder Judicial, aventuramos una hipótesis por la cual la misma puede deberse a su falta de idoneidad, la cual está dada por el hecho de que no ingresen mayormente en sus filas, profesionales capacitados, sino personas ligadas por vínculos parentales o de amistad, los cuales no son garantía de sapiencia a los fines de la resolución justa de litigios. Decía Goldschmidt que jurista es el que a sabiendas reparte con justicia¹³. Y repartirá con justicia quien tenga pleno conocimiento del Derecho, de todos sus componentes; no descuidando la influencia que la economía, el poder y la religión ejercen en él.

1.2.2.2. Luego se destacan los cursos de acción, donde se hace referencia a los “[...]

7 SAMAJA, “La ciencia...” cit. “[...] todo proceso de investigación forma parte de un desarrollo más vasto: el desarrollo de la historia en la que se genera todo producto científico [...]”. SAMAJA, Juan, “Epistemología y metodología: elementos para una teoría de la investigación científica”, 3^a ed., Bs. As., Eudeba, 1999, pág. 43.

8 Íd., pág. 14.

9 Véanse al respecto las enseñanzas de Thomas Kuhn; por ejemplo, en “La estructura de las revoluciones científicas”, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

10 Puede ser que para algunos estudiosos no sean claros estos factores; o que se traten de ocultar deliberadamente. De allí que nuestra tarea sea la de “de-velarlos” a la población.

11 “[...] sería lícito sostener que las leyes son de cierto modo una novela rosa comparada con la realidad social”. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 14.

12 LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957, págs. 54 y 55.

13 Op. cit., pág. XV.

procedimientos destinados a descubrir aspectos desconocidos de los objetos [modo de descubrimiento], y [...] los procedimientos para demostrar o corroborar la pretensión de verdad de un conocimiento que ya se cree tener [modo de validación]”¹⁴. Es la tarea específica de la metodología.

1.2.2.3. Sigue en el orden lógico, el producto del proceso de investigación científico, considerado como “[...] la obra resultante del proceso, la cual se manifiesta siempre como un texto”¹⁵.

1.2.3. Edades del proceso de investigación

El “[...] proceso de investigación científica [...] [hace] referencia a la totalidad de las acciones que se ponen en juego en el curso del proceso cuyo producto final es [...] [lo] que se denomina ‘conocimiento científico’”¹⁶. Las edades que pueden observarse en dicho proceso son, según Samaja: la exploración, la descripción, la verificación de hipótesis causal, la modelización matemática, y la sistematización teórica.

1.2.3.1. Exploración

Aquel que decide encarar un proceso investigativo, intentará ampliar los saberes existentes¹⁷. Para ello avanzará “[...] revisando la literatura preexistente, enriqueciendo sus criterios [...] mediante entrevistas a informantes claves y calificados; e, incluso, realizando diversas incursiones al terreno mismo en el que se producen hechos relevantes del campo temático”¹⁸.

1.2.3.2. Descripción

Consiste en “[...] delimitar [...] el campo empírico en el cual el investigador intentará corroborar sus hipótesis, haciendo predicciones acerca de los hechos que espera que se produzcan [...]”¹⁹. De manera que, según Samaja, “[...] el objeto de investigación (que se materializa en un conjunto de unidades a describir) termina siendo siempre un objeto demarcado por un número finito de variables que resultan relevantes, en la perspectiva de una cierta teoría.” (op. cit.). Es lo que llamará “objeto modelo”.

Luego dice que la selección de las variables de las unidades de análisis, es decir, los aspectos relevantes a investigar del objeto de estudio, se realiza en función de la

14 SAMAJA, “La ciencia...” cit.

15 Id. La existencia de Sócrates, quien desarrollaba sus enseñanzas oralmente, al punto de que no se le conocen escritos, problematiza esta afirmación.

16 SAMAJA, Juan, “Proceso, Diseño y Proyecto en investigación científica. Cómo elaborar un proyecto sin confundirlo con el diseño ni con el proceso”, Bs. As., JVE, 2004, pág. 47.

17 Aunque frente a la concepción “acumulativa” del conocimiento, existen otras, como la “paradigmática”. Véase KUHN, op. cit.

18 SAMAJA, “La ciencia...” cit.

19 Id.

“precomprensión modelizante”, es decir, el conjunto de saberes (creencias, tradiciones, etc.) del lugar y tiempo de que se trate.

1.2.3.3. Verificación de hipótesis

Se tiende a “[...] identificar [...] cuáles son regularidades fácticas que pueden ser consideradas, hipotéticamente, relaciones de determinación (atributivas, causales o comunicacionales)”²⁰.

1.2.3.3.1. Al respecto pueden verse también voces en contra de las hipótesis.

“Nunca estoy seguro de lo que es significativo como para formular hipótesis hasta que he llegado a alguna intimidad con la situación; [...] una vez formulada, toda hipótesis se convierte en obligatoria hasta cierto punto; [...] existe el peligro de que la hipótesis sea estimada por sí misma y actúe como un símbolo abusivo de la ciencia”²¹.

1.2.3.3.2. Relacionando el mundo jurídico con el mundo epistemológico, la resolución de problemas mediante una hipótesis, se parece a tratar de resolver los problemas sociales mediante una ley. Esta enuncia que, dado un determinado hecho que pueda enmarcarse en un antecedente, deberá aplicarse su consecuente. Se presupone que para la solución del problema, debe acaecer en el mundo la consecuencia predicha por la ley. La solución al problema es la que marca la ley. Al igual que para el problema científico, la solución es la que marca la hipótesis²². Lo cual no se condice con nuestra concepción acerca de lo que el Derecho es.

1.2.3.4. Formalización y modelización matemática

Se trata de realizar una “[...] explicitación de los vínculos lógicos involucrados en todas estas relaciones”²³.

Aquí puede verse la clásica disputa entre los partidarios del otrora positivismo, corriente que pretende explicar estableciendo relaciones causales entre hechos, el actual empirismo lógico, y cuantitativistas; y por otro lado, los hermeneutas, comprensivistas, críticos, o cualitativistas.²⁴

20 Íd.

21 Frase de Melville Dalton (1964). Extraída de TAYLOR, S. J. y BOGDAN, R., “Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados”, Bs. As., Paidós, 1986, pág. 32.

22 “[...] los enunciados científicos, puesto que deben ser contrastables intersubjetivamente, han de tener siempre el carácter de hipótesis universales”. POPPER, “La lógica...” cit., pág. 44, nota 5.

23 SAMAJA, “La ciencia...” cit.

24 Puede verse mi artículo “Comentarios al libro “Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales”, de J. M. Mardones y N. Ursua. (Reflexiones sobre Epistemología y Derecho)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 145-157.

1.2.3.5. *Sistematización teórica*

Con este tópico Samaja alude a la necesidad de contar con un cuerpo de ideas unificado lógicamente. “[...] ese creciente cuerpo de ideas llamado ‘ciencia’, que puede caracterizarse como conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible”²⁵, rememora a las palabras de Saussure con relación a que no es “[...] difícil descubrir una nueva idea, sino encontrarle un lugar en el sistema de las ideas ya establecidas [...]”²⁶.

1.2.4. *Aspectos epistemológico-metodológicos. Formas de inferencia*

Aquí se tratará lo relativo a los mecanismos por los cuales se intentará “[...] acotar la tarea [de la investigación científica], en cuyo caso se vuelve arbitraria y dogmática; o [se pretenderá] [...] ser leal a los hechos mismos, en cuyo caso se vuelve imposible, porque ninguna tarea infinita puede ser realizada [...]”²⁷. Se trata de hacer referencia a las tres grandes soluciones que tratan de resolver los problemas científicos: el apriorismo o deductivismo, el empirismo o inductivismo y el construcciónismo.

1.2.4.1. Para el apriorismo, racionalismo o *deductivismo*, “[...] toda investigación contiene como presupuesto un cierto marco teórico y [...] ciertas hipótesis”²⁸. De manera que los “[...] cursos de acción arrancan de ideas y teorías generales y progresan por vía de deducción [...]”²⁹. “La deducción garantiza la apodicticidad de las conclusiones pero sólo a condición de que se conceda la verdad de las premisas. En caso de que se desconozca el valor de verdad de ellas, la potencia de la deducción se esfuma [...]”³⁰.

1.2.4.1.1. Analizando cada una de las hipótesis se observa el marco teórico del que proceden, ya que, como señala Samaja “La propuesta apriorista o deductivista le insinuará al investigador que ha partido de una teoría *a priori* [...]”. En el caso de la mala paga a los empleados, se parte de la base del salario y de su influencia en las condiciones de “respuesta” del empleado; no cuestionándose si debe o no percibir salario, ya que el marxismo diría que debe recibir lo que necesita o según lo que produce, pautas en función de las cuales el capitalismo, muchas veces, no mide el componente monetario del salario, más bien estimado por su relación con otros salarios, las disponibilidades empresariales, los vaivenes de la economía, etc.

1.2.4.1.2. En la hipótesis que hace referencia a los vicios en el mecanismo de selección de los jueces y funcionarios se parte de la base de que la administración de justicia debe recaer en manos de agentes especializados, y no de la misma comunidad, como ocurre en gran medida en Estados Unidos de América, por ejemplo. También se acepta que el mecanismo de

25 BUNGE, Mario, “La ciencia su método y su filosofía”, Bs. As., Siglo Veinte, 1985, pág. 9.

26 SAMAJA, “La ciencia...” cit.

27 SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 53.

28 Íd.

29 SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2.

30 SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 54.

selección no incluye a los ciudadanos como electores.

1.2.4.1.3. La hipótesis sobre la escasa preparación jurídica de los abogados para resolver conflictos extrajudicialmente, no se basa en una teoría estatalista del Derecho, como la de Kelsen. Quien solo crea que el “Derecho” parte del Estado, a sus tribunales deberá acudir para resolver los conflictos; y no interesará si los profesionales del Derecho tienen preparación mediadora, componedora.

1.2.4.1.4. Con relación a la escasa participación de los ciudadanos en los asuntos públicos como hipótesis de resolución al problema de la lentitud del Poder Judicial en la resolución de los conflictos, también se basa en un marco teórico determinado, cual es el de la asignación de importancia a la democracia directa.

1.2.4.1.5. La deducción parte de una regla, compuesta por un antecedente y un consecuente. La deducción realiza predicciones³¹, es decir, promete que ante una situación de hecho determinada, ocurrirá otra situación determinada. Por ejemplo, “si el metal se calienta (antecedente), se dilata (consecuente)”. Siguiendo con el ejemplo de nuestra hipótesis, “si los abogados tienen escasa conciencia negociadora, se seguirá la lentitud del Poder Judicial en la resolución de los litigios”. “Los razonamientos deductivos válidos garantizan que si las premisas son verdaderas, la conclusión será también necesariamente verdadera [...]”³². Pero puede ocurrir que la lentitud del Poder Judicial en la resolución de los litigios se deba a otra de las hipótesis mencionadas, al contactarnos con la realidad tribunalicia. “[...] tampoco la verdad de la conclusión garantiza la verdad de las premisas: estas pueden ser verdaderas [...] o falsas [...]”³³. Por ello, “la validez de la deducción, por sí sola, no es fuente de enunciados verdaderos acerca de la realidad. Para aceptar las hipótesis científicas se requiere, además de la coherencia lógica, el apoyo de la base empírica”³⁴.

1.2.4.2. Para el *inductivismo*, a partir de hechos singulares, se llega a una conclusión general, es decir, a una extensión de las consecuencias observadas a hechos no captados en las bases singulares de las cuales se parte³⁵. Es una metodología que llevará a “[...] interpretar sus hipótesis como resultado de un camino de observaciones que culmina en una generalización conjetal”³⁶. “El razonamiento inductivo, [...] generaliza, a partir de unos pocos casos

31 “[...] la deducción efectúa una predicción. [...] estamos anticipando un resultado que deberemos encontrar en nuestro futuro en razón de las premisas que disponemos.” SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2. También la inducción realiza una predicción: “La ley obtenida por inducción le posibilita al científico obtener mediante inferencias explicaciones y predicciones de hechos, los que a su vez suponen una puesta a prueba de la validez de la ley”. LASO, Eduardo, “Los métodos de validación en ciencias naturales”, en AA.VV., “La posciencia”, al cuidado de Esther Díaz, Bs. As., Biblos, 2000, pág. 125.

32 *Íd.*, pág. 120.

33 *Íd.*, pág. 121.

34 *Íd.*

35 Un análisis más exhaustivo, nos dice que hay distintas clases de inducción. V. SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 61, nota 9.

36 *Íd.*, pág. 54. En la inducción, “[...] se infiere a partir de ciertos rasgos que presentan casos observados de ciertas

o muestras, las características o relaciones de toda una clase de objetos o hechos”³⁷. Por ejemplo, “Juan es mortal (caso 1), Pedro es mortal (caso 2), Pablo es mortal (caso 3); en consecuencia, todos los hombres son mortales”.

1.2.4.2.1. En el Derecho y aprovechando el problema que nos afectara acerca de las causas de la lentitud del Poder Judicial en la resolución de litigios, llegaremos a una conclusión, enunciado universal (causa), en función de la mayor cantidad de hechos sobre una causa determinada. Frente a lo cual surge una crítica: “[...] rara vez nos encontramos en condiciones de establecer una proposición general por inducción completa, puesto que el número de casos abarcados por un enunciado general es demasiado grande o indeterminable en el espacio y el tiempo”³⁸.

1.2.4.2.2. Y aunque abarcáramos todos los casos posibles, nos queda la pregunta si esos casos no aluden a una única causa o aspecto del problema. La primera crítica que se nos plantea es la de la unicausalidad de los fenómenos; cuando observamos que, a la producción de un acontecimiento, concurren diversas causas. Si a pesar de todo fuera posible entrevistar a todos los empleados del Poder Judicial del territorio de que se trate, Santa Fe por ejemplo, y ellos dijieran que la causa del problema es su mal paga; aún nos quedaría la duda si, estando bien pagos, la lentitud procediera igualmente. Esto nos lleva a introducirnos en el estudio de la multicausalidad.

1.2.4.2.3. Contrariando la unicausalidad, la teoría trialista del mundo jurídico dice que el Derecho es un fenómeno multidimensional, a tal punto que concurren a su formación tres dimensiones: la social, la normativa, y la valorativa. De manera que es Derecho, tanto las normas jurídicas (leyes, decretos, sentencias, etc.), como la conducta humana repartidora de beneficios y perjuicios (reparto de potencia e impotencia) (que puede no ser captada por la norma o contradicha), y la valoración que hagamos de las dos dimensiones anteriores (¿cuándo no nos hemos encontrado con una conducta o norma injusta?). El orden onto-lógico de las dimensiones no es el que exponemos; pero lo alteramos a los fines de la comprensión para el lector no familiarizado con la teoría. “En su centro se halla el orden de repartos, descrito e integrado por el ordenamiento normativo, y por encima advertimos la justicia que valora conjuntamente tanto el uno como el otro”³⁹.

De manera que un error al que puede llevarnos el inductivismo es el de suponer que porque vemos una ley, y otro decreto, y otra ley, y una sentencia, concluyamos que el Derecho es todo lo que consta por escrito.

1.2.4.2.4. Otra crítica que se realiza al inductivismo es la que sostiene que “[...] supone agregar otra hipótesis que requiere ser justificada: aquella que sostiene que [los casos

especies, una regla universal”. SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2.

37 LASO, op. cit., pág. 123.

38 *Íd.*, pág. 122.

39 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 18.

singulares] son casos representativos típicos de los [hechos a investigar]”⁴⁰. Es decir,

“[...] el razonamiento inductivo [...] presuponía implícitamente una hipótesis: la de que ‘todos los hombres presentan características semejantes, y Juan, Pedro y Carlos son hombres. [...] Las inducciones requieren implícitamente hipótesis acerca de la homogeneidad de clases de objetos (por ejemplo: ‘Todos los hombres poseen características comunes’) o acerca del principio de uniformidad de la naturaleza (‘La naturaleza se compone de casos semejantes y lo que ha ocurrido en el pasado volverá a ocurrir en el futuro, si las circunstancias se asemejan lo suficiente’)’”⁴¹.

“Es imposible reunir todos los datos considerados significativos sin una hipótesis previa con respecto a la cual éstos tienen relevancia”⁴². Además, la descripción de la experiencia, requiere “[...] el empleo del lenguaje de alguna teoría”⁴³. A pesar de las críticas al inductivismo, creemos que es necesario partir de nuestro contacto con las personas, cosas, hechos, conjunto de hechos, y no quedarnos en nuestra oficina solamente frente a computadoras y libros, esperando que de allí surjan las ideas o momentos iniciales de la investigación. Todo lo que está fuera de nosotros mismos nos inspirará a captarlo de mejor forma; si a ello es a lo que apuntamos.

1.2.4.2.5. Con la crítica de Popper al inductivismo, cobraron fuerza las tesis deductivistas, pero con otro sentido. No deja de plantear hipótesis a la hora de marcar la tarea de un investigador, pero luego, no deberá buscar casos que verifiquen o confirmen sus conjeturas, sino que deberá buscar aquellos que la contradigan. Esta es la versión del falsacionismo popperiano.

“El apriorismo enfatizó el momento teórico (la universalidad, el punto de vista de la totalidad); [...] el polo de la unidad volviendo subsidiaria a la diversidad. El empirismo, [...] hizo recaer su elección en el momento de la empiria (la particularidad; el punto de vista de las partes), es decir, el polo de la diversidad [...] procurando derivar la unidad”⁴⁴.

1.2.4.2.6. Samaja propone una “vía media”, la que preconizara Giambattista Vico, y desarrollara Immanuel Kant. Aunque cabe centrar en el primero el intento construcciónista historicista, que implicó que la mente humana

“[...] produce la teoría, tiende a lo verdadero filosófico, y al propio tiempo produce

40 LASO, op. cit., pág. 123.

41 Íd., pág. 128.

42 Íd.

43 Íd., pág. 130. “[...] la inducción no puede hacer lo que pretende hacer si no se presupone que en cada individual se realiza una esencia universal, de tal manera que cada individuo es un espécimen [...] de una especie [...]. SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 99.

44 Íd., pág. 61.

también lo verdadero histórico (el Derecho Natural –dice– es una idea humana; pero es además también un hecho humano. [...] A diferencia de Descartes y de Locke, Vico no presupone que el sujeto sea un ser racional desde el origen mismo. [...] la única forma de fundar valederamente a la ciencia consiste en investigar, en los hechos mismos, el proceso en que el sujeto llega a ser racional; primero como racionalidad práctica y luego como racionalidad teórica”⁴⁵.

Aquí Samaja relaciona a Vico con Kant, viendo al primero como un precursor del filósofo de Königsberg:

“El rasgo más admirable de la teoría kantiana consiste en haber deducido la apodicticidad de las formas y categorías de la Razón a partir de la ‘lógica que rige la acción humana libre’, uniendo [...] las leyes de la naturaleza y las leyes morales. De esa forma dio un paso decisivo para comprender la ‘conversión del *factum* en *verum*’⁴⁶, [...] y poner el fundamento más sólido a la teoría de la *praxis* [...]”⁴⁷.

“El sujeto trascendental contiene [...] las condiciones de posibilidad del conocimiento de los objetos. [...] [Pero] cada sujeto podría libremente organizar los datos sensoriales, [...] mediante formas y categorías arbitrariamente establecidas. [...] –la evidencia de la libertad– no implica la arbitrariedad [...], sino el orden y, en consecuencia, una ley. [De lo contrario] [...] cada cual devolver[ía] al otro la misma medida de arbitrariedad que le hayan hecho padecer”⁴⁸.

1.2.4.2.7. Se concluye así en la máxima de libertad que define al Derecho, base de la epistemología kantiana: “El Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”⁴⁹. Derivación de la máxima filosófica denominada por Kant imperativo categórico: “Obra de tal manera que la máxima de tu acción pueda ser universalizada”⁵⁰. Entonces, “[...] el hombre modela su experiencia objetiva conforme al modelado que conquista en su experiencia moral (la cual es constitutiva de la subjetividad como ‘intersubjetividad’ y, por lo mismo, al ‘recaer en la inmediatez’, se impone como verdad)”⁵¹. De ahí que la “Crítica de la razón pura” se derive de la “Crítica de la razón práctica”; es decir, la epistemología kantiana tendría un sustrato moral: así como la convivencia es asegurada por un pacto que permite la

45 *Íd.*, págs. 66 y 67.

46 Con esto se quiere hacer referencia al lema de Vico: “‘Verum ipsum factum’ que se puede traducir: ‘lo verdadero es lo obrado’”. SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2.

47 SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 69.

48 *Íd.*, págs. 70 y 71.

49 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Historia de Filosofía del Derecho. (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, t. II, pág. 198.

50 SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 71.

51 *Íd.*, págs. 72 y 73.

libertad de todos, y es en base a ese acuerdo indiscutible, el conocimiento es limitado por el acuerdo de las categorías formales de que se trate.

1.2.4.3. Se aporta también el “rescate de la *abducción*” como otra forma de inferencia. En la inducción se da el siguiente esquema: caso 1 más consecuente “A”, más caso 2 más consecuente “A”, más caso 3 con consecuente “A”, implica la regularidad consistente en: todos los casos tienen como consecuencia “A”. Si sólo saco porotos blancos de una bolsa (aunque me queden porotos sin sacar), diré que la bolsa tiene porotos blancos. Pero no hay garantía de que “todos” los porotos sean blancos. “[...] a partir del caso y del resultado se infiere [...] la regla”⁵².

1.2.4.3.1. Con respecto a la deducción, se parte de una regla: dado “A”, debe ser como consecuencia “B”. Por lo que, si tengo un caso con las características de “A”, puedo predecir que ocurrirá la consecuencia “B”. Si sé que cuando llueve se inunda, y se que llueve, puedo decir que se inundará. Dada la regla y el caso (antecedente), se desprende necesariamente la conclusión o consecuente (resultado), dice Samaja⁵³. Pero puede ocurrir que la inundación se deba a las alcantarillas tapadas, y entonces no a la lluvia; o que no se deba a la lluvia sino a lo bajo del terreno, por lo que en otras condiciones de terreno, la regla “cuando llueve se inunda” no se cumpla.

1.2.4.3.2. “La abducción sugiere que algo puede ser: no que lo sea necesariamente”⁵⁴. Ella se plantea la historia de la hipótesis, partiendo de la asunción de las críticas a la inducción que ya señaláramos⁵⁵. Así se llega a preguntar como el científico puede llegar a una solución tentativa a su problema siendo que “todo puede tener que ver con todo” y nunca acabaría de ensayar y probar todas las hipótesis posibles. La abducción funciona de la siguiente forma: dada una regla y un consecuente, puedo inferir el antecedente⁵⁶. Si se que si llueve se inunda y se inunda, infiero que llovió. Pero puede ocurrir que la inundación se deba a un movimiento tectónico que hace aflorar agua del subsuelo por saturación de las napas subterráneas.

1.2.4.3.3. La pregunta es cómo surge la hipótesis, es decir, la regla, el recorte de los casos observados, de lo cual no da cuenta la inducción. “La abducción [...] es el proceso de conectar modelos preexistentes con configuraciones de hechos y, de ese modo, acotar enormemente ‘los espacios de búsqueda’”⁵⁷. Dice Samaja: “[...] la inferencia lógica que pone en funcionamiento el momento abductivo [es] [...] la analogía”⁵⁸. Esta se da cuando:

52 Íd., pág. 86.

53 Íd.

54 Íd., pág. 88.

55 “[...] porque de premisas particulares verdaderas sólo puedo inferir conclusiones problemáticas y no necesariamente verdaderas; [...] [y porque] la observación de los hechos admite un número infinito de recortes y de generalizaciones posibles [...]”. SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 84.

56 Íd., pág. 87.

57 Íd., pág. 88.

58 SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2.

“[...] tenemos como premisa la proposición que afirma que el rasgo que tenemos planteado nos evoca el rasgo de un caso de otro fenómeno, pero que nos es muy familiar. La percepción de una semejanza con algo muy conocido nos empuja a derivar que nuestro rasgo se explica por una regla como la que está empotrada en nuestro caso familiar”⁵⁹.

“El constructivismo resuelve el falso dilema deducción/inducción revalorando la abducción, la analogía y la historia: es decir, la vida real humana como ‘cantera’ de metáforas o modelos de los cuales los hombres extraen sus hipótesis y sus patrones de observación”⁶⁰. La analogía es la herencia que recibe el hombre actual en cuanto al caudal de conocimientos que permite “comprar” otros nuevos; sería la moneda de cambio, en tanto el conocimiento desconocido sólo aceptaría aquella moneda que conoce. Es una tesis conservadora que ve con recelo los cambios abruptos; aunque confiere la tan ansiada estabilidad y certeza que requiere el hombre. “[...] la analogía ha reducido drásticamente el campo de búsqueda y le confiere [a la explicación encontrada] el fundamento que emana de la eficacia de la propia praxis humana”⁶¹.

1.2.4.3.3.1. Un ejemplo de las ciencias naturales es el de la selección natural que plantea Charles Darwin en “El origen de las especies”. Este biólogo dijo que el hombre evoluciona por selección natural. La estructura que tomo como base a comparar fue el funcionamiento de la granja en donde tenía “la adaptación de los animales de granja a los requerimientos del mercado” y “la selección doméstica”, según señala Samaja⁶². Se creyó que la naturaleza se comporta como el mercado. “[...] la evolución actúa sobre plantas y animales a través de diferencias en su ‘éxito reproductivo’ [...]”⁶³. La alusión al éxito reproductivo rememora al éxito en los negocios del que nos hablara Martín Lutero⁶⁴. Juan Calvino creía que: “La elección divina se manifiesta por el éxito en los negocios, de modo que la disciplina para lograrlo se hace especialmente intensa”⁶⁵. “Max Weber demostró [...] la interrelación que existe entre la difusión de esa creencia y el mayor desarrollo de este sistema económico”⁶⁶. No hay suficientes recursos para las exigencias de una población. Esto va contra las previsiones marxistas acerca del objetivo de su tesis, consistente en una economía de abundancia en donde, finalmente, cada cual recibiría en función de sus necesidades y no de lo producido⁶⁷. Además,

59 *Íd.*

60 SAMAJA, Juan, “El proceso de la ciencia. Una breve introducción a la investigación científica”, Bs. As., Dirección de Investigaciones de la Fac. de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la UBA, 1993, pág. 20.

61 SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2.

62 *Íd.*

63 JASTROW, Robert, “El trasfondo de la teoría de Darwin”, en DARWIN, Charles, “Textos fundamentales”, Barcelona, Altaya, 1993, pág. 14.

64 V. CIURO CALDANI, “Lecciones...” cit., 1993, t. II, pág. 101.

65 *Íd.*, pág. 105.

66 *Íd.*, pág. 106.

67 V. CIURO CALDANI, “Lecciones...” cit., 1994, t. III-I, pág. 149.

“[...] la variación: [...] dentro de la población de cualquier especie dada, animal o vegetal, existen pequeñas variaciones entre individuos”⁶⁸. Trasladado esto al campo socioeconómico, esas “pequeñas variaciones” estarían dadas por la pertenencia a una u otra clase social: la de los dueños de los medios de producción (burgueses) o la de los trabajadores (dueños de su fuerza de trabajo). Y la última “verdad” consiste en la herencia: ”Es propiedad de todo ser vivo que su progenie tienda a heredar los rasgos de sus progenitores [...]”⁶⁹. Esa herencia que Marx considera un instrumento de continuación de la explotación por los burgueses; al ser la herramienta jurídica que permite que la propiedad privada pase de los expropiadores originarios a los actuales⁷⁰.

1.2.4.3.4. “[...] en la analogía no se deriva el conocimiento de una proposición dada, sino de un contexto significativo para alguna proposición, que todavía resta averiguar cuál sea. La analogía determina las condiciones de posibilidad de la hipótesis, no la hipótesis misma”⁷¹.

1.2.4.3.5. Se presenta un caso de abducción en el diagnóstico psicológico. “Una vez iniciada la consulta, el paciente va proporcionando indicios, informaciones varias y el psicoterapeuta va esbozando algunas ‘protohipótesis’ o ‘ámbitos de conjeturas plausibles’ [...]. Estos esbozos son el resultado de abducciones acerca de ‘qué caso de patología’ está en juego”⁷². Dada una regla (ante determinadas circunstancias se está ante un adicto), y vistos los consecuentes, se concluye en la enfermedad, la adicción. Si se quiere una deducción, bastará con aceptar la adicción y aventurar síntomas en el paciente, como si consumiera algún tipo de droga. También puede observarse cómo funciona la abducción ante la situación en la que se encuentra un docente, quien, ante la regla: “Si contesta bien todas las preguntas, aprueba el examen”, y dado una contestación de más del 50% de las preguntas, infiere que es probable que sepa, y aprueba.

1.2.4.3.6. Lo mismo ocurre en el ámbito jurídico con la investigación penal. Dada la regla del homicidio: “el que mata va preso”, y tengo el muerto y alguien próximo a él, infiero que es probable que ese alguien lo haya matado. Una vez que tengo la hipótesis de que alguien lo mató, y confirmada que sea, dada la regla y una situación particular que encaja en ella: muerto más asesino que lo mató (antecedente), infiero la condena (consecuente) por deducción (regla + antecedente: concluyo en el consecuente). En este esquema hemos usado la abducción y la deducción, pero Samaja señala que también interacciona en una investigación la inducción, que vendría a hacer las veces de confirmadora o refutadora de

68 JASTROW, “El trasfondo de la teoría de Darwin” cit., pág. 14.

69 *íd.*, pág. 15.

70 Puede verse en tal sentido a MARX, Karl y ENGELS, Federico, “La ideología alemana. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner, y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas”, 5^a ed., Pueblos Unidos, 1973.

71 SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2.

72 *íd.*

la hipótesis a la que se llegue. A esto le llama “corrección inductiva”⁷³; si se siguiera que el paciente no toma píldoras, que al llegar al 45% de las respuestas, el alumno no contesta bien las restantes, o que nuevos testigos declaran no haber visto con claridad al supuesto asesino.

1.2.4.4. Ya Samaja vislumbra su pensamiento al citar a Hegel y su concepción metodológica, mostrando que la analogía, base de la abducción, es una especie de “superación”, por complementación, de la inducción y la deducción: “[...] Hegel [...] agrega la analogía a las formas tradicionales (deducción e inducción) [y] [...] además, las presenta en una secuencia que implica un movimiento de superación: primero presenta a la deducción; luego a la inducción y finalmente a la analogía, con lo cual ésta última aparece como una forma más rica que las dos anteriores”⁷⁴. Y más adelante muestra el origen de la analogía: “[...] la regla del analogon procede, [...] ni de la observación de alguna misteriosa facultad teórica, sino simplemente de la vida misma; de la praxis”⁷⁵. Muchos ven en Hegel a un pensador conservador, tomando como ejemplo paradigmático a su frase: “Todo lo real es racional, todo lo racional es real”.

1.2.4.5. Yendo más profundamente, dice Samaja que legitima la analogía en la producción de hipótesis científicas la eficacia producto de la fuerza validativa de los hechos; a lo cual debo sumar las críticas que ya efectuara. Esta es una especie de construcción social, la precomprensión modelizante de la que hablaremos en el punto 1.2.3.2.

1.3. La matriz de datos (o construcción del dato)

“La traducción de la experiencia espontánea a una descripción científica produce ese material básico de la experiencia científica que se llama ‘dato’”⁷⁶. Samaja plantea exigencias que debe cumplir el investigador a fin de que su investigación sea válida⁷⁷, las cuales llevan el nombre de instancias de validación.

1.3.1. Instancia de validación conceptual

Nos enfrentamos a un problema, habiendo realizado ya la tarea exploratoria. Frente a lo cual arriesgamos una solución tentativa (hipótesis). Aquí explicaremos la teoría desde la cual, o desde las cuales “nacen” nuestras hipótesis. La instancia de validación conceptual consiste “[...] en validar las hipótesis sustantivas mediante una doble tarea: demostrando que las hipótesis constituyen una respuesta eficaz a la pregunta planteada y, [...] que son coherentes con las teorías y hechos que se consideran bien establecidos [...]”⁷⁸. Es el marco teórico o

73 SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 2.

74 SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 97.

75 *Íd.*, pág. 106.

76 SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 160.

77 Damos por hecho el debate acerca de si deben o no cumplirse reglas para investigar.

78 SAMAJA, “El proceso...” cit., pág. 24.

conceptual. Son los puntos de apoyo de nuestra investigación. Por ejemplo, los exponentes más destacados de la “Escuela Crítica de la Sociedad”, de Frankfurt, Max Horkheimer y Theodore Adorno, tomaron como base al marxismo y al psicoanálisis de Sigmund Freud⁷⁹. En el Derecho, Kelsen tomó a Kant y al empirismo inglés. Goldschmidt tomó a Edmund Husserl, en general, a Saint Simon, Karl Marx, para la dimensión sociológica, a los positivistas (Kelsen, Hart, etc.) para la dimensión normológica, y a Kant, Nicolai Hartmann y Max Scheler (fenomenólogos) para la dimensión dikelógica. Y como referentes del Derecho pueden citarse a François Gény y Hermann Kantorowicz, entre otros tridimensionalistas.

1.3.1.1. También forma parte de la validación conceptual de una hipótesis su originalidad. Si el problema hubiera sido planteado por otro, podemos aventurar que ya tiene solución. A menos que consideremos que dicha solución no es acertada y planteemos otra hipótesis. Por ello, deberemos explicitar el “estado del arte” mediante una “profundización del conocimiento previo”⁸⁰, que es lo que nos dará la base desde la cual partir en nuestra investigación⁸¹.

1.3.2. *Instancia de validación empírica*

Nuestro cuerpo teórico tomará contacto con la experiencia. “Esto quiere decir: explicitar qué se va a considerar unidades de análisis (=el elemento del ‘universo’); cuáles serán las variables que se aislarán como relevantes; cuáles fuentes se emplearán para obtener la información, etc.”⁸².

1.3.2.1. Las *unidades de análisis* son “[...] los individuos, elementos o componentes del sistema u objeto que se quiere estudiar. [...] El conjunto de las unidades de análisis de una investigación constituye lo que se conoce como ‘el universo’ o ‘la población’ del estudio”⁸³. Ante la necesidad de contar con una “cantidad” este modelo plantea algunas exigencias.

1.3.2.1.1. Si nuestro problema es averiguar las causas de la lentitud del Poder Judicial santafesino⁸⁴ en la resolución de los litigios, nuestras unidades de análisis serán: a) los abogados litigantes de la provincia; b) los empleados del Poder Judicial (funcionarios, magistrados, empleados propiamente dichos); c) los expedientes judiciales; d) las partes litigantes, representadas por los abogados; etc.

1.3.2.2. Una vez que tenemos quienes o que serán “interrogados” por la teoría, debemos

79 Para una profundización de este tema puede verse a MARDONES y URSUA, op. cit., págs. 193 y ss.

80 SAMAJA, “El proceso...” cit., pág. 28.

81 V. a SALTALAMACCHIA, Homero R., “El proyecto de investigación: su estructura y redacción”, Puerto Rico, Kryteria, pág. 13.

82 SAMAJA, “El proceso...” cit., pág. 29.

83 Íd., pág. 39.

84 Algunos autores requieren también la delimitación temporal, espacial y poblacional del objeto de investigación. Puede verse en tal sentido a SALTALAMACCHIA, op. cit. En nuestro ejemplo, la delimitación poblacional del tema sería: las unidades de análisis (cualquiera de las que mencionamos como posibles) de la Provincia de Santa Fe. La delimitación espacial sería: la Provincia de Santa Fe. Y la delimitación temporal sería: la década del ’90, el año pasado (2004), etc.

especificar qué aspectos “interrogaremos” de aquello que investigaremos.

“Las *variables* son aquellos atributos, relaciones o contextos que vamos a seleccionar como relevantes para describir nuestras unidades de análisis. [...] toda variable es un criterio de clasificación que se emplea para clasificar [sic] las unidades de análisis.⁸⁵ [...] [Una clasificación] es una forma ‘de describir toda una gama de situaciones’”⁸⁶.

1.3.2.2.1. Tomando a cada una de las UA podemos enunciar aspectos de ellas (variables): a) de los abogados litigantes de la provincia, podremos enumerar: 1) formación jurídica ulterior a la de grado; y como sub-variables (dimensiones de la variable): especializaciones, maestrías, doctorados, postdoctorados, docencia, investigación; 2) años de ejercicio de la profesión; y como sub-variables: en relación de dependencia, autónomamente, en sociedad, etc. “Todas las variables resumen información y, en principio, son analizables en *dimensiones* (=sub variables)”⁸⁷. b) de los empleados del Poder Judicial, podremos enumerar si tomamos a los empleados propiamente dichos⁸⁸: 1) formación jurídica ulterior a la media; y como sub-variables: bachiller universitario (título universitario intermedio), cursos de capacitación, carreras universitarias no culminadas y sin títulos universitarios intermedios, etc.; 2) años de antigüedad, y como dimensiones: en juzgados de 1° instancia, 2° instancia, y a nivel del superior tribunal de justicia local. Y así sucesivamente con cada UA.

1.3.2.3. Si tomamos la unidad de análisis abogados litigantes de la provincia y tomamos las variables a ellos aplicadas, por ejemplo, la formación de postgrado, veremos que pueden darse distintos “estados” de las dimensiones de dicha variable: 1) en curso, 2) en trámite de evaluación, 3) culminado, y 4) no realiza; por ejemplo. “Los *valores* son la variedad de estados posibles que ofrecen las variables”⁸⁹.

En este momento de la investigación no debe olvidarse la prueba de que los indicadores empleados son válidos; es decir, que “[...] han sido definidos por referencia a las dimensiones más relevantes de las variables y, en consecuencia, miden realmente lo que se pretende medir [...]”⁹⁰. Se trata de la validez del dato.

1.3.3. *Instancia de validación operativa*

Es el contacto con las unidades de análisis seleccionadas por el investigador, que se realiza a través del denominado indicador. Cabe preguntarse cómo hará el investigador para

85 En adelante UA.

86 SAMAJA, “El proceso...” cit., pág. 40.

87 SAMAJA, “La ciencia...” cit., parte 3.

88 A los magistrados se le pueden aplicar casi las mismas subvariables que a los abogados en ejercicio de la profesión.

89 SAMAJA, “El proceso...” cit., pág. 41. “[...] en el caso de la variable: ‘Estado de conservación de la vivienda’, cuyos valores podrían ser: ‘Muy bueno’/‘Bueno’/‘Regular’/‘Malo’/‘Muy malo’”. Íd.

90 Íd., pág. 24.

averiguar si abogados o magistrados tienen la formación jurídica de postgrado y de qué tipo, si los empleados del Poder Judicial asisten a cursos de capacitación y en qué grado han cumplido con ello (valores de las dimensiones de las variables). Podrá recolectar dichos datos mediante encuestas, que son cuestionarios preformados; con lo que una de las preguntas puede ser: ¿Asiste a un curso de postgrado?, y si la respuesta es positiva (el valor de la dimensión de la variable en este caso será “sí”/“no”), se pasará a una siguiente en donde el encuestado explice si está en trámite, pendiente de evaluación de su producto final, o culminado. Y así con las restantes variables y dimensiones y valores de las mismas. La encuesta es un ejemplo de *indicador*. Este es “[...] algún tipo de procedimiento que se aplique a alguna dimensión de la variable, para establecer qué valor de ella le corresponde a una unidad de análisis determinada.”⁹¹

1.3.3.1. Como observación a este método puede decirse que, una vez que se ha ido al “campo”, que sería el palacio de tribunales, en función de muchas de las unidades de análisis planteadas, puede ocurrir que en una charla informal anterior o posterior a nuestra encuesta, los sujetos interrogados manifiesten indicios que nos hagan pensar que nuestra hipótesis es errada. Este mecanismo por el cual elaboraríamos otra hipótesis partiría de la inducción, que también tiene sus críticas. Al respecto se dice que: “[...] se consigue una descripción más exacta si no se da por supuesto ningún aspecto de la escena social”⁹².

La encuesta sería un “crimen metodológico”, ya que implicaría que el sujeto se adapte a mi esquema investigativo, y en alguna medida estaría predeterminando el resultado de la investigación, siendo que la entrevista en profundidad, me permitirá captar problemas, preguntas, situaciones, aspectos del objeto de estudio, que podrían ser importantes, pero que lo “recortado” y limitado de las preguntas de la encuesta no me permite observar. Se apunta a una entrevista no estructurada, es decir, aquella en la que “[...] el plan de la entrevista se produce previamente y se va rectificando o aplicando en forma flexible durante las entrevistas”⁹³. Siguiendo a Saltalamacchia, es mejor un plan abierto debido a que es posible: a) poder captar lo imprevisto, b) dar margen a lo no conocido, c) dar participación al investigado, si es a comprenderlo a lo que se apunta, d) dar mayor autenticidad en las respuestas de aquel, y e) permitir una mayor profundización en la investigación. El diseño de investigación y una semiestructuración de la entrevista permiten en alguna medida explicitar qué se quiere y cómo se lo obtendrá. Y un pequeño plan puede permitir que no se olviden aspectos que se crean que son importantes.

1.3.3.2. Ante el ejemplo eje que nos planteáramos, que informa un problema judicial sobre lentitud oficial en la resolución de conflictos, la idea sería encarar una entrevista con

91 SAMAJA, “Epistemología...” cit., pág. 161.

92 PREISSELE GOETZ, Judith y LECOMpte, Margaret D., “Ethnographic research and the problem of data reduction”, en “Anthropology and Education Quarterly”, 1961, pág. 35.

93 SALTALAMACCHIA, op. cit., pág. 30.

alguien calificado a quien le plantearíamos el problema, a fin de que ensaye soluciones tentativas, que pueden no tener que ver con nuestras ideas previas sobre el tema. Aceptando que la pureza metodológica es imposible, estas se filtrarían a través de la selección de los grupos que hagamos a los fines de la entrevista, y de la selección inconsciente o consciente que efectuemos de la información recibida.

1.3.3.3. Recolectados los “datos” con nuestros propios moldes mentales, comienza la etapa del “procesamiento” de estos mediante un análisis en donde, a través de diversas operaciones, valoraremos a los mismos en relación con la hipótesis planteada. Así como la instancia de validación empírica se propone el “[...] examen de las operaciones implicadas en la reconstrucción de las variables y de las relaciones de cada variable con las restantes, según la hipótesis [...]”, a fin de establecer el plan de tratamiento y análisis de los datos”; en la instancia de validación operativa corresponde “[...] la discusión y la interpretación de los datos a la luz de las previsiones realizadas mediante [las] hipótesis [...]”⁹⁴. Puede realizarse un análisis combinado de la puesta operativa de todas las hipótesis planteadas en relación al problema del ejemplo que sigo. Las relaciones (influencias, similitudes, diferencias, silencios, etc.) entre los datos obtenidos a raíz de las distintas hipótesis pueden resultar muy fructíferas.

1.3.3.4. Corresponde “[...] el examen crítico de las hipótesis alternativas de interpretación que se descartan [...]”⁹⁵.

1.3.3.5. Continuando con nuestro ejemplo, podremos decir, con los “datos” en la mano y finalizada la encuesta, si la lentitud puede deberse o no a la escasa formación de postgrado en los profesionales del Derecho. Si obtenemos que esta es escasa, podría confirmarse nuestra hipótesis. Decimos “podría”, porque el conocimiento de un tema determinado, no implica su puesta en práctica. Lo cual puede relacionarse con los cursos de metodología, en donde puede ocurrir que un asistente lo apruebe y siga investigando a la manera que lo venía haciendo, y sin introducir aspectos nuevos que haya podido captar en el curso en cuestión.

1.3.3.6. Corresponde a este momento justificar los procedimientos efectuados en el sentido de que “[...] arrojarán resultados que serán representativos de los universos de mediciones posibles y que no están afectados por los contextos de donde han sido extraídos”⁹⁶. Se trata de la confiabilidad del dato.

1.3.4. Instancia de validación expositiva

El investigador deberá también “[...] encontrar las mejores estrategias argumentativas para lograr la persuasión de los lectores, mediante el empleo adecuado de los ‘lugares

94 SAMAJA, “El proceso...” cit., pág. 32.

95 Íd.

96 Íd., pág. 24.

comunes' que imperan en la comunidad científica"⁹⁷.

1.3.4.1. Para la “defensa” de nuestra investigación, es necesario: a) valorar los destinatarios posibles de la exposición; b) elegir las tesis adversarias que se confrontarán; c) validar conceptual y empíricamente la tesis a exponer⁹⁸. Y sumar la importancia de los objetivos de nuestra investigación, su relevancia social. Los motivos de su elección, la novedad (originalidad), etc. formarán parte del rubro más general llamado “historia de la investigación”, en donde también los investigadores explicitarán las “[...] deudas intelectuales y de información [...]”⁹⁹.

2. Dimensión procedural de la investigación

2.1. Es importante no solo la fundamentación teórica de una investigación, sino que deberá llevársela a la práctica, culminando con el producto científico. Deberá comprobarse o desecharse la hipótesis en la realidad.

2.2. Ante el problema concreto que nos planteáramos, suscitado por la lentitud del Poder Judicial para la resolución de los litigios, pueden arrojarse diversas hipótesis: a) mal paga a los empleados; b) vicios en el mecanismo de selección de jueces y funcionarios; c) escasa conciencia y preparación jurídicas de los abogados para resolver extrajudicialmente los conflictos; d) escasa conciencia jurídica colectiva acerca de la participación y control de los ciudadanos en los asuntos públicos; etc. De la hipótesis sustancial, se deducirán hipótesis de trabajo, de un menor nivel de generalidad y que permitirán el contacto con la “realidad”¹⁰⁰. Por ejemplo: a) si es cierto que la lentitud del Poder Judicial se debe a la mal paga de los empleados, deberá encontrar en encuestas realizadas a ellos que hacen hincapié en el magro salario como causa del malestar laboral; y que del contraste con otros sueldos de la Administración Pública, el suyo es menor. b) si es cierto que la lentitud del Poder Judicial se debe a vicios en el mecanismo de selección, deberá encontrar que la misma se realiza obviando la lectura de los antecedentes y la oposición, y que se basa en contactos personales, y no en la idoneidad, lo cual surgirá de entrevistas a empleados, magistrados, aspirantes que no ingresaron, etc. c) si es cierto que la lentitud del Poder Judicial se debe a la escasa conciencia y preparación jurídica de los abogados, deberá encontrar en entrevistas realizadas a ellos, teorías conservadoras, escasa actualización en lectura y postgrados, poco contacto con el colegio profesional, etc.; d) si es cierto que la lentitud del Poder Judicial se debe a la escasa participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, deberá encontrar escasa conciencia de los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen, ausencia de la

97 *Íd.*, pág. 25.

98 *Íd.*, pág. 34.

99 *Íd.*.

100 “Los sistemas teóricos se contrastan deduciéndo de ellos enunciados de un nivel de universalidad más bajo [...]”. POPPER, “La lógica de la investigación...” cit., pág. 46.

escuela secundaria o actual polimodal, escasa conciencia acerca de la pertenencia al Estado y pertinencia del Estado, sesgos de minoría de edad en la resolución de problemas públicos debido al histórico paternalismo del Estado argentino, escasa participación en organizaciones intermedias, en mecanismos de democracia semidirecta, etc.



Se terminó de imprimir en enero de 2007
en Acquatint Evolución Gráfica
Alem 2254 - S2000FML Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: info@acquatint.com