



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

**FACULTAD DE DERECHO**

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

# INVESTIGACION Y DOCENCIA

Nº. 10



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

1989





UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

Homenaje interdisciplinario a Charles Chaplin

(Miguel Angel CIURO CALDANI)..... 3

# INVESTIGACION Y DOCENCIA

Nº. 10



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

1989





UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO  
FACULTAD DE DERECHO  
CONSEJO ASesor DE INVESTIGACIONES  
CENTRO DE INVESTIGACIONES DE ECONOMIA JURIDICA Y ECONOMIA SOCIAL

INVESTIGACION Y DOCENCIA

(c)

Registro de la Propiedad Intelectual Expte. N° 118727,  
R N° 4030.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO  
Córdoba 2020 - Rosario (Código Postal 2000) - Argentina.

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

Director responsable: Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani

Tirada: 100 ejemplares

FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

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



## I N D I C E

	pág.
Homenaje interdisciplinario a Charles Chaplin (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	3

\*\*\*  
\*

El trialismo y la ampliación de las posibilidades del Derecho Natural (Miguel Angel CIURO CALDANI).	9
La "interrelación" de las características de los re partos (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	19
La vida, referencia última de la legitimidad de un régimen (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	23
Notas para la ubicación filosófica del juego y el trabajo (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	27
Significados jusfilosóficos de los contratos (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	33
Comentarios sobre la nueva ley federal suiza de de recho internacional privado (Mariel Susana MULET -Alfredo Mario SOTO).....	39
Planteo comparativo de la axiología jurídica en la Egología y en el Trialismo (Alfredo Mario SOTO).	49



Temas en debate

Perspectivas posibles para comprender la circunstan- cia política argentina (Miguel Angel CIURO CALDA- NI).....	57
---	----

Reseña

SEVE, René, "Le mouvement de la philosophie du droit contemporaine" ("Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques", 1988. 21, págs. 171/179) (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	63
--	----

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*



## HOMENAJE INTERDISCIPLINARIO A CHARLES CHAPLIN

"Soy un defensor de la libertad, de la justicia y de la verdad. Ciertamente no pretendo hacer ninguna revolución -no es mi vocación. Estoy a favor del pueblo."

.....

"A medida que voy envejeciendo, más me preocupa la cuestión de la fe... Creo que la fe es precursora de todas nuestras ideas. Sin fe no habríamos producido hipótesis, teorías, ciencia o matemática. Pienso que la fe es una extensión del espíritu. Es la llave que abre la puerta de lo imposible. Negar la fe es refutarse a sí mismo y refutar al espíritu que genera todas nuestras fuerzas creadoras."

.....

"Sin filosofía orientadora y sin el sentido de la responsabilidad, la ciencia entregó a políticos y militares armas tan destructoras que ellos tienen en sus manos el destino de to



dos los vivientes sobre la Tierra."

.....  
"No puedo creer que nuestra existen  
cia no tenga sentido, que sea mero  
accidente, como nos quieren conven  
cer algunos científicos."  
.....

CHARLES CHAPLIN (\*)

Charles Spencer Chaplin, el inmortal "Carlitos", nació en Londres el 16 de abril de 1889 y murió en Vevey (Suiza) en 1977 (1). Se cumplirá, en estos días, el centésimo aniversario de su nacimiento y, en esta ocasión, la Cátedra Interdisciplinaria "Profesor Dr. Werner Goldschmidt", dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, considera un deber rendir homenaje al insigne artista que, calando en lo más profundo de lo humano, nos brindó también un significativo mensaje jurídico (2).

Se ha dicho, no sin razón, que "Carlitos" ("Charlot") "poseía la amoralidad de un niño, la crueldad y el encanto de los niños" (3) y es a través de esa "amoralidad" que se integra en el profundo deseo del siglo XX de liberarse de las opresiones culturales. Salvando las distancias, puede decirse que al rugido de Nietzsche denunciando los valores falsos, lo acompaña ahora la risa provocada por el inefable "Carlitos".

Como todo verdadero "clásico", Chaplin enraizó su obra en el hombre vulgar, de modo que -con un sentido crítico,



hoy invertido por la sabiduría de la vida- pudo decir se de él que conseguía hacernos reír y llorar "con los más vivos lugares comunes del sentimiento" (4). Con ese profundo sentido de lo humano, jerarquizó el papel del actor, llegando a decir que "Lo más importante es un primer plano, cuando alguien sonríe o mira a alguien, y todo ello resulta real, y es el final del mundo y el comienzo de todo" (5). En el siglo del gran "descubrimiento" y del gran abuso del lenguaje, Chaplin tuvo el profundo sentido humano de preguntarnos "¿hay algo más expresivo que una mirada?" (6). El mismo puso en duda que su inmortal vagabundo pudiera siquiera hablar...(7) y nos destacó "la gran belleza del silencio"(8).

Señaló los límites del valor utilidad, tan imperia lista en nuestros días (9), y jerarquizó el amor (10). Su indumentaria, incoherente combinación de aristocracia y mendicidad, es una muestra de que, más allá de las ambiciones de su sombrero y de su bastón, y de sus enormes zapatos, rayanos en lo inútil, se encuentra la dignidad del hombre (11).

Sus obras cinematográficas son, con frecuencia, denuncias contra los abusos del poder y el orden, que muchas veces nos oprimen, y tuvo hacia la justicia ( como lo muestra la transcripción del encabezamiento) una profunda adhesión, evidenciada en su permanente referencia a las más diversas formas de despersonalización. Rescató los derechos del trabajador (12), del niño, la mujer y el anciano (13) y -pese a la soledad inicial de su personaje inmortal- destacó los senderos de la integración plena, requerida por la justicia. El vagabundo es una expresión de la libertad, pero en el caso de "Carlitos" resulta al fin integrado, a través del poético sentido de



rial de Martin Claret-Investigación de texto y traducción José Geraldo Simões Jr., 5a. ed., São Paulo, Martin Claret, 1986, respectivamente párrafos 44 (pág. 78), 57 (págs. 82/84), 84 (págs. 90/92) y 50 (pág. 80) (versión castellana del autor de este artículo).

- (1) Puede v. TICHY, Wolfram, "Chaplin", trad. Paula Caridad Alvarez, Barcelona, Salvat, 1985; también "O pensamento..." cit. y la bibliografía indicada en esas obras. Asimismo cabe c. "Los poetas y Carlitos", en "La Capital", 2/IV/1989, sección 3a., pág. 1.
- (2) V. BARBACHANO, Carlos, "Charles Chaplin(1889-1987)", prólogo a TICHY, op. cit., pág. 9.
- (3) íd., pág. 10.
- (4) íd.
- (5) íd., pág. 11.
- (6) íd., pág. 12.
- (7) íd.
- (8) íd., pág. 13 (no obstante la evolución señalada al respecto en la misma página).
- (9) Pueden recordarse "Charlot empapelador (Work)", "Charlot portero de banco", "Luces de la ciudad", etc. (v. TICHY, op. cit., por ej. págs. 124 y ss.). Decía Chaplin que más que de las máquinas precisamos de la humanidad. ("O Pensamento..." cit., párrafo 76, pág. 88).
- (10) Cabe señalar, por ejemplo, "Charlot vagabundo (The Tramp)", "Charlot músico ambulante", etc. (v. TICHY, op. cit., págs. 56 y ss. y 68). Decía Chaplin: "Creo que el altruismo acabará por vencer y ha de imperar el amor por la humanidad" ("O Pensamento..." cit.,



- párrafo 86, (pág. 92), trad. referida).
- (11) Acerca de las ropas de "Carlitos", v. TICHY, op. cit., págs. 66/67 y PERONE, Mario, "La historia, la historieta", en "La Capital" cit.
  - (12) V. TICHY, op. cit., págs. 63 y ss.
  - (13) C. v.gr. "El Chico", ("El pibe"), "Charlot músico ambulante", "Candilejas", "La quimera del oro", etc.
  - (14) "O Pensamento..." cit., págs. 40/41. Nacido en el siglo de oro del romanticismo, Chaplin fue un "romántico" de la risa.
  - (15) V. "Charlot en la calle de la Paz", "Tiempos modernos", etc.; también, acerca de la jerarquización de lo humano, por ej. "Vida de perro".
  - (16) V. TICHY, op. cit., pág. 76.
  - (\*\*) Investigador del CONICET.
- Además, en testimonio de alta estima a mi padre, Miguel Ciuro, por su emocionado recuerdo de "Carlitos" y su admiración a Charles Chaplin.



## EL TRIALISMO Y LA AMPLIACION DE LAS POSIBILIDADES DEL

### DERECHO NATURAL (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI(\*\*)

Una de las dificultades más graves para el desarrollo del Derecho Natural ha sido, durante mucho tiempo, su limitada relación con el Derecho Positivo, frecuentemente por el planteo de ambos en el nivel de las abstracciones. En este marco, donde no se evidencia la referencia a un mismo mundo concreto, con sus ricas y fuertes exigencias de valor, resultan aparentemente sostenibles por igual soluciones de Derecho Natural y de Derecho Positivo diferentes. A veces sucede porque no se advierte que se trata de los mismos casos y en otras oportunidades porque no se alcanza a percibir la riqueza y la energía de las exigencias de justicia.

De cierto modo, es al hilo de esas dificultades que se nutren los extremismos que pretenden ignorar la dualidad integrada del Derecho Natural y el Derecho Positivo, desconociendo al primero o marginando la realidad jurídica del segundo. Merced a tal distanciamiento del Derecho Natural respecto del mundo concreto y en el curso de la expansión de las ciencias, ganan espacio los intentos "cientificistas" de desconocer las exigencias de justicia



y las fórmulas jusnaturalistas aprioristas. De aquí el gran valor de los aportes que muestran, a la luz de las referencias a la realidad social, las interrelaciones que existen entre Derecho Natural y Derecho Positivo (1).

En el marco de las contribuciones efectuadas en nuestro tiempo para salvar tales dificultades, se destacan las de la teoría trialista del mundo jurídico, fundada por Werner Goldschmidt (2). El "trialismo" expone la tridimensionalidad del Derecho, reconociendo una dimensión sociológica con lo cual se relacionan los despliegues normológicos y "dikelógicos" (de justicia). Las normas describen e integran los repartos de la realidad social; la justicia valora los repartos y las normas. Las normas sólo pueden ser valoradas en profundidad ahondando en los repartos a los que se refieren, donde se desenvuelven las "potencias" e "impotencias" y, en definitiva, el ser de los beneficiarios. A su vez, la justicia se descubre mejor, en su amplitud y en la energía de sus requerimientos, cuando se la relaciona con las potencias e impotencias y, en última instancia, con el ser. En definitiva, quien pretenda conocer sólo normas y justicia, desconectándolas de la realidad social, no conoce debidamente ni las normas ni la justicia ni la relación entre ellas.

En el trialismo el Derecho Natural amplía sus posibilidades, poniéndose más "a la altura de los tiempos". En el desarrollo del trialismo el Derecho Natural se muestra integrado en un "mundo jurídico" interrelacionado en todas sus partes: se hace más firme su referencia a las diversas situaciones, se abren ampliamente los accesos para los datos de las otras ciencias distintas del Dere-



cho y para la filosofía y se evidencia claramente el rico complejo de valores jurídicos coronado por la justicia (3). A la luz del trialismo, el Derecho Natural no es un compartimiento paralelo al Derecho Positivo ni procura ocupar el lugar de éste: se trata de una dimensión integrada en la comprensión del fenómeno jurídico, en una complejidad pura tridimensional que ha de tenerse en cuenta en la consideración de cada caso.

El trialismo parte de la consideración desprejuiciada de las adjudicaciones de potencia e impotencia, sean "repartos", provenientes de la conducta de seres humanos determinables y realizadores del valor "conducción", o "distribuciones", surgidas de la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas, donde se satisface el valor "espontaneidad". Las nociones de potencia e impotencia corresponden, como hemos dicho, a lo que favorece o perjudica al ser y particularmente, respecto de los seres vivos, a lo que favorece o perjudica la vida. A su vez, se diferencian repartos autoritarios, desarrollados al hilo de la imposición y realizadores del valor poder y repartos autónomos desenvueltos por acuerdo y satisfactorios del valor cooperación. Los repartos se ordenan a través de la planificación gubernamental en marcha y la ejemplaridad, que satisfacen respectivamente los valores previsibilidad y solidaridad, y el conjunto del régimen realiza el valor orden. En su relación con la realidad, el Derecho Natural queda así abierto a los datos de las nuevas ciencias sociales y humanísticas: la sociología, la economía, la psicología, la historia, la antropología, etc.

A la luz de la consideración de la realidad social es posible reconocer más plenamente los significados de las



normas. Así adquieren relevancia las categorías de "fidelidad" a la voluntad de los autores, "exactitud" de las aseveraciones normativas y "adecuación" de los conceptos a los fines de los autores. En el curso del planteo trialista se diferencia claramente el significado de las normas "generales" por su antecedente, realizadoras del valor "predecibilidad", y de las normas "individuales", donde se satisface el valor "inmediatez". A su vez, es posible hablar de un complejo de valores propios de las relaciones verticales y horizontales del ordenamiento normativo, de producción y de contenido, que pueden reconocerse como subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia.

La comprensión trialista del proceso de funcionamiento de las normas permite ubicar la intervención del Derecho Natural en la "etapa" de "elaboración", en la detección de "carencias dikelógicas" y en el reconocimiento de las vías de integración por recurso a la justicia formal y a la justicia material. Es más: respecto del funcionamiento de las normas, cuya comprensión es de cierto modo la síntesis del trialismo -incluyendo en ella la debida jerarquización de la realidad social(4)- Goldschmidt dijo "Lo que realmente caracteriza la teoría del funcionamiento según su naturaleza dinámica, es el regreso a la justicia como promotora de todas las fuentes y con ello de todo el orden de repartos" (5). Integrado en la complejidad pura del proceso de funcionamiento, el Derecho Natural evidencia más nítidamente la significación suprema que le corresponde en el mundo jurídico.



Mediante la penetración trialista en la realidad social, se está en mejores condiciones para superar la pretensión positivista normológica de equiparar las personas de existencia física y las personas de existencia "jurídica", reconociendo la especial dignidad humana de las primeras. La clara diferenciación de las dimensiones permite reconocer que, si bien el derecho subjetivo surge del derecho objetivo, esto sucede tanto en la dimensión normológica como en la dimensión dikeológica, sin que resulte legítimo negar los derechos subjetivos dikeológicos en base al origen positivo de los derechos normológicos.

A la luz del estudio trialista de las normas, el Derecho Natural puede enriquecerse reconociendo las realidades reveladas no sólo por la lógica -de la que a veces se ha hecho abuso- sino por la teoría del lenguaje.

La referencia del trialismo a la realidad social, reforzada por la prédica de un "criticismo jusnaturalista", que valora soluciones propuestas y no brinda respuestas en "abstracto", permite diferenciar claramente la justicia como orientación, que se produce mediante criterios generales; las valoraciones completas y los despliegues de pura valencia. A su vez, lleva a reconocer, al hilo de la referencia valorativa a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, las exigencias concretas de Derecho Natural en relación con el tiempo, con la diversidad de adjudicaciones y, en general, con la complejidad del mundo. Frente a la imposibilidad de abordar cabalmente ese material estimativo, se advierte la necesidad del fraccionamiento de la justicia, que corresponde al reconocimiento de los límites del Derecho Natural. El descubrimiento de tales "límites" es neces-



rio para que, en definitiva, el Derecho Natural sea conocido y realizado debidamente. Por su referencia a la realidad social, el trialismo está en condiciones de mostrar el funcionamiento de la justicia como valor y de reconocer nítidamente el mero deber ser actual y el deber de actuar (que corresponde a quienes pueden "actuar" para que se realice la justicia).

La importante apertura del trialismo a la realidad social y también a las normas le permite advertir que la justicia debe desarrollarse en relaciones de "coadyuvancia" con otros valores, a veces inferiores, como los que hemos mencionado por ser inherentes a las dimensiones sociológica y normológica (conducción, espontaneidad, poder, cooperación, etc.); en otros casos del mismo nivel, como el amor, la santidad, etc. y, en definitiva, con el valor supremo a nuestro alcance, la humanidad (el deber ser causal de nuestro ser).

El trialismo enriquece la apertura del Derecho Natural al señalar que el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona y reconocer un vasto conjunto de perspectivas que permiten valorar los repartos y los regímenes justos. Para saber si un reparto es justo, se refiere principalmente a los repartidores, los recipientes, los objetos y las formas del mismo. Muestra así, por ejemplo, diversidad de posibilidades de legitimación de los repartidores, por autonomía, paraautonomía, infra autonomía, criptoautonomía y aristocracia. Los objetos "repartideros" se refieren a dar y quitar vida (propia o ajena), a la libertad, los quehaceres, la propiedad, etc. A su vez, para saber si un régimen es justo hay que averiguar si es humanista y respeta al hombre en su unicidad,



su igualdad y su comunidad; si protege a los individuos contra los demás, respecto de sí mismos y frente a todo lo demás. Superando los unilateralismos, como los que pretenden ceñir la justicia a la legitimidad de los repartidores o de los objetos de reparto, a la protección contra el régimen o al resguardo frente a "lo demás", la amplitud de las perspectivas trialistas muestra la gran riqueza de enfoques que debe emplear el Derecho Natural.

La vastedad del planteo jurídico trialista de la justicia facilita el enriquecimiento del Derecho Natural con las infinitas perspectivas de la filosofía.

El descubrimiento del Derecho Natural en su "naturalidad" exige abrirse a la "naturalidad" del universo en su integridad. El trialismo es una excelente vía para lograrlo (6).

\*\*\*\*\*

(\*) Ideas básicas de la comunicación del autor a las V Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor de la Facultad (de Derecho de la U.N.R.

(1) Con cierta resonancia de célebres ideas de Vico, cabe señalar que el hombre conoce con más facilidad lo que él mismo "fabrica". De aquí que le resulta más fácil conocer el Derecho Positivo que el Derecho Natural y ha recurrido, durante mucho tiempo, a criterios generales simplificadores del Derecho Natural. Hoy esa dificultad se ha incrementado por la mayor complejidad de la vida y el "cerramiento" del hombre



contemporáneo en sus propios intereses. De aquí la necesidad y la importancia de los esfuerzos destinados a mejorar las posibilidades de reconocimiento del Derecho Natural.

- (2) Acerca del "trialismo" puede v., por ejemplo: GOLD SCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, FIJ, 1985; "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976. Se han publicado diversos estudios inspirados en el trialismo en el "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" y en "Investigación y docencia".
- (3) Los aportes de las otras ciencias y de los otros valores del complejo axiológico poseen alta significación para el descubrimiento de la justicia y, con ella, del Derecho Natural. Así, por ejemplo, las realizaciones de la conducción, la espontaneidad, el poder, la cooperación, etc. (o sea, de los demás valores a los que iremos refiriéndonos en el texto) deben ser apreciadas en su importancia para la satisfacción de las exigencias de justicia.
- (4) Puede v. nuestro "Relato sobre el funcionamiento de la norma" en "Boletín..." cit., N° 11, págs. 23 y ss.
- (5) GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 252.
- (6) Cabe recordar la sistematización de las corrientes jusnaturalistas planteada por Goldschmidt (op. cit., págs. 481 y ss.; "Filosofía, historia y derecho",



Bs. As., Valerio Abeledo, 1953, págs. 143 y ss.).

Goldschmidt utilizó la oposición entre "Derecho dado" y "Derecho fabricado". También debe tenerse en cuenta : GOLDSCHMIDT, Werner, "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986 (la 1a. ed.: Madrid, Aguilar, 1958).

En profundidad, la riqueza del enfoque goldschmidtiano del Derecho Natural, evidenciada al fin en la teoría trialista del mundo jurídico, responde al rico planteo básico "realista genético" de su autor (v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 21 y ss.).

El propio maestro Goldschmidt se complacía en citar las palabras de Juan Carlos Cassagne en las que declara la adhesión "a la teoría trialista del mundo jurídico, que sobre la base de un jusnaturalismo actualizado, posibilita el hallazgo de justas soluciones con fundamento jurídico-científico, eliminando del derecho natural aquellos enfoques idealistas y racionalistas que hicieran su desprestigio, para acercarlo a la realidad, al reconocer que bajo la superficie del fenómeno jurídico anidan elementos de diversa índole, como norma, conducta y valor"(CASSAGNE, "La ejecutoriedad del acto administrativo", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971, pág. 9; GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., pág. 383).

V. también, en relación con el tema, BIDART CAMPOS, Germán J., "Valor justicia y Derecho Natural", Bs. As., Ediar, 1983. Con referencia al Derecho Natural, desde diversos enfoques, c.v.gr.: HERVADA, Javier, "Introducción crítica al Derecho Natural", Pamplona, EUNSA, 1981; LUYPEN, W. (Dr.), "Fenomenología del derecho natu



## LA "INTERRELACION" DE LAS CARACTERISTICAS DE LOS REPARTOS

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

La teoría trialista del mundo jurídico reconoce, en el núcleo de la realidad social del Derecho, "repartos" que son captados por normas y valorados por la justicia (1). Para captar cabalmente dichos "repartos", es necesario reconocer sus características respecto de repartidores, recipiendarios, objetos, formas y razones (2), advirtiéndose que en profundidad ellas se interrelacionan, de manera que unas influyen en apoyo o detrimento de las otras, sea en lo sociológico, normológico o dikelógico (3). Puede suceder, así, que unas características se desarrollen de manera "vicaria", ocupando el lugar de otras, o que unas signifiquen "falencias" respecto de otras.

Para ejemplificar tales interrelaciones, cabe señalar que, con miras a atender la importancia del objeto, se amplían las competencias respecto de las garantías constitucionales, disminuyendo los requisitos de legitimidad de los repartidores y que, por la limitada legitimidad de los gobernantes "defacto", se les suele recomendar que adopten sólo medidas de urgencia. Una de las expresiones significativas de la interrelación es también la que se produce entre las otras características y las razones del reparto,



de modo que es frecuente -por ejemplo- que en la medida que el reparto posea menos razonabilidad en cuanto a repartidores, recipiendarios, o forma se procure superar tal "carencia" mejorando esas otras características (v. gr. otorgando mayores potencias, como suelen hacer los gobiernos que buscan compensar su origen tiránico con medidas demagógicas).

Quizás la máxima expresión de esas interrelaciones en cuanto a la legitimidad de las características del reparto sea la legitimación por el objeto de su reparto que poseen los repartidores aristocráticos (basados, sobre todo, en una superioridad científica o técnica). No es sin razón que en la Edad Contemporánea, con el debilitamiento de las convicciones acerca de la justicia del objeto del reparto, han avanzado tanto las exigencias respecto de la legitimidad de los repartidores y de las formas de los repartos (atendiendo más, por ejemplo, a los requisitos del proceso y la negociación) (4).

El Derecho Procesal es, en conjunto, una muestra de abandono de la legitimación por la intervención de los proprios interesados en aras de obtener legitimidad en cuanto al objeto del reparto y a su forma.

\* \* \* \* \*

- (\*) Investigador del CONICET.
- (1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
- (2) íd., págs. 49 y ss.
- (3) Acerca de los alcances de las respuestas jurídicas, puede v. nuestro trabajo "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Inves



- tigaciones de la UNR, 1976, págs. 12 y ss.
- (4) La amplia inspiración en el "laissez-faire" de la doctrina del contrato en el Derecho inglés, que lleva a una importante resistencia para revisar el posible desequilibrio objetivo, impulsa las tendencias que buscan ampliar los vicios subjetivos y formales (v. THAL, Spencer Nathan, "The Inequality of Bargaining Power Doctrine: the Problem of Defining Contractual Unfairness", en "Oxford Journal of Legal Studies", Vol. 8, Number 1, págs. 17 y ss.; UFF, Keith, "Les intérêts de la société et le juge - L'interprétation des contrats (contract)", en SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H.A.(dir.), "Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais", Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, págs. 243 y ss.).
- Acerca de las relaciones entre clases de repartos y modos constitutivos del orden de repartos, v. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 67 y ss. y págs. 97 y ss. También cabe considerar las interrelaciones entre las características de los repartos, las clases de repartos y los modos constitutivos del orden de repartos. Así, por ejemplo, en la medida que no corresponda a un fácil acuerdo o a una alta ejemplaridad, la forma de los repartos autónomos por adhesión influye -a través de los repartidores y los beneficiarios- en la clase del reparto, disminuyendo su autonomía, y evidencia autoridad y planificación. Además hay que tener en cuenta la interrelación de sentido inverso: v. gr., en la medida que aumenta la ejemplaridad se hace presumible el acuerdo y pueden simplificarse las formas.

una vez debe existir una integración de funciones



LA VIDA, REFERENCIA ULTIMA DE LA LEGITIMIDAD DE UN  
REGIMEN (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI(\*\*)

En nuestro tiempo suele creerse que el consenso y la democracia (1) son los títulos máximos de legitimidad y, en realidad, son normalmente fundamentos de muy alta significación en tal sentido, pero en definitiva cualquier reparto y cualquier régimen tienen su legitimidad última en la contribución que efectúan a la vida (2).

Aunque los alcances de la "vida" pueden ser discutidos (3), resulta evidente que, en la medida que ella es tá en juego, constituye un criterio de legitimidad previo a cualquier otro, porque toda adjudicación jurídica y todo régimen suponen que haya vida. Una adjudicación o un régimen que no sirvan a la vida se "ilegitiman" a sí mismos, porque son contradictorios. Puede llegar a sostenerse -en circunstancias muy extremas, como la de legítima defensa- que determinadas personas deben morir, pero no que sea legítima la muerte general.

La vida supone, también, que haya posibilidades de rectificación, de modo que, antes de poder legitimarse por el consenso, una adjudicación o un régimen deben hacer referencia a algún mecanismo de "corrección"(4). Es obvio que no todo puede rectificarse, pero para que haya vida debe existir una integración de funciones



"orientadoras" y "reorientadoras". Un régimen que no pueda dar cuenta de un mecanismo de rectificación es, también, contradictorio e ilegítimo. En esto estriban, en parte, las conexiones profundas entre el consenso y la democracia con el clima de libertad.

El consenso y la democracia pueden legitimarse, a su vez, por el consenso acerca de ellos, pero este mecanismo de remisión no puede ser el último. Siempre hay que saber por qué es legítimo que las personas estén de acuerdo, y para sostener esta exigencia suele recurrirse, a veces sin decirlo, a la igualdad, noción ésta de franco carácter extraconsensual (5). Por su parte, la referencia a la igualdad -de nítida referencia "objetiva"- puede servir de fundamento al consenso y a la democracia, pero nunca podría ser invocada legítimamente contra la vida, porque se tornaría contradictoria, ya que se trata de la igualdad entre seres vivos.

Pretender legitimar, en última instancia, al consenso y la democracia por ellos mismos, sin una referencia a la vida, es una de las desviaciones "ideológicas" en que se debate, a menudo, el pensamiento de nuestro tiempo, ansioso por superar los autoritarismos subjetivistas y objetivistas.

\*\*\*\*\*

(\*) Nota básica de una reunión de reflexión sobre la democracia, realizada en el marco de actividades del Centro de Estudios sobre la Filosofía y la Ciencia del Derecho y la Política (CEDEPOL) de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

(\*\*) Investigador del CONICET.



- (1) La democracia puede ser comprendida con muy diversos alcances, entre los que se destacan el del mero ejercicio del consenso o el que le agrega la exigencia de respeto a la libertad (v. en relación con la noción de democracia, por ej.: SARTORI, Giovanni, "Democracia", en "Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales" (dirigida por David L. Sills), director de la edición española Vicente Cervera Tomás, Madrid, Aguilar, t.3, 1974, págs.489 y ss.; SHILS, Edward-LIPSITZ, Lewis, "Consensus", en íd., págs. 48 y ss.; STERNBERGER, Dolf, "Legitimidad", en íd., t.6, 1975, págs. 535 y ss.; BOBBIO, Norberto, "Democracia", en "Diccionario de Política" (dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci), trad. Raúl Crisafio y otros, 4a. ed., México, Siglo XXI, t.I, 1985, págs. 493 y ss.; SANI, Giacomo, "Consenso", en íd., págs. 365 y ss.; también pueden c. varios trabajos nuestros, aparecidos en "Investigación y Docencia" y en el "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", por ej. "Bases culturales de la democracia", en Investigación..." cit., N° 7, págs. 3 y ss. y "Democracia en el vacío: Democratismo", en íd, N°9, págs. 25 y ss.
- (2) Acerca de las nociones jusfilosóficas en que se apoya esta nota, v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a.reimp., Bs.As., Depalma, 1987. Respecto de la noción de legitimidad, que en última instancia supera a lo que se tiene por legítimo, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión trialista de la relación entre Derecho y legitimidad", en "III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito", págs.37 y ss.



- (3) V. al respecto, por ej. IPAS, Jorge y otros, "Vida", en "Gran Enciclopedia Rialp", Madrid, Rialp, t.XXIII, 1981, págs. 502 y ss.; FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", "Vida", 5a. ed., en Alianza Dictionaries, Madrid, Alianza, t.4, 1984, págs.3424 y ss.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.II, 1984, pág. 62.
- (5) V. RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a. imp., Harvard University Press, Cambridge, 1980.



## NOTAS PARA LA UBICACION FILOSOFICA DEL JUEGO Y EL

### TRABAJO

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

1. La Filosofía significa siempre una relación tensa entre pregunta y respuesta (1). El juego es una manera frecuentemente no consciente de la pregunta, cuya edad de oro es la niñez, en tanto el trabajo es una vía de concreción de la respuesta, que requiere cierto tipo de conciencia y es en general característica normal de la edad adulta (2). Por su alto poder interrogante, el juego es un poderoso antídoto contra la rutina y el trabajo es el máximo superador humano de la nada e instrumento de nuestra participación en la creación. Sin embargo, el juego puede desbarrancarse hacia el ensimismamiento de la mera duda, que lleva al "ocio" como inacción, y el trabajo puede desviarse al "dogmatismo", con la alienación de la "respuesta" sin pregunta, que es rutina. El "ocio" y la rutina son en sí mismos "desvaliosos" (3).

El juego es libre como la pregunta, es tan libre que la pregunta casi no se formula, tan "desfraccionante" que suele dejar oculta la pregunta y significa la última gran garantía de la "apertura" del mundo (4). El trabajo es menos libre porque se somete a la pregunta formulada para encontrar una respuesta, se apoya en la seguridad



lograda mediante el "fraccionamiento" y contribuye a consolidar el mundo, aunque también puede significar su cerramiento.

El juego genera a menudo alegría, en tanto el trabajo, corresponde a cierto grado de sacrificio y de pena(5). El juego es más afín a la apertura que corresponde a la realización del valor amor; en cambio, el trabajo se vincula más con los valores relativamente "diferenciadores" utilidad y justicia. El juego se emparenta más con la filosofía, que sabe que no sabe, y el trabajo tiene su mayor radicalización en la técnica.

2. El juego está más próximo a las distribuciones, donde se realiza el valor espontaneidad, y el trabajo corresponde más a los caracteres de los repartos, en los cuales se satisface el valor conducción (6). El juego es más afín a los repartos autónomos, que se desenvuelven por acuerdo y realizan el valor cooperación y el trabajo está más emparentado con los repartos autoritarios, que se desarrollan por imposición y satisfacen el valor poder.

El juego pretende ignorar los "límites" necesarios de los repartos y el trabajo tiende a superarlos; el primero procura marginar las "leyes" del universo y el segundo busca aprovecharlas (7).

El juego y el trabajo son vías legítimas para la personalización del individuo, resultando injusto que uno ocupe el lugar del otro, pervirtiéndolo. Sin embargo, suele ser valioso que se integren, por ejemplo, preservando ciertos despliegues de juego en el trabajo. El juego protege especialmente al individuo contra sí mismo, conduciéndolo



a superar sus propias insuficiencias; en cambio, el trabajo es una vía orientada de manera principal al amparo frente a "lo demás" (sobre todo como carencias utilitarias).

3. Aunque el juego está siempre más próximo a la pregunta que a la respuesta, los juegos de destreza se acercan más a la pregunta propiamente tal y en los juegos de azar (8) hay más vinculación con la duda. El ajedrez y la esgrima corresponderán a ámbitos frecuentemente signados por la pregunta y la lotería se desarrolla en el marco más cercano a la duda.

Los juegos de azar y la proximidad a la duda son más legítimos en la medida que las cuestiones son más superficiales o totalmente profundas, pero -en cambio- adquieren a menudo carácter perverso cuando se trata de cuestiones medianamente profundas. Por ejemplo: a la luz de la igual realización del valor humanidad puede ser legítimo el dejar a la suerte quién ha de salvarse o quién ha de sacrificarse en un grupo de náufragos; pero no lo es dejar al azar quién ha de recibir un premio artístico, científico, etc. por la satisfacción de los valores belleza, verdad, etc. La duda y el azar tienen más marco de desarrollo cuando se trata de valores fabricados relativamente intercambiables o del más profundo de los valores naturales. Una expresión sumamente perversa de la duda y el juego de azar es la "ruleta rusa", pues ambos son introducidos marginando posibilidades de la humanidad. Los juegos de destreza "desfraccionan" la justicia y los juegos de azar la "fraccionan"; los primeros "unicizan" y los segundos igualan.

Pese a que el trabajo está siempre más cercano a la



respuesta, los trabajos de planificación tienen más carga de pregunta y en los de ejecución está más cercana la respuesta radicalmente considerada. Como la pregunta es uno de los caracteres de lo humano (puede sostenerse que el hombre es el ser que se pregunta con máxima intensidad), la separación de la planificación y la ejecución sólo puede legitimarse en aras de la calidad final de la pregunta y la respuesta. Los trabajos de planificación realizan valores relativos respecto de la ejecución, pero determinan en gran medida la jerarquía de la misma. Los trabajos de planificación son más "individualizantes" (o "unicizantes") y los de ejecución más "igualadores".

4. Aunque frente a la alienación materialista es legítimo reclamar una cultura del trabajo, en definitiva hay que lograr que juego y trabajo, destreza y azar y planificación y ejecución se integren en la plena realización del fenómeno humano.

\*\*\*\*\*

- (\*) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.
- (2) Puede v., por ej., BALLY, Gustav, "El juego como expresión de libertad", trad. Jasmin Reuter, México, Fondo de Cultura Económica, 1958 (acerca del concepto de juego, c. págs. 51 y ss.); RUGGIERO, Guido de, "Il concetto del lavoro nella sua genesi storica", Roma, Colombo, 1947; BARRET, François, "Historia del trabajo", trad. Alberto Pla, 5a. ed., Bs. As., Editorial Universitaria



de Buenos Aires, 1975; ARENDT, Hannah, "The Human Condition", 8a. ed., Chicago-London, University of Chicago, 1973, págs. 79 y ss. y 136 y ss.; GHIRARDI, Olsen A., "Filosofía del trabajo", Bs. As., Depalma, 1976; VUILLEMIN, Jules, "L'être et le travail", Paris, Presses Universitaires de France, 1949; BERARDI, Rodolfo -GASTESI, Efraín Rodolfo, "El trabajo humano", en "Revista del Colegio de Abogados de Córdoba", N° 24, págs. 19 y ss.; NEFF, Walter S., "El trabajo, el hombre y la sociedad", trad. Jorge Alberto Colapinto, Bs. As., Paidós, 1972; RUSSEL, Arnulf, "Psicología del trabajo", trad. Dr. Alfonso Alvarez Villar, Madrid, Morata, 1963; BORNE, Etienne -HENRY, François, "El trabajo y el hombre", trad. Antonio Guruchani, Bs. As., Desclée, 1945; FRIEDMANN, Georges, "Problemas humanos del maquinismo industrial", trad. María Elena Vela, Bs. As., Sudamericana, 1956, págs. 35 y ss.; VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Derecho del trabajo y seguridad social", 2a. ed., Bs. As., Astrea, t.I, 1981, págs. 3 y ss.

- (3) El juego se vincula con el ocio en el sentido de entretenimiento y distracción y el trabajo se relaciona con el negocio.
- (4) El juego es camino para el trabajo creador. En el horizonte del tema, v. por ej. FROMM, Erich, "El miedo a la libertad", trad. Gino Germani, Bs. As., Paidós, 1961, esp. págs. 27 y ss.
- (5) V. por ej. RUGGIERO, op. cit., pág. 41.
- (6) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
- (7) Acerca de la independencia de las leyes naturales, c. por ej. SCHILLER, Federico, "Über das Erhabene - Sobre



lo sublime", trad. Alfred Dornheim y Juan C. Silva, Bs. As., Universidad Nacional de Cuyo, 1943, pág. 35 (respecto de las ideas de Schiller acerca del juego, v. también por ej. el estudio preliminar de Juan PROBST a SCHILLER, Federico, "De la gracia y la dignidad", trad. Juan Probst y Raimundo Lida, Bs. As., UBA, 1937).

El juego se vincula especialmente con la imaginación y la magia.

- (8) V. COHEN, John, "Azar, habilidad y suerte", trad. Atanasio Sánchez, Bs. As., Compañía General Fabril Editora, 1964.



## SIGNIFICADOS JUSFILOSOFICOS DE LOS CONTRATOS

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

1. Todas las normatividades jurídicas, incluyendo -obviamente- las de los contratos, reflejan una perspectiva y una actitud respecto del mundo. Aunque caben, así, diferentes consideraciones, creemos que es legítimo señalar -como muestras- las que formulamos a continuación, referidas a las tres dimensiones del mundo jurídico (\*\*).

2. Desde el punto de vista jurístico sociológico, es posible reconocer -v.gr.- que, si bien los contratos tienden siempre a modificar la finalidad objetiva de los acontecimientos, para ajustarla a la finalidad subjetiva de los contratantes, hay contratos donde la intervención de esta finalidad subjetiva es mayor, según sucede en los que tienen prestaciones en dinero (donde se amplían las posibilidades por vía de la abstracción monetaria) y en la marginación de contraprestación, que se muestra de modo principal en la donación. En cambio, quizás el más alto juego de la finalidad objetiva se encauce a través de los contratos aleatorios. Puede decir



se así que, pese a ser todos los contratos formalizaciones de "repartos", realizadores del valor conducción, hay contratos más "repartidores", donde se recoge más la finalidad subjetiva, y otros más "distribuidores", en los cuales hay mayor imperio de la finalidad objetiva -realizándose el valor espontaneidad-, según sucede en la referencia al azar de los contratos aleatorios.

A diferencia de los derechos reales, que tienen un significado más estático, los contratos poseen, en general, una función "dinamizante" de la vida jurídica. La dinámica significa cambio, fuerza y movimiento, y cabe analizar en qué medida los principales contratos son aportes para el cambio, el fortalecimiento y la movilización. Cuando los contratos sirven principalmente al cambio, se refieren más al presente; en tanto que si son de fortalecimiento y, sobre todo, de movilización, se orientan más al futuro. Los contratos de fortalecimiento tienden a afirmar el futuro desde el presente.

El máximo nivel de cambio está representado por el mutuo, en el cual las cosas pierden su ya limitada identidad, sobre todo cuando se trata de dinero, y por la compraventa, donde se recurre a la abstracción monetaria para facilitar la referencia a las cosas en juego y, más allá, a otros bienes. Sin embargo, el cambio está también nítidamente presente en la permuta, en la cual se cambian -con alto grado de realidad- cosas por cosas y en la donación, donde lo que varía es la persona propietaria. La cesión de créditos, referida a veces a la compraventa y otras a la permuta, agrega un importante factor de movilización por el objeto.

El fortalecimiento máximo de la relación contractual se logra -v.gr.- a través de la fianza (referida a per-



sonas) y, asimismo, tiene importante sentido de fortalecimiento la sociedad (más relacionada con personas y bienes).

La más alta expresión de la movilización se muestra en los contratos aleatorios, con un relativo "vaciamiento" de contraprestación, pero también hay movimientos significativos en el mutuo (sobre todo, cuando se refiere a dinero, donde alcanza especial grado de abstracción) y el comodato (que permanece más vinculado a la identidad de la cosa), resultando ambos más puramente relacionados al tiempo. Asimismo son contratos de movilización la locación (sobre todo, cuando en lugar de referirse a cosas -que la acercan más al tiempo- se vincula con obras o servicios, donde adquiere connotaciones productivas), el depósito (que muestra un despliegue de desplazamiento personal de la guarda de la cosa) y el mandato (donde el sentido de la movilización es más personal).

Los contratos de "fortalecimiento" son los más afines a la consolidación del orden de repartos, con su realización inherente del valor homónimo "orden", y los más "revolucionarios", porque cambian el orden, son los contratos de "movilización", entre los que se destaca el mutuo, en especial cuando es por dinero, por su relativo "vaciamiento" de los caracteres de los repartidores y los criterios de reparto.

3. En relación con el enfoque jurístico normológico, los contratos son, en general, una de las grandes referencias conceptuales para comprender los fenómenos jurídicos, pero hay algunos que son más puramente contractuales, como la compraventa, en relación con otros que



son mucho más afines a la institución, como la sociedad.

En concordancia con lo dicho anteriormente, cabe señalar que los contratos más afines al orden tienden, a su vez, a la constitución del ordenamiento normativo, con su realización del valor coherencia, en tanto los contratos más "revolucionarios" se encaminan, por su parte, a marginar dicha ordenación.

4. Desde el punto de vista jurístico dialéctico, los contratos pueden ser perfilados desde diferentes clases de justicia, resultando reconocible, por ejemplo, que el comodato es una de las expresiones más puras de la justicia simétrica, cuyo desarrollo se facilita en los contratos con prestaciones en dinero, en tanto la donación es la máxima manifestación de la justicia espontánea y la compraventa da claro cauce a la justicia conmutativa. La sociedad figura en el máximo nivel contractual de la justicia de participación.

Según señalamos, a través de algunos contratos se contempla más la dinamización del presente, en cambio en otros se atiende más a la dinamización del porvenir. Como el material estimativo de la justicia en el Derecho abarca estos dos sentidos del tiempo -sin marginar, tampoco, la estimación del pasado- los contratos pueden comprenderse como una diversidad de perspectivas para atender a los requerimientos de esa "panotonía". Es más, por ejemplo, cabe señalar que los contratos "reales" son más "desfraccionantes" del complejo real, en tanto los contratos "consensuales" tienden a "fraccionar" dicho complejo produciendo, como en todos los cortes de la justicia, seguridad jurídica. Aunque los contratos son muy



afines a la búsqueda de la seguridad, lo son más cuando se perfeccionan por consenso.

En general los contratos tienden al fortalecimiento de los individuos, principalmente en su necesidad de protección frente al régimen. No obstante, puede agregarse que hay contratos, como la compraventa, que tienden también de manera significativa al amparo contra "lo demás" (mediante la provisión de cosas o dinero necesarios) y contratos donde el individuo se fortalece más respecto del régimen por su unión con los demás, según sucede en la sociedad. Los contratos aleatorios pueden significar retrocesos en la protección del individuo frente a sí mismo y respecto de "lo demás" (en el sentido del azar).

5. En el horizonte político general, los contratos pueden comprenderse a la luz de las otras ramas de la convivencia y de sus valores respectivos, aunque en general están especialmente vinculados a la política económica y a la realización del valor utilidad. Algunos contratos, como la compraventa, el mutuo -sobre todo cuando es de dinero- y la sociedad se relacionan con ella de manera más significativa, contribuyendo (de modo principal cuando son "comerciales") al despliegue más puro del sistema capitalista. En cambio, la donación es una importante muestra de presencia de la política erológica y de su valor respectivo, el amor (cabe hablar, en general, de cierto "afecto contractual").

6. En el horizonte filosófico general, los contratos suelen abrir cauces para desviaciones idealistas gené-



ticas, según las cuales se considera al sujeto creador del objeto. Sin embargo (luego de puntualizar el acierto del realismo genético) puede señalarse que los contratos consensuales son marcos para que esas desviaciones se hagan más posibles, en tanto los contratos reales significan precisamente un llamado de atención hacia el realismo genético.

\*\*\*\*\*

(\*) Investigador del CONICET.

(\*\*) Puede v., sobre todo acerca de las clasificaciones de los contratos, por ej. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Teoría General del Contrato", 2a. ed., Rosario, Orbir, 1976, págs. 55 y ss. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en la que se inspiran varias de estas notas, puede c.v.gr. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

Aunque no abrimos juicio sobre la diferenciación de contratos "civiles" y "comerciales", en la ejemplificación nos referimos a contratos contemplados en el Código Civil Argentino.



COMENTARIOS SOBRE LA NUEVA LEY FEDERAL SUIZA DE DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO

Mariel Susana MULET (\*)

Alfredo Mario SOTO (\*\*)

La nueva ley federal suiza sobre el derecho internacional privado sancionada a fines del año 1987, introduce en la materia un desarrollado espíritu liberal, que se manifiesta, por ejemplo, en multiplicadas atribuciones conferidas a los jueces, en especial, en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Sin perjuicio de ello, la insistencia en el resguardo de los intereses suizos, sobre todo económicos, resulta evidente en la admisión, entre otras, de leyes suizas de aplicación inmediata. La mayoría de las disposiciones de esta ley consagran precedentes jurisprudenciales en cuanto a la regulación de problemas internacionales, completando así carencias de la ley anterior (1).

Merece destacarse el abandono de la nacionalidad como punto de conexión principal al que por ejemplo se sometían anteriormente las cuestiones de estado, siendo reemplazado por el de domicilio y subsidiariamente, en materia de contratos, actos ilícitos, adopción, sociedades, etc., por el de la residencia habitual. No obstante ello, el derecho de la nacionalidad continúa rigiendo algunos temas del divorcio de cónyuges extranjeros con nacionali



dad común (art. 61 ap. 2). En cuanto al domicilio y la residencia habitual, éstos poseen sendas calificaciones jurídicas plasmadas en los arts. 20, 66 y 102. La jerarquización del punto de conexión residencia habitual responde en parte a influencias de las Conferencias de La Haya acerca de la circulación rutera, obligaciones alimentarias y protección de menores (2).

La parte general de la ley consta de tres secciones: competencia, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias y decisiones extranjeras; valorizando de esta forma las cuestiones competenciales como lógicamente previas a las del derecho aplicable.

En cuanto a la elección del foro, la ley admite que las partes escojan a los tribunales suizos de un determinado cantón para entender en un caso, aún cuando éste no presente una relación estrecha con Suiza, ya que presumen que son los jueces suizos los más calificados para aplicarlo.

La ley prevé un foro de necesidad u ordinario, configurado en la hipótesis de que no se determine foro en Suiza y que un procedimiento en el extranjero resulte imposible o no se pueda razonablemente exigir que él sea introducido en Suiza; en este caso, las autoridades judiciales o administrativas suizas del lugar con el que la causa presente una relación "suficiente" son competentes (art. 3). Los términos utilizados en esta disposición parecen ser demasiado vagos o imprecisos, por lo cual corresponde al juez resolver el alcance de los mismos, quien, al parecer, será más generoso con el elemento extranjero en materia de derecho de familia que en el derecho comercial (3).

Entre los foros exorbitantes, encontramos en la parte



especial el de origen o nacionalidad, para materias tales como efectos generales del matrimonio, divorcio, filiación, adopción. Por medio de éste, los suizos domiciliados en el extranjero que no puedan iniciar la demanda en su domicilio sino sólo en condiciones intolerables, pueden hacerlo en Suiza. Otro de los fueros exorbitantes es el de secuestro, receptado en la ley de quiebras suiza, por intermedio del cual un acreedor, aunque domiciliado en el extranjero, podrá secuestrar los bienes que su deudor posee en Suiza no obstante este último no se domicilie allí.

A partir del art. 13 y hasta el 17, el derecho aplicable se determina de acuerdo al método de las reglas de conflicto, suavizado en el art. 15 por el "principio de proximidad" que consagra la cláusula de excepción. Dicha disposición resulta novedosa y surge como contrapartida a las críticas que juristas norteamericanos habían hecho respecto de las reglas de conflicto considerándolas abstractas, mecánicas, ciegas y que no sirven a la verdadera justicia. El legislador suizo había contestado a todo ello aumentando el número de las reglas de conflicto de manera tal que abarcaran la mayor cantidad de situaciones posibles, logrando así una mayor cohesión y seguridad; no obstante, quedaban lagunas provocadas por la imposibilidad de prever todos los casos (4). Con el objeto de solucionar todo esto y contribuir a la justicia material es que se incluyó en la nueva ley este art. 15 que faculta al juez a dejar de lado el derecho aplicable si, considerado el conjunto de circunstancias, resulta manifiesto que la causa no tiene más que una vaga relación con ese derecho y, en cambio, se encuentra en una



relación mucho más estrecha con otro derecho. Esta disposición no se aplica en caso de elección de derecho.

Si bien algunos autores consideran a esta cláusula de excepción como una "mini reserva de orden público", es decir, que mediante ella el juez tendría otra posibilidad de evaluar el derecho extranjero, es dable considerar que lo que aquí se pondera son los puntos de conexión y no el derecho extranjero (5).

En cuanto al alcance de la regla de conflicto el art. 13 dispone que el carácter de derecho público de una disposición no excluye su aplicación; resultando de esta forma irrelevante la distinción entre derecho público y privado. Si bien el artículo permite suponer la admisión del reenvío, la doctrina, conteste en general en su rechazo, restringe su alcance. Por ello el artículo 14 limita la posibilidad del reenvío del derecho aplicable al derecho suizo u otro, al supuesto de que esta ley lo prevea expresamente. Sólo es aceptado abiertamente el reenvío de la ley extranjera al derecho suizo en materia de estado civil (6).

La constatación del derecho extranjero queda a cargo del juez pudiendo ser requerida la colaboración de las partes, quienes quedan facultadas para intervenir con mayor libertad en materia patrimonial. Cuando el contenido del derecho extranjero no pueda ser establecido, supuesto casi inverosímil en el seno de una sociedad tan desarrollada como la suiza, se aplicará el derecho suizo. A pesar de que el anteproyecto de esta ley contemplaba para tal hipótesis el recurso al derecho más próximo, postura elogiada por su mayor respeto al elemento extranjero, en la nueva legislación queda, con



sagrada, desafortunadamente, la obligación de acudir al derecho de la Confederación, evidenciando una vez más el excesivo apego a la protección de los intereses nacionales (7).

Algunos fenómenos de la realidad social iusprivatis ta internacional, como la aplicación de normas imperativas referidas a la tutela del trabajador, locatarios, etc., quedan positivizadas por medio de esta ley a través de las llamadas reglas de aplicación inmediata. De esta forma se produce un mayor sinceramiento, por parte de Suiza respecto de los demás países europeos, en relación a esta clase de disposiciones, aún cuando no parece acertado incluir en una ley de derecho internacional privado cláusulas de esta naturaleza.

Con relación a estas reglas de aplicación inmediata, el art. 19 acepta también la recepción de normas imperativas de derecho extranjero que tengan una relación estrecha con el derecho declarado aplicable, siempre que la concepción suiza del derecho así lo exija. Algunos opinan que esto implica una sumisión del juez suizo al dictamen del extranjero y que también restringe la autonomía de la voluntad porque esta disposición es aplicable aún en los supuestos en que las partes hayan elegido el derecho, lo que acarrearía problemas en el orden internacional. En consecuencia la doctrina aconseja la interpretación restrictiva de este artículo y concordantemente con esto último, la experiencia indica que los jueces suizos se rehúsan a aplicar normas imperativas extranjeras, verbigracia, en lo concerniente a divisas(8).

La autonomía de la voluntad se encuentra consagrada en la parte especial de manera amplia. La misma sólo que da limitada por el orden público, la aplicación de normas



imperativas del derecho suizo o extranjero, de las que nos ocupáramos anteriormente, y para ciertas categorías de contratos. Esto último sucede en materia de contra-tos celebrados con consumidores, donde la elección de derecho queda expresamente excluída y en cambio, las re-laciones entre las partes se regirán por la ley de resi-dencia habitual del consumidor. También existen restric-ciones en cuanto a la elección del derecho aplicable en el área del derecho del trabajo. La ley enumera taxati-vamente sólo tres derechos a escoger: el de la residen-cia habitual del trabajador, el derecho del país donde se encuentra el establecimiento en el que se prestan los servicios, o el del domicilio o residencia habitual del em-pleador (9).

En caso de no haber elección de derecho, se aplicará, de acuerdo a la teoría de la proximidad adoptada, el de-recho que tenga una relación más estrecha con la causa teniendo siempre en cuenta la preferencia de esta nueva legislación en favor de la ley de la residencia habitual o del lugar del establecimiento comercial de la parte que da la prestación característica, calificada esta última para una gran diversidad de categorías de contratos por el art. 117 de la ley, punto 3º (10).

En cuanto a la forma, la fórmula "lex loci actus" de-ja de ser la única capaz de regirla. El contrato será vá-lido tanto si el mismo cumplió alternativamente las exi-gencias del derecho del lugar donde se celebró, como si cumplió la de la "lex contractus" (elegida por las par-tes) o la "lex rei sitae" si de por medio encontramos ne-gociaciones inmobiliarias (11).

Siguiendo las corrientes mas modernas, el legislador sui-zo se rehusó a mantener el principio de la "lex loci de



liciti commissi" en caso de actos ilícitos. Da preferencia a la ley del domicilio, residencia habitual o lugar del establecimiento del demandado para regir las relaciones que surjan luego de cometido el acto. Ahora bien, si de acuerdo a los puntos de conexión dados anteriormente, no es el derecho suizo el declarado aplicable, entonces la ley del lugar donde el acto ilícito fue cometido sí será la autorizada para reglar las consecuencias jurídicas que de él surjan.

Existen además conexiones particulares que rigen el tema de actos ilícitos, entre ellas la ley de residencia del establecimiento productor, del damnificado o la del Estado donde el bien fue adquirido en materia de actos ilícitos cometidos a través de productos elaborados. En cuanto a ilícitos relacionados con la circulación rutera, las disposiciones de la Convención de La Haya son aplicables. Suiza no reconocerá otros daños e intereses distintos de los que su derecho acuerda al lesionado. Esta cláusula debe entenderse como que no acepta indemnizaciones de naturaleza distinta a las concedidas por el derecho suizo, consecuentemente, a manera de ejemplo, desconoce los "punitive damages" del derecho americano. La nueva ley suiza contempla también otros casos particulares de actos ilícitos, como el atentado a los derechos de la personalidad, regido por la ley más favorable al damnificado y la responsabilidad por competencia desleal que se someterá a la ley del Estado del mercado en el que el resultado se produjo (12).

\*\*\*\*\*

(\*) Egresada adscripta al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.



(\*\*) Ayudante de Investigación del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(1) Ver KNOEPFLER, François y SCHWEIZER, Phillipe, "La Nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)" en Revue Critique de droit international privé, t. 77, N° 2, 1988, págs. 207 y ss.; también cabe citar CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La parte general del derecho internacional privado en la nueva ley federal suiza del 18 de diciembre de 1987", en "Investigación y Docencia", N° 7, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988, págs. 15 y ss.

(2) V. KNOEPFLER - SCHWEIZER, op. cit., págs. 209 y ss.

(3) íd. págs. 218 y ss.

(4) íd. págs. 226 y ss.

(5) íd.; t.p.v. CIURO CALDANI, op. cit., pág. 15.

(6) V. KNOEPFLER - SCHWEIZER, op. cit., págs. 225 y ss.

Acerca de las ventajas y desventajas del reenvío puede verse VICO, Carlos M., "Curso de Derecho Internacional Privado" compilado por Isauro P. Argüello - Pedro Frutos, 6a. ed., t. I, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1967, págs. 169 y ss.; ZUCCHERINO, Ricardo M., "Derecho Internacional Privado" con la colaboración de la Dra. Liliana E. Rappallini, La Plata, Lex, 1976, págs. 151 y ss.; PARDO, Alberto Juan, "Derecho Internacional Privado", Parte General, Bs. As., Abaco, 1976, págs. 306 y ss.; ROMERO DEL PRADO, Víctor N., "Derecho Internacional Privado", t. I, 2a. ed., Córdoba, Assandri, 1961, págs. 595 y ss.



- (7) V. KNOEPFLER - SCHWEIZER, op. cit., págs. 233 y ss.; CIURO CALDANI, op. cit., pág. 17. Acerca de la teoría del uso jurídico ideada por Werner Goldschmidt puede verse GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 137 y ss.; también cabe citar el reciente fallo C.S., 3/11/88 - Z.T., M.M.G. v. S, C.J.F., con nota de Augusto Mario Morello y Gualberto Lucas Sosa: "Las normas indirectas y la nulidad del matrimonio - Un enfoque desde la perspectiva del recurso extraordinario-", en J. A., entrega diaria del 22/2/89, págs. 10 y ss., en el que se destaca el acierto de esta teoría.
- (8) V. KNOEPFLER - SCHWEIZER, op. cit., págs. 228 y ss. En favor del reconocimiento de leyes de aplicación inmediata ver BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", t. I, 2a. ed., Bs. As., Depalma, págs. 313 y ss.
- (9) V. STOJANOVIC, Srdjan, "Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé" en "Revue...", cit., págs. 267 y ss.
- (10) íd., págs. 276 y ss.
- (11) íd., págs. 280 y ss.
- (12) íd., págs. 282 y ss.



- 51 -

PLANTEO COMPARATIVO DE LA AXIOLOGIA JURIDICA EN LA  
EGOLOGIA Y EN EL TRIALISMO (\*)

Alfredo Mario SOTO (\*\*)

La Axiología Jurídica, entendida como el estudio general de los valores en el campo del Derecho, se ha visto sin duda enriquecida en nuestro siglo por los aportes de dos escuelas jusfilosóficas nacidas en Argentina: la Egología, fundada por Carlos Cossio, y el Trialismo, fundado por Werner Goldschmidt (1).

Entre los puntos de contacto existentes entre ambas teorías podemos destacar que los valores positivos (2) de que habla Cossio son similares a los indicados en la dimensión sociológica del mundo jurídico según el pensamiento de Goldschmidt (3). Se reconocen así el poder, la cooperación, la solidaridad, el orden, la paz y la seguridad (cuya inclusión merece cierta explicación ya que básicamente no es considerada como un valor para el Trialismo, sino en un determinado aspecto -4-), coronados todos estos valores por la justicia, que merece una dimensión especial para el maestro de origen alemán.

La Egología destaca entre los valores positivos aquellos que son más fuertes (más fáciles de realizarse en la vida) y a la vez menos dignos, con menor jerarquía,



llamados "fundados" y "heterónomos" por un lado, y por el otro los menos fuertes pero más dignos, llamados "fundantes" y "autónomos". De esta manera se reconoce cierta preferencia o superioridad axiológica de algunos valores respecto de otros. Así, por ejemplo, el Trialis mo compartiría en principio que la paz, considerada como orden con justicia, es, a pesar de su carácter relativo, superior al orden, aunque sin llegar a ser un valor absoluto ya que en el Derecho el único valor absoluto es la justicia. Es dable sostener con Cossio que tener orden es tener siempre un grado de justicia, así como para Goldschmidt el orden produce siempre una pacificación. Además existe una preferencia óntica (es decir, de posibilidad de existencia por sí misma) y dikelógica (de justicia) de la solidaridad (valor propio de la e emplaridad) respecto de la previsibilidad (valor propio del plan de gobierno en marcha) correspondiendo am bos a los dos modos constitutivos del orden de repartos (5). A nuestro parecer el último valor referido es identificado por Cossio como orden, en el sentido de re gularidad en la secuencia de acontecimientos, determinando un lugar para cada cosa, un momento predecible pa ra cada suceso, y está ubicado como valor menos digno que la solidaridad, aunque en planos diferentes. En el mismo plano en que se ubica el orden, Cossio halla la seguridad, entre cuyas acepciones Goldschmidt puede se ñalarla como idéntica al orden de repartos, condición imprescindible de la existencia del Estado (6) de mane ra que habría también una cierta coincidencia al subra yar la jerarquía de la seguridad (en cuanto orden) con referencia al orden (en cuanto previsibilidad).

Es por ese motivo, nos parece, que existen sólo valo-



Compartimos, valga la reiteración, la idea de que la falta de orden da lugar al desorden (según Cossio) o arbitrariedad (según Goldschmidt). Y aclaremos que si a la seguridad la tomamos como idéntica al orden de los repartos, la falta de seguridad, es decir la inseguridad, equivaldría al desorden.

Es posible coincidir en algunos otros aspectos. Si bien, repetimos, en sus planteos fundamentales el Trialismo no estima que la seguridad sea un valor, con la salvedad hecha anteriormente, sino básicamente un producto del fraccionamiento de la justicia (12), como esto es provocado por la necesidad de limitar la justicia pantónoma (que valora todas las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras) a una circunstancia concreta, podríamos acercarnos a Cossio en cuanto éste sostiene que la seguridad responde al plano de la coexistencia circunstancial (13), mundanal, protegiendo al individuo, en especial, contra lo demás.

En cuanto al poder, que la Egología ubica en el plano de la coexistencia en cuanto personas, el plano de la unicidad, se aproximaría a la idea trialista de que corresponde a la realización del reparto autoritario aisladamente considerado. En cambio la solidaridad, que se ubica en el plano de la coexistencia en cuanto sociedad, se referiría a uno de los modos constitutivos del régimen u orden de repartos, no de los repartos aislados.

Tomando los aportes de Ciufo Caldani a la Axiología dikelógica trialista (14) podríamos decir que de alguna manera para que se realice la justicia, y en realidad cada uno de los valores, debe haber relaciones de coadyuvancia entre los valores del mismo nivel jerárquico (integración) y entre los de diferente nivel (contribución),



y no oposición ilegítima (secuestro) entre valores de distinto nivel (subversión o inversión según sea el valor inferior o el superior el que se alce contra el superior o el inferior, respectivamente) o entre valores del mismo nivel (arrogación). La Egología también lo destaca diciendo que para que la justicia se realice deben efectivizarse todos los otros valores, por eso cuando hay crisis de un valor positivo de autonomía debe acudir en su auxilio uno de heteronomía, el cual, si es en cambio desplazado por un valor negativo por defecto produce el cese de la comunidad por aparición de todos los valores negativos por defecto, y si el valor positivo entra en crisis por un valor negativo por exceso, se produce la crisis del hombre por aparición de todos los valores negativos por exceso y los negativos por defecto correspondientes únicamente a los valores positivos fundantes (15).

En cuanto a las clases de justicia señaladas por Ciu-ro Caldani, una de ellas, la extraconsensual, referida a los repartidores del reparto aislado, se apoyaría más en el poder, cuyo exceso produce el decisionismo, que al decir de Cossio se manifestaría en la opresión, recordando que en el pensamiento de este autor el poder pertenece al plano de la unicidad.

De los tres despliegues del valor justicia (valencia, valoración y orientación) destacados por Goldschmidt, el más importante es la valoración de la adjudicación concreta (16). Asimismo la Egología sostiene que la justicia del caso no está sólo relacionada con proposiciones abstractas sino sobre todo en las posibilidades que la situación nos presenta.



En lo que quizás Goldschmidt llamaría complejidad impura, Cossio sostiene que la justicia es la mejor manera de entendimiento societario, social, y que entre todas las alternativas fácticas y lógicas que presenta la conducta, una es la mejor, la más justa (17). El Trialismo, con su complejidad pura, ha resuelto dicha elección en el reparto, en especial a través de las nociones de potencia e impotencia (18).

Finalmente coincidimos que para cada caso hay una solución que es la mejor, una solución objetiva, que corresponde a la intrínseca característica del caso, reconociendo así la objetividad circunstanciada de la justicia.

\*\*\*\*\*

- (\*) Ideas básicas de la comunicación del autor a las V Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.
- (\*\*) Ayudante de Investigación.
- (1) Acerca de la Teoría Egológica del Derecho puede verse: COSSIO, Carlos, "La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964; "La teoría egológica del Derecho. Su Problema y sus Problemas", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963; "El Derecho en el derecho judicial", 3a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963; "La "causa" y la comprensión en el derecho", 4a. ed., Bs. As., Juárez, 1969; CUETO RUA, Julio César, "Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University, 1981, esp. págs. 205 y ss.; "Métodos judiciales de interpretación del Derecho", trad. Ciro L. Ciliberto Infante, en Boletín del Centro de Investigaciones



- de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N°8, págs. 37 y ss.; "La Egoología", en Revista de la Facultad de Derecho de la UNR, Nos. 7/9, págs. 68 y ss. Respecto de la Teoría Trialista del mundo jurídico puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 4a. ed., Bs. As., Depalma, 1973; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FIJ, 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, FIJ, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986.
- Acerca de las personalidades y obra de los fundadores de ambas teorías p.c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Carlos Cossio y Werner Goldschmidt (In memoriam)", en Revista Brasileira de Filosofía, vol. XXXVII, fasc. 149, págs. 3 y ss.
- (2) V. COSSIO, "La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto...", op. cit., págs. 562 y ss.; CUETO RUA, "Judicial..." cit., págs. 215 y ss.
- (3) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 43 y ss.
- (4) V. al respecto GOLDSCHMIDT, Werner, "Justicia y Verdad (Derecho y Filosofía)", Bs. As., La Ley, 1978, págs. 515 y ss.
- (5) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 107 y ss.
- (6) V. supra cita (4).
- (7) V. COSSIO, "La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto..." cit., págs. 574 y ss; CUETO RUA, "Judicial..." cit., págs. 215 y ss.
- (8) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 417 y ss.



- (9) V. COSSIO, "La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto...", cit., págs. 569 y ss.; CUETO RUA, "Judicial..." cit., págs. 215 y ss.
- (10) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 112 y ss.
- (11) Id., págs. 66 y ss.
- (12) Id., págs. 401 y ss.
- (13) V. COSSIO, "La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto..." cit., págs. 565 y ss.; CUETO RUA, "Judicial..." cit., págs. 256 y ss.; CIURO CALDANI, "Carlos Cossio..." cit., pág. 4.
- (14) V. CIURO CALDANI, "Estudios de Filosofía..." cit., t. II, 1984, págs. 16 y ss.
- (15) V. COSSIO, "La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto..." cit., págs. 594 y ss.; CUETO RUA, "Judicial..." cit., págs. 253 y ss.
- (16) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 387 y ss.
- (17) V. COSSIO, "La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto..." cit., págs. 610 y ss.; CIURO CALDANI, "Carlos Cossio..." cit., pág. 4.
- (18) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., prólogo a la 4a. ed.; CIURO CALDANI, "El Trialismo, Filosofía Jurídica de la Complejidad Pura", en El Derecho, entrega diaria del 1-2-88; MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Reflexiones sobre la jurística sociológica de Werner Goldschmidt", en Investigación y Docencia, N° 7, págs. 57 y ss.



## TEMAS EN DEBATE

### PERSPECTIVAS POSIBLES PARA COMPRENDER LA CIRCUNSTANCIA POLITICA ARGENTINA

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

El 14 de mayo de 1989 el pueblo argentino elegirá un amplio marco de renovación de sus autoridades, donde según los estudios sociológicos efectuados, de resultados relativamente coincidentes, decidirá entre dos fuerzas políticas principales: la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista. Son muchas las líneas de comprensión con que la Filosofía puede contribuir a esclarecer la decisión, en cuanto a los significados de las dos fuerzas y sus afinidades y diferencias con los otros partidos políticos. Entre esas líneas, por ejemplo, se encuentran la posición anteriormente "krausista" (yrigoyenista) y hoy predominantemente analítica y liberal de la Unión Cívica Radical y los enfoques más hegelianos, aristotélicos, "socialcristianos" y "desarrollistas" de influencia sansimoniana que conviven en el Partido Justicialista, determinando -v.gr.- la mayor afinidad de la Unión Cívica Radical con la Unión del Centro Democrático (1). Sin embargo, en estas líneas nos ocuparemos de la relación de las dos agrupaciones principales con la



duda, la pregunta y la respuesta (2).

La difícil relación filosófica entre pregunta y res  
puesta constantemente renovadas, que supera por un lado  
la duda y por el otro la respuesta dogmática, viene de  
sarrollándose sobre todo desde la antigüedad griega, lue  
go que -con el aporte de la duda sofista- se rompió la  
respuesta "re-religiosa" (3). La respuesta, sobre todo en  
la medida que pretende ser profunda, es a menudo genera  
dora de más autoridad superficial; la tensión de pregun  
ta y respuesta ( que "uniciza", iguala y comunitariza)  
tiende a la democracia, al liberalismo y a la "res publi  
ca" entendidos en profundidad, pero la duda lleva al de  
mocratismo consensualista y al anarquismo de superficie  
y a la masificación de fondo, dando posibilidades al au  
toritarismo oculto.

Al autoritarismo de raíces religiosas y metafísicas  
del tiempo antiguo y medieval, le sucedió el pensamien  
to democrático y liberal, más afín con la gnoseología  
y la axiología (correspondientes al mayor distanciamien  
to entre sujeto y mundo). Es en este marco que se formó  
el espíritu "científico" (4). Hoy, concordando de cierto  
modo con una actitud de relativo "ensimismamiento" y de  
"alienación", en que el hombre a la vez se aísla del mun  
do y se disuelve en él, se producen en los países "desa  
rrollados" dos niveles de planteo que significan la de  
sintegración de la pregunta: uno, más superficial, es el  
de las corrientes de pensamiento "filosófico" que, sin  
embargo, se detienen a menudo en la duda, como son -des  
de diversas perspectivas- la filosofía analítica más es  
tricta y el movimiento crítico; el otro, que subyace, es  
la respuesta dogmática del capitalismo y el tecnicismo,  
que -en parte mediante la duda- busca no recibir cuestio



res afinidades estatales y católicas del justicialismo y se acerca al "centrismo". Dentro del radicalismo, los viejos ingredientes krausistas son más afines al justicialismo que los analíticos y liberales.

También podría señalarse, en relación con ideas de Hegel referidas a la "eticidad", que la Unión Cívica Radical -y en afinidad con ella la Unión del Centro Democrático- se remite más a la "sociedad civil", en tanto el Partido Justicialista tiene más en cuenta al Estado.

- (2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.
- (3) No es sin motivo que los atenienses condenaron a muerte al primer gran filósofo, que fue precisamente un filósofo "de pregunta".
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
- (5) Tensiones análogas se han registrado en otros momentos culturales, por ejemplo, entre la apariencia de santidad y la mayor profundidad de la referencia a la utilidad y al poder en la Conquista de nuestra región.
- (6) Quizás pueda sostenerse, también, que la Unión Cívica Radical y la Unión del Centro Democrático representan el ámbito "angloafrancesado", en tanto el Partido Justicialista significa más parentesco con la cultura hispánica tradicional, afectado, sin embargo, por sus raíces obreras (puede v. nuestro artículo "La escisión de la conciencia jurídica y política argentiti



na", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.; asimismo podrá c. "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 12, en prensa).

En una perspectiva referida a las clases sociales, podría señalarse que las raíces más firmes del justicialismo están en la clase "obrera", en tanto los soportes últimos del radicalismo se nutren en la "clase media" (pequeña burguesía sobre todo burocrática y profesional) y el centrismo se alimenta más de la "clase media-alta" (por ejemplo, comerciantes de mayor giro) y en la "clase alta" (financistas, terratenientes, etc.). Aprovechando ideas sansimonianas puede expresarse que, pese a cierto desplazamiento hacia el discurso económico, a través de su candidato presidencial, la Unión Cívica Radical está signada por su presentación de fuerte tono "metafísico" legalista de la campaña presidencial anterior. No obstante tener algunos integrantes "teológicos" (que sus adversarios se encargan de subrayar), el justicialismo se afirma en un discurso "productivista" (tradicionalmente se trata de un "productivismo" con inclinaciones estatistas). De aquí que uno de los interrogantes del comportamiento electoral es la actitud que asumirán los pequeños empresarios. En esta perspectiva sansimoniana importaría saber en qué medida el justicialismo conseguirá nuclear a los sectores de la "producción" (cabe mencionar, por ej.: MENEM, Carlos - DUHALDE, Eduardo, "La Revolución Productiva", 2a. ed., esp. págs. 117 y ss.).



## RESEÑA

SEVE, René, "Le mouvement de la philosophie du droit contemporaine" ("Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques", 1988. 21, págs. 171/179).

En este interesante artículo, aparecido en el número especial de homenaje al décimo aniversario de la "Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques", el profesor René Sève desarrolla ideas expuestas por él en el tomo 33 de los "Archives de philosophie du droit" y formula apreciaciones que, por su significado para la comprensión de la Filosofía del Derecho de nuestro tiempo, resulta importante difundir mediante "Investigación y Docencia".

René Sève señala dos tendencias aparentemente antagónicas en la Filosofía del Derecho de nuestro siglo y "grosso modo" sucesivas: una orientación, reinante en la primera mitad del siglo, es esencialmente relativista en ética y positivista en teoría del Derecho, la segunda, aparentemente hoy dominante, es universalista y humanista.

Destaca el autor que el comienzo de este siglo ha estado caracterizado, en la Filosofía occidental, por el rechazo de la Metafísica, del cual participan tanto Nietzsche como Russell. Los juicios de valor parecen relativos a los individuos, a los grupos sociales y a las épocas históricas. Las proposiciones éticas no expresan verdades morales, sino voluntades (Nietzsche), libertades



(Sartre), emociones (Ayer, Stevenson), ideologías o mentalidades (marxismo y sociologismo) y, en definitiva, parecería posible afirmar, siguiendo a Wittgenstein, que no son proposiciones provistas de sentido y que la ética no se puede expresar. La manifestación de esta primera tendencia en el campo del Derecho se muestra en Kelsen, Ross, Bobbio, etc.

En tal universo relativista en el plano ético, sólo puede haber un deber ser "objetivo" en el Derecho Positivo y, con palabras del propio Sève, cabe señalar que "Abandonné à lui-même, le positivisme ne peut alors, quoi qu'en disent ses défenseurs, que favoriser la soumission à l'ordre établi, non certes par devoir, mais presque par nécessité..." (pág. 173). De aquí que los más lúcidos positivistas han sentido la necesidad de completar el punto de vista de la teoría del Derecho por el de la Filosofía Política, adhiriéndose a la democracia. Sin embargo, el Autor cita a K.O. Apel para afirmar que el recurso a las convenciones democráticas deja en pie el problema de saber, respecto de todo hombre (gobernante o gobernado) si es un deber tender en principio, en toda cuestión práctica, a un acuerdo con los otros hombres y respetar el acuerdo así concluido o, si esto es imposible, de actuar al menos en el espíritu de un acuerdo anticipado.

La problemática de mostrar cómo hacer surgir un verdadero valor, común a todos, a partir de la oposición de los valores de cada uno, surge de la pretensión del segundo de los movimientos filosóficos referidos, de resolver las dificultades del primero. Ese segundo movimiento significa una posición de retorno a la Filosofía del Derecho, en su forma universalista y humanista. La propia



ciencia ha mostrado la presencia de elementos supraempíricos -en primer lugar, la aceptación de ciertos valores (verificabilidad, coherencia, simplicidad, etc.)-y, sobre esta base, se presenta una alternativa clara. La primera posibilidad es relativizar (según la ética) a la misma ciencia, como lo hizo Nietzsche, a quien ha seguido Foucault, pero entonces ningún discurso puede pretender objetividad, ni siquiera el mismo discurso relativista (por lo cual H. Putman, por ejemplo, considera a la epistemología foucaultiana o khuniana como autorrefutadas). La segunda posibilidad es retomar, contra el cientificismo, la racionalidad de un discurso ético fundamental, subyacente tanto a los juicios "epistémicos" como a los juicios morales, que permita fundar a estos últimos.

Si se quiere evitar el escepticismo, la solución no puede encontrarse entonces más que en el hombre, pero en un hombre desprovisto de esencia o de destino preestablecidos, que reenviarían forzosamente a una situación metafísicamente determinada en el seno de la Naturaleza, de la Creación o de la Historia. El desacuerdo de las subjetividades reenvía a una intersubjetividad fundamental, a una estructura de comunicación -según los términos de K.O. Apel o J. Habermas- que permita reencontrar la objetividad sin recurrir a una exterioridad metafísica.

Se reconocen, así, ciertas características de las doctrinas hoy dominantes, sea que se trate de la comunicación racional de K. O. Apel, J. Habermas, R. Alexy; del neo-contractualismo de John Rawls; de la renovación de la perspectiva kantiana y fichteana, con L. Ferry y A. Renaut. También sus conclusiones son similares. Si el



individuo es pensado en una relación de intersubjetividad, se deducen como valores comunes los que tienden a mantener o desarrollar esa estructura de coexistencia. Se afirmará en el plano jurídico, la supremacía de los Derechos Humanos, en el plano político el valor de la democracia como lugar de negociación y de diálogo entre los puntos de vista y, en el plano moral, la necesidad de la tolerancia. Los Derechos Humanos proveen, a un mundo laicizado, su único islote de sacralidad.

Señala René Sève que la Filosofía actual no puede combatir una religión de la elección (que divida la humanidad en dos, imponga un código moral riguroso, etc.) sino acusándola de ser autorefutada por ser inepta para las necesidades del discurso racional y para un procedimiento de justificación pública. Esta ineptitud sería reivindicada de manera casi mística, poniendo en juego nuestra concepción de la racionalidad y su universalidad real. No se ve, entonces, cómo no recurrir a una antropología histórica o a una Filosofía de la Historia según las cuales se afirme como necesaria la emancipación progresiva del hombre en relación con toda trascendencia exterior. De lo contrario, sería necesario -como lo sugiere prudentemente Rawls- reducir la validez de la Filosofía del Derecho actual a nuestra época y a cierta parte del mundo en que vivimos.

El Autor presenta, de este modo, un lúcido aporte para la discusión de las circunstancias de la Filosofía del Derecho en nuestro siglo y, en especial, en nuestros días; planteo con cuyas líneas más importantes nos hemos expresado reiteradamente en coincidencia (\*). Creemos que se descubren así los soportes de la Fi



lososofía dominante en nuestro tiempo. Por otra parte, sostenemos que, en oposición a la actitud de los importadores irrestrictos de modelos jusfilosóficos elaborados en otras realidades, corresponde apreciar la posible relatividad situacional de su valor y afirmarnos en la tarea de elaborar los que satisfagan los requerimientos de nuestra propia condición (\*\*). Entendemos que -además del aporte específico para nuestra propia comprensión- es la contribución que debemos a la objetividad "universal" (diversa y total) de la Filosofía.

Miguel Angel CIURO CALDANI(\*\*\*)

- (\*) Puede v. nuestra exposición en "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
- (\*\*) Se encuentra en las etapas finales de su impresión, en el N° 12 del "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", nuestro trabajo "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina".
- (\*\*\*) Investigador del CONICET.

Se terminó de imprimir el 10 de abril de 1985 en la Fundación para las Investigaciones Jurídicas - San Lorenzo N° 1155, 8° A - 2000 - Rosario



Se terminó de imprimir el 10 de abril de  
1989 en la Fundación para las Investigaciones  
Jurídicas - San Lorenzo N° 1155,  
8° A -2000- Rosario