



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

**FACULTAD DE DERECHO**  
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

# INVESTIGACION Y DOCENCIA

Nº 21



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

1992  
1993

## ÍNDICE

### DOCTRINA

Pág.

CIURO CALDANI, Miguel Angel	
Bases para los regímenes de Jurisdicción y Ley aplicable	7
Bases para los regímenes de Jurisdicción y Ley aplicable	13
en la integración del Mercosur	
Clases de Justicia y Universidad	
Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público y	17
Derecho Comunitario (Un caso de "dialectica" histórica)	
Informe sobre el estado de firmas y ratificaciones de las nuevas convenciones de	23
la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado	25
Mutaciones axiológicas del Derecho Civil de nuestro tiempo	31
Notas de un ejemplo de declinación trialista de una norma constitucional	37
Notas de un ejemplo de declinación trialista de una norma constitucional	37
Notas para la comprensión axiológica del Derecho Administrativo	43
Notas para la comprensión axiológica del Derecho Administrativo	43
Perspectivas históricas universitarias	
Relaciones entre las ramas del mundo jurídico	51
Significados de la carencia legislativa argentina en materia universitaria	55
Ubicación de la Facultad de Derecho en la Universidad	57
Un avance en el Derecho Comunitario Cultural Europeo	
(La directiva -C.E.E.- n° 93/7 del Consejo, del 15 de marzo de 1993)	61
Un caso deportivo y algunos de sus significados jusfilosóficos	63
Un enfoque de la Universidad en la postmodernidad	65
CIURO CALDANI, Miguel Angel y CHAUMET, Mario Eugenio	
Perspectivas jurídicas "dialecticicas" de la medievalidad, la modernidad y la posmodernidad	67
DABOVE, María Isolina	
(c)	
Discriminación y alienación en el Estado de Derecho. Comentario al	
"Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad	
entre los hombres", de Jean-Jacques Rousseau	73
Kirchmann desde Kirchmann: la crítica entre el Relativismo y	
el Escepticismo	
DI SALVO, Blanca	

Derecho y Moral y nuestro Derecho positivo	89
Las anomalías de la conducta en nuestro Derecho positivo	91
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: 120 ejemplares.	

GENAS

- |   |     |
|---|-----|
| SEÑAS   | 99  |
| O. Alfredo Mario  |     |
| Reportes para la Jurística Sociológica de los modelos jurídicos       | 111 |
| "El Existencialismo" de Norberto Bobbio                               | 115 |
| Archives de Philosophie du Droit, tomo 37, "Droit et économie", 1992. |     |
| Miguel Angel CIURO CALDANI  |     |
|   | 119 |

DOCTRINA

TICIA DEL CENTRO

- abril-Junio de 1995.  
 Miguel Angel CIURO CALDANI) ..... 121

ALLENS, Jean-Luc. "La convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects intentionaux de la faillite", en Revue critique de droit international (1994, n°1 janviers-mars 1993 trimestre) tome 82 pp. 136.

Jorge STÄHLI ..... 123

**ESTADÍSTICA DEL CENTRO**

Comisiones Interdisciplinarias sobre el Sistema Jurídico ..... 129

3

## BASES PARA LOS REGIMENES DE JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*)

### I. Ideas básicas

1. La jurisdicción y la ley aplicable son perspectivas fundamentales en las relaciones jusprivatistas internacionales. Cada tipo de solución de la problemática de los casos jusprivatistas internacionales, más territorialista, extraterritorialista o "no territorializada" (1), significa un diferente sistema jurisdiccional y de ley aplicable. En definitiva, cada tipo de solución proyecta su sentido a todas las perspectivas de la materia. Así, por ejemplo, las soluciones territorialistas extremas del "Derecho Privado común", que aplican la ley local indiscriminadamente a casos nacionales e internacionales, exigen un sistema de jurisdicción no dependiente de la autonomía de las partes y exclusivo del propio país cuya ley ha de aplicarse y llevan a restringir el auxilio judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias, las resoluciones administrativas y los laudos que no provienen del mismo país. En cambio, la extraterritorialidad limitada que constituye el núcleo del Derecho Internacional Privado, de modo que se aplica a cada caso el Derecho con el que resulta más vinculado, requiere un sistema jurisdiccional generoso pero no diluido, más auxilio judicial internacional y mayores posibilidades de reconocimiento y ejecución de los pronunciamientos extranjeros. Es por ese sentido sistemático que la no admisión del divorcio vincular en la ley 2.393 fue acompañada de nuestra jurisdicción exclusiva para los matrimonios domiciliados en el país, rígidamente defensora de la intervención argentina para resguardar esa indisolubilidad, y de proyecciones de orden público que restringían también las posibilidades procesales internacionales.

Por el contrario, un trámite de integración, como el que ahora encaramos en el Mercosur, requiere un sistema concordante, con pautas jurisdiccionales, de ley aplicable y de apoyo procesal adecuadas a la aproximación entre los países que significa la integración.

2. La integración se sitúa en un nivel intermedio entre la mayor "distancia" cultural de la internacionalidad y la menor "distancia" de la constitución de un nuevo territorio común y como tal ha de ser resuelta. Las soluciones integradoras significan el surgimiento de una relativa territorialidad. Si la internacionalidad en sentido estricto significa diferenciación, la nueva territorialidad absoluta correspondería en cierto sentido a la "indiferencia" y la integración

muestra una disminución de la diferenciación, sin llegar a la indiferencia. Quizás sea útil decir que en la integración hay cierta "asimilación". Los países partes de un proceso de integración no forman una unidad, pero son relativamente intercambiables.

La integración requiere una mayor concreción que la internacionalidad que, en cambio, está más difundida y es más "abstracta". Los requerimientos de justicia que en lo internacional llevan a una mayor rigidez en la elección jurisdiccional y legal, aquí ceden en aras de lograr más eficacia. La intercambiabilidad y la eficacia necesitan más simplicidad.

La integración significa, en profundidad, dinamizar la justicia con un aporte de utilidad, con el que se "acortan" las relaciones entre medios y fines, aunque la nueva dinámica no debe descuidar los requerimientos de seguridad.

Como todo fenómeno jurídico, la integración ha de plantearse con alcances tridimensionales, llegando a constituir de cierto modo, como lo indica la teoría trialista del mundo jurídico, un nuevo orden de repartos, un nuevo ordenamiento normativo y, al fin, un régimen más justo y humanista que el de los países integrados en particular (2). Análogamente a lo que ocurre en todo fenómeno jurídico, entre los graves riesgos de la integración están sus desviaciones sociologistas, normativistas o utópicas.

La integración ha de abarcar todos los niveles del mundo jurídico, constitucionales, legislativos, administrativos y judiciales, y ha de referirse a los diversos despliegues de la temporalidad, de pasado, presente y futuro. Existe cabalmente cuando se alcanzan, por ejemplo, una historia y una prospectiva comunes. En el sentido del pasado común se ha de brindar atención al reconocimiento de los derechos adquiridos.

3. En el marco de nuestra materia, el despliegue de la problemática integradora ha de referirse a las cuestiones de la parte general y la parte especial del Derecho Internacional Privado.

En cuanto a los problemas de la parte general, la integración debe reconocerse como un fenómeno relacionado con el Derecho Internacional Privado, pero diverso de él. Se trata, en nuestro caso, del Derecho Comunitario Privado (3), que puede valerse del Derecho Internacional Privado e incluso del Derecho Privado Internacional, pero al fin no es puramente "internacional".

Con referencia a los métodos constitutivos de la materia, la integración desplaza en parte los fundamentos del método indirecto y sus secuelas, el método analítico analógico (o analítico privatista) y el método sintético judicial. En la integración gana legitimidad el método directo pero, con un sabio criterio (no siempre expresado con terminología precisa), la Comunidad Económica Europea adopta la finalidad de aproximar las legislaciones nacionales en la medida necesaria al funcionamiento del Mercado común (4).

Respecto de las fuentes, la integración requiere la uniformación del Derecho de fuente interna, básicamente del Derecho Internacional Privado pero también del Derecho Interno, e incluso la elaboración de tratados y la producción de derecho derivado que unifiquen los dos niveles del Derecho, el internacional y el interno. Es más, en la integración avanza la legitimidad de las sentencias dictadas como soluciones materiales para los casos internacionales. La integración depende en mucho de la intervención judicial, de modo que adquiere especial relieve

el problema jurisdiccional, a resolver con criterios que aseguren el acceso a tribunales eficaces para todas las partes. También necesita un fuerte desarrollo contractual.

Quizás pueda sostenerse que de cierto modo en la integración es más legítimo que el problema de la cuestión previa sea resuelto en términos de jerarquización, ya que -como hemos señalado- la asimilación entre los países debilita los fundamentos del método analítico analógico que llevan a la equivalencia de los problemas concatenados.

En la medida que se vale legítimamente más de la autonomía de las partes, la integración disminuye la configuración y el rechazo del fraude a la ley. La mayor movilidad comunitaria exige poner especial cuidado en la solución del problema del "cambio de estatutos", que adquiere particular relieve, y -en cambio- el fenómeno integrador genera un clima hostil a la complejidad de la problemática del reenvío. La integración conduce a disminuir las barreras del orden público.

Con referencia a la parte especial y en cuanto a los puntos de conexión en particular, los procesos de integración suelen significar la necesidad de una relativa "superficialización" de los contactos, de cierto modo porque se piensa que los Derechos son de alguna manera intercambiables. Esto quiere decir, por ejemplo, que entre los puntos de conexión personales el domicilio puede ser reemplazado por la "residencia habitual"; entre los conductistas gana espacio la autonomía conflictual y entre los puntos de conexión reales la atención al lugar de situación tiende a ser reemplazada por el lugar de registración.

4. Las características señaladas de asimilación, concreción y eficacia en la integración exigen mayor uniformidad en las soluciones y mayor autonomía de las partes en cuanto a jurisdicción y a ley aplicable -incluso con proyecciones arbitrales y de autonomía material-; más auxilio procesal y mayores posibilidades de reconocimiento y ejecución extraterritoriales de los pronunciamientos judiciales, administrativos y arbitrales. Dado el tema de esta Comisión, hay que desarrollar las exigencias integradoras de uniformidad, autonomía y eficacia acerca de la jurisdicción y la ley aplicable.

## II. La jurisdicción y la ley aplicable en el Mercosur

5. Las reglas de jurisdicción y ley aplicable en el Mercosur son diversas, al punto que hasta el presente estamos lejos de contar al respecto con una comunidad en el marco jusprivatista. Si bien resultan especialmente relevantes las normas de los Tratados de Montevideo de 1939-1940 -que vinculan a tres de los países del Acuerdo- e incluso cabe tomar en consideración las convenciones de las CIDIP -muchas ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay- es muy significativo el apartamiento en que respecto de ambas obras colectivas se encuentra todavía Brasil (5).

Si bien Argentina, Paraguay y Uruguay tienen sus propios criterios particulares, las posiciones de los tres países han coincidido significativamente en los Tratados de Montevideo de 1939-40, de modo que cuando los casos corresponden al marco tripartito deben resolverse según ese Derecho convencional. En cambio, en las relaciones de estos países con Brasil han de

imperar las reglas de fuentes internas.

El estudio con miras a la asimilación integradora de los cuatro países podría encurarse tomando en cuenta las bases de dichos Tratados y del Derecho de fuente interna brasileño. Trabajar con los Tratados de Montevideo no significa desconocer que por "debajo" de ellos pueden existir otras posibilidades de coincidencia, principalmente en base a criterios positivizados en algunos países de la región, que pueden hacer más viable el acuerdo y, para mostrar esta otra vía, señalaremos algunos puntos en común del Derecho de fuente interna brasileño con el argentino. No hay que desconocer que algunas soluciones de los Tratados de Montevideo son poco afines con las características del Derecho Comunitario Privado.

Aunque hay coincidencia básica de los Tratados y el Derecho brasileño en cuanto a cierto alcance de la jurisdicción del demandado y en la aplicación de la ley domiciliaria, existen algunas discrepancias relevantes. Presentaremos varios casos, especialmente vinculados al carácter civil de estas Jornadas.

Según el artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939-40 las acciones personales deben entablararse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico en materia del juicio, aunque podrán entablarse igualmente ante los jueces del demandado; conforme al artículo 64 las acciones reales deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual existan las cosas sobre las que recaigan. De acuerdo con el artículo 12 de la Ley brasileña "É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. ... 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil."

De acuerdo con el Tratado (art.1) "La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio." A su vez, el art.7 de la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño dice "A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família."

Pese a la coincidencia básica domiciliaria, cabe recordar que el artículo 13 del Tratado somete la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo a la ley del lugar de celebración, dejando a salvo la posibilidad de no reconocimiento de los matrimonios en que hubiesen mediado los impedimentos que se especifican de falta de edad, parentesco, crimen o ligamen. En cambio, el artículo 7 de la Ley brasileña expresa: "1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. ... 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. ... 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal."

Pese a cierta coincidencia domiciliaria en cuanto a los efectos personales del matrimonio, el Tratado establece que las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal (artículo 16), en tanto la Ley brasileña dice en la regla fundamental respectiva, contenida en el párrafo 4 del artículo 7 "O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal."

En materia de bienes hay una coincidencia básica en cuanto a la aplicación de la ley del lugar de su situación, surgida respectivamente de los artículos 32 del Tratado y 8 de la Ley. Sí embargo, ésta agrega: "1º Aplicar-se à lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares. ... 2º O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenada." En este caso, por ejemplo, cabe tener en cuenta la proximidad de la norma brasileña con la del artículo 11 de nuestro Código Civil.

De acuerdo con el artículo 44 del Tratado la sucesión se rige por la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte del causante. En cambio, conforme al artículo 10 de la Ley brasileña "A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. ... 1º A vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio. ... 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder." También aquí hay una mayor afinidad con nuestro Derecho de fuente interna.

En base al artículo 37 del Tratado los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, solución que guarda afinidad con el rechazo genérico de la autonomía contenido en el artículo 5 del Protocolo Adicional. En este caso, la solución de los Tratados es claramente diferente de las características que ha de tener un Derecho Comunitario. En cambio, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley brasileña, que no excluye la autonomía de las partes (6), "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se a lei do país em que se constituírem." y -es legítimo recordar- en nuestro Derecho de fuente interna el artículo 1.205 del Código Civil contiene, sin perjuicio de la consagración consuetudinaria de la autonomía, una disposición-análoga a la brasileña (que ha de sistematizarse, sí, con los artículos siguientes).

Una referencia muy especial con miras a la elaboración de las posibles fuentes del Derecho Comunitario Privado del Mercosur corresponde al Derecho de las Comunidades Europeas (7).

De modo particular cabe tener en cuenta el Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales que, con sus recursos básicos a la autonomía de las partes y a la ley del país con el que el contrato posea vínculos más estrechos, evidencia las características del Derecho Comunitario señaladas precedentemente (8).

El camino del Derecho Comunitario Privado no es fácil, basta recordar que al comentar la entrada en vigor del Convenio de Roma, el 1º de abril de 1991, Paul Lagarde recordaba que fueron necesarios diez años para elaborar el instrumento y también se necesitaron muchos años para su entrada en vigor (9). Tampoco hay que suponer que el imprescindible desarrollo del Derecho Comunitario Privado signifique prescindir de otras vías de acuerdos entre los Estados, como serían en nuestro caso las CIDIP o la Conferencia de La Haya (10).

6. Estimamos asimismo conveniente que los estudios que vienen realizándose con miras al desarrollo del Derecho Comunitario Privado se complementen con Jornadas Comunitarias de

educativo, por ejemplo, es importante que el alumno sea conocido en los diversos despliegues personales relevantes por el profesor y también que éste sea tenido en cuenta en toda su personalidad por el alumno. En cambio, el ingreso de alumnos y profesores sin vocación y sin vuelo académico es una de las causas de esa desviación "normalista".

La justicia puede descubrirse por vía simétrica (en que las potencias e impotencias son fácilmente comparables, aunque sea por el común denominador de la moneda) y por la senda asimétrica (en que las potencias e impotencias son difícilmente comparables). El abuso de la justicia simétrica conduce a la "cosificación" axiológica y el exceso en la justicia asimétrica lleva a que el valor se "eleve" tanto que no tenga contacto con la realidad. En nuestro tiempo tiende a predominar francamente la justicia simétrica, en mucho por la intervención de la moneda, y lo propio ocurre en la vida universitaria. Sin embargo, es evidente que la plenitud de la creatividad que exige la vida cabal de la Universidad hace necesario el desarrollo de un alto grado de justicia asimétrica. Pese a la necesidad de comparación, por ejemplo, a los fines de las potencias salariales que correspondan, los esfuerzos de un profesor, de un investigador e incluso de un alumno son en mucho "incomparables". No contar con esta perspectiva de justicia es una de las grandes carencias de la institución en nuestro medio.

Según haya una o varias razones de justicia ésta puede ser monologal o dialogal. El abuso del primer camino lleva a la monotonía y la exageración del segundo al "discursivismo". Pese a la apariencia de radicalización dialogal, nuestro tiempo tiene profundo sentido monologal, al punto que vivimos en un marco de monotonía de la utilidad. La justicia de la universidad, donde coexisten y deben convivir diversos estamentos (que incluso tienden a representar distintas "generaciones" de la vida académica), ha de ser en gran medida justicia dialogal, mas en nuestro medio ese diálogo se empobrece por monólogos utilitarios y de predominios partidistas, traspassando los límites de los estamentos e incluso desviando sus propias perspectivas.

Según haya o no contraprestación, la justicia puede ser commutativa (doy porque doy, recibo porque recibo) o espontánea (doy o recibo sin contraprestación, con más cercanía a la integración con el amor). El abuso de la justicia commutativa lleva a la simonía (entendida en sentido amplio como compra y venta ilegítimas de lo valioso) y el desborde de la justicia espontánea conduce al mesianismo. En nuestro tiempo ha avanzado considerablemente la justicia commutativa y lo mismo ocurre en la Universidad, al punto que el esfuerzo gratuito, que en gran medida debe caracterizar a la entrega institucional, resulta excepcional. Sin desconocer la importancia de las remuneraciones universitarias y la urgente necesidad que hay en nuestro medio de elevarlas, se desarrolla a menudo una pretensión de simonía en que la falta de los que deberían ser los más altos significados de la creación es relacionada con los pagos insuficientes.

La justicia que se descubre desde el todo, que proviene del todo, se denomina gubernativa (o gubernamental), en tanto la justicia que proviene de la parte se llama precisamente "partial". La exageración de la primera lleva al "legalismo" que pretende resolver siempre mediante

disposiciones del todo social, el desborde de la segunda suele manifestarse en cierto "históricoismo", que confía en lo que las partes decidan por sí solas. No cabe duda que la justicia universitaria plantea la necesidad del equilibrio entre la justicia gubernamental que brinda la sociedad y la que puede surgir de las propias decisiones "partiales" de la institución y desde cada una de sus partes. Se advierte desde el todo de la gubernamentalidad de la institución y desde cada una de sus partes, por ejemplo de sus estamentos. De aquí la necesidad de que la vida universitaria sea organizada en base a las leyes del conjunto social y según los estatutos de las propias instituciones. Sin embargo, nuestro país carece casi por completo de legislación universitaria y su dictado se hace difícil (\*\*\*\*\*)

La justicia que se refiere al todo social es integral, en tanto la que se dirige a parte de ese todo es sectorial. El desborde de la primera conduce al integralismo que suele orientarse a una radicalización de la igualdad; la exageración de la segunda lleva al sectorialismo que multa el panorama de conjunto. En nuestro tiempo parece ganar espacio el sectorialismo y en la universidad esto se manifiesta en el aislamiento de su problemática, que es apartada de la atención al conjunto social. Pese a esfuerzos en contrario (que incluso con frecuencia se limitan al discurso), no sólo la Universidad se afsta de la sociedad, sino que dentro de ésta las cátedras e incluso sus divisiones menores son a menudo compartimientos estancos. Por otra parte, la inexperience en una visión integrada podría llevar a que los intentos de superación fueran en verdad desbordes integralistas o constituyeran maniobras sectoriales disfrazadas.

Según que se trate o no de potencias e impotencias compartidas, la justicia puede ser de participación o de aislamiento. El desborde de la primera lleva al comunianismo y la exageración de la segunda al disgregacionismo. Aunque nuestro tiempo muestra cierto entrecruzamiento, con juego de pretensiones de participación y realidades de aislamiento, la Universidad está fuertemente signada por un excesivo sentido de aislamiento, que es especialmente grave si se tiene en cuenta el sentido comunitario inherente a la educación y la ciencia. Mucho se habla en nuestras universidades de ideales comunitarios, pero la comunidad del saber y el sacrificio por incrementarlo resultan escasos.

Cuando se considera un problema aislado, la justicia es absoluta, en tanto si se atiende a la igualdad de trato con otros casos se desarrolla la justicia relativa. El abuso de la justicia absoluta conduce al esencialismo y la radicalización de la justicia relativa lleva al formalismo. La crisis de las ideas profundas -con sus ventajas y desventajas- contribuye a que en nuestro tiempo predomine la justicia relativa y se arribe al formalismo, sin perjuicio de que a menudo ese sentido relativo sea también puesto en crisis por pretensiones absolutistas. En la Universidad, caracterizada también por la ausencia de concepciones profundas, la justicia es pensada con demasiada frecuencia en términos relativos, de modo que ante la falta de elementos correctivos de justicia absoluta va produciéndose un deterioro progresivo del valor.

Cuando la justicia se refiere directamente al bien común es general y cuando se dirige al

bien particular recibe precisamente este nombre, "justicia particular". La exaltación de la justicia general lleva al totalitarismo y la exageración de la justicia particular significa individualismo. Pese al discurso de bien común que a veces se maneja, la realidad de nuestro tiempo está signada por el imperio a menudo individualista de la justicia particular. No obstante el sentido importante de bien común que tienen la educación y la ciencia, la desviación individualista ocurre también con caracteres graves en nuestra Universidad, donde muchos vienen a valerse de la institución para su propio beneficio.

### DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO INTERNACIONAL

### PUBLICO Y DERECHO COMUNITARIO

(Un caso de "dialéctica" histórica) (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*)

3. Las clases de justicia son una de las perspectivas en que nuestros días -quizás de paso de la modernidad a la llamada postmodernidad- muestran en la sociedad en general y en la Universidad en particular rasgos críticos que adquieren caracteres especiales en la Universidad argentina.

1. El Derecho Constitucional como cúspide del Derecho nacional (1), el Derecho Internacional Público (2) y el Derecho Comunitario (3) son comprensibles, de cierto modo, como expresiones de una dialéctica histórica en que el Derecho Constitucional -aunque surgido formalmente con posterioridad- se "niega" en el Derecho Internacional Público y éste se "niega", a su vez, en el Derecho Comunitario, que de alguna manera "afirma" un nuevo Derecho "nacional". Recientemente nos hemos referido a la comparación del Derecho Internacional Público y el Derecho Comunitario (4), pero entendemos que la visión dialéctica puede enriquecer el conocimiento del tema.

2. En la dimensión sociológica (5), el Derecho Constitucional significa una composición entre repartos autoritarios, que surgen de la imposición y realizan el valor poder, con repartos autónomos, que se producen por acuerdo y satisfacen el valor cooperación, aunque hay un predominio relativo de los primeros. El Derecho Internacional Público desarrolla más los repartos autónomos, pese a que el acuerdo respectivo permite a su vez un más extenso juego de la autoridad. A su vez, el Derecho Comunitario vuelve a desplegar cierto marco de repartos autoritarios, aunque hay una composición de estos repartos con una expansión de la autonomía.

En el Derecho Constitucional el orden de repartos se desenvuelve en gran medida a través de la planificación gubernamental en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, pese a que a su vez requiere el juego de la ejemplaridad, que se desenvuelve al hilo del modelo y el seguimiento y satisface el valor solidaridad. El Derecho Internacional Público significa un mayor desarrollo específico de la ejemplaridad, aunque así se ha ido constituyendo cierta planificación que trasciende los marcos locales constitucionales. El Derecho Comunitario desenvuelve nuevamente la planificación gubernamental, complementada ahora con otra ejemplaridad más profunda y delimitada, que se desarrolla entre las partes de la integración (6).

El Derecho Constitucional significa un mayor orden interno con riesgo de anarquía externa; el Derecho Internacional Público desenvuelve el orden externo y el Derecho Comunitario tiende a constituir un nuevo orden interno, de mayor amplitud espacial que el anterior, aunque quizás -por lo menos al comienzo- menos intenso.

(1) Notas de una clase dictada por el autor en el Seminario acerca de la problemática de la educación jurídica de postgrado y de la investigación jurídica en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) Investigador del CONICET. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.

(3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política." Rosario: Fundación para las

Investigaciones Jurídicas, 1.1, 1982, págs. 40 y ss.

(4) Entre otros motivos esa dificultad se debe a que la política general puede pretender avasallar las particularidades universitarias y a que sectores enquistados en la institución pueden pretender una discusión en la que sólo estén dispuestos a aceptar la consagración de su situación

3. En relación con la dimensión normológica cabe reconocer la continuidad de las fuentes materiales de las tres ramas jurídicas, con un juego de los factores de poder que trasciende los marcos constitucionales proyectándose en el ámbito internacional y está presente también en el marco comunitario. En cambio, las fuentes formales se diferencian significativamente. En el marco del Derecho Constitucional se destaca la Constitución formal y en el Derecho Internacional Público ocupan lugar descolgante los tratados. Entre uno y otro es especialmente importante la problemática del monismo y el dualismo. Pese a las diferencias terminológicas, en el Derecho Comunitario se diferencian el "derecho originario o primario" de los tratados (tratados originarios propiamente dichos, actos modificatorios y actas de adhesión) y el "derecho derivado" (reglamentos, directivas, decisiones y actos convencionales, que son vinculantes, y recomendaciones y dictámenes, no vinculantes), etc. (7). Aquí es significativo el compromiso entre diversas fuentes, de distinta determinación y coactividad, para compatibilizar el desarrollo comunitario con la participación de los Estados.

El Derecho Constitucional tiene mayor carga de institucionalidad, aunque genera cierta institucionalidad Pública significativa mayor desarrollo de la negocialidad, aunque genera cierta institucionalidad más extensa, y el Derecho Comunitario vuelve a desarrollar un marco de más fuerte institucionalidad.

En cuanto a las relaciones entre las normas, el Derecho Constitucional es la cúspide de un ordenamiento normativo formado generalmente por vinculaciones verticales y horizontales entre normas que, cuando son de producción, realizan respectivamente los valores subordinación e infalibilidad y cuando son de contenido satisfacen de manera respectiva los valores ilación y concordancia. En el Derecho Constitucional son especialmente notorias las relaciones verticales de producción y de contenido, con los valores señalados de subordinación e ilación, y el ordenamiento tiene, a su vez, un alto grado de realización del valor coherencia. El Derecho Internacional Público se vale más de las relaciones horizontales entre las normas, con mayor juego de la infalibilidad y la concordancia y menor coherencia. Por su parte, el Derecho Comunitario tiende a establecer una nueva verticalidad, con un nuevo incremento de los valores subordinación e ilación y origina un reforzamiento de la coherencia.

El Derecho Constitucional es el cúspide del ordenamiento normativo local. El Derecho Internacional Público corresponde a un ordenamiento normativo más amplio, aunque menos intenso. El Derecho Comunitario genera, a su vez, un nuevo ordenamiento, más intenso pero más reducido que el internacional (8).

4. En la dimensión dikelógica el Derecho Constitucional significa, en definitiva, la cumbre del complejo axiológico del régimen. Al reconocimiento de la constitución formal y la constitución material cabe agregar el de la constitución cultural. También aquí -sobre todo a semejanza de la constitución material que aparece en las fuentes "materiales"- hay una continuidad que trasciende los marcos constitucionales y se manifiesta también en los internacionales y comunitarios.

El complejo axiológico del régimen es de alguna manera "superado" por la apertura al Derecho Internacional Público, que es menos sólido pero más plural y a su vez esta apertura vuelve a

reconstituirse en un complejo más sólido, aunque menos plural, en el Derecho Comunitario. Los valores que impulsan la apertura del Derecho nacional Constitucional al Derecho Internacional y el cambio de éste al Derecho Comunitario pueden ser diversos, y en el caso de los fenómenos comunitarios de nuestro tiempo se destaca el valor utilidad.

Las relaciones entre valores del complejo nacional abarcan más todos los sentidos de la coadyuvancia axiológica (verticales de contribución y horizontales de integración), aunque en el Derecho Constitucional se destaca un especial juego de las vinculaciones de contribución. Las relaciones entre valores en el Derecho Internacional Público significan cierto desarrollo específico de la integración y de la sustitución (oposición legítima) entre valores. A su vez, las vinculaciones axiológicas comunitarias vuelven a mostrar los diversos sentidos de la coadyuvancia.

Por el papel protagónico que en esta dialéctica histórica posee la utilidad hay que tener particular cuidado en que no se arroge el material estimativo que corresponde a otros valores, como la justicia, y no se subvierta contra el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Hay que lograr que el régimen internacional y el régimen comunitario sean en definitiva también justos y humanistas.

El régimen del Derecho nacional, coronado por el Derecho Constitucional, significa la posibilidad de un amplio desarrollo de la justicia simétrica, que se produce cuando hay fácil comparación de las potencias e impotencias (sobre todo al hilo de la intervención de la moneda). En el desarrollo del Derecho Internacional Público la simetría es en principio menor, pero la existencia de una moneda de alto reconocimiento universal muestra la crisis de la realidad internacional. También para la formación del Derecho Comunitario es importante el despliegue de la justicia simétrica y no es por azar que los regímenes comunitarios se ocupan tanto del equilibrio monetario.

El Derecho Constitucional tiene fuerte afinidad con la justicia gubernamental (que proviene del "todo" social) y la justicia integral (que se refiere al "todo" social). El Derecho Internacional Público es razonado, en cambio, con mayores referencias a la justicia "partial" y sectorial. En la dialéctica histórica el Derecho Comunitario tiene, nuevamente, una fuerte proyección a la justicia gubernamental e integral.

El Derecho Constitucional se caracteriza por un sentido fuerte de justicia general (que se refiere al bien común), aunque en las constituciones liberales ésta se muestra a su vez limitada por la justicia particular. El Derecho Internacional Público atenúa la intensidad de la referencia a la justicia general dentro de cada régimen y se desenvuelve por cauces de justicia relativamente particular para cada Estado, pero significa además un horizonte ampliado de bien común. Para la formación del Derecho Comunitario, la proyección a la justicia general debe adquirir nueva consistencia, limitada también en este caso por la justicia particular.

El Derecho Constitucional, como Derecho nacional, tiende a fraccionar la justicia -sobre todo en cuanto al complejo personal de la humanidad- dentro de los límites del régimen, produciendo así seguridad jurídica. El Derecho Internacional Público desfracciona ese recorrido, generando desde la perspectiva nacional cierta inseguridad, aunque fracciona de algún modo las particularidades y las vicisitudes de cada régimen, produciendo en ese sentido otra seguridad. A

su vez, el Derecho Comunitario tiende a realizar un nuevo recorte dentro de su régimen, generando una nueva seguridad, pese a que en ciertas circunstancias sus vicisitudes sean generadoras de inseguridad. Con cierto sentido ilustrativo podría decirse que el "nicho" del Derecho Constitucional es abierto por el Derecho Internacional y sustituido, al fin, por el nuevo "nicho" más amplio del Derecho Comunitario.

Pese a su frecuente legitimación infraautónoma (por mayoría), en el Derecho Constitucional hay vasto espacio para la legitimación aristocrática, fundada en una superioridad moral, científica o técnica. En el Derecho Internacional la legitimación tiene, en cambio, más carácter autónomo y, no obstante el frecuente despliegue autónomo e infraautónomo, en el Derecho Comunitario vuelven a generarse más posibilidades de legitimación aristocrática.

Teniendo en cuenta las exigencias de respeto a la unicidad, la igualdad y la comunidad que ha de satisfacer todo régimen para ser justo y desde el punto de vista del conjunto del orden de repartos, el Derecho Constitucional significa en cierto sentido la expresión de un estilo especial de vida, con el consiguiente respeto de la unicidad. En cambio, desde la perspectiva de los individuos tiene más afinidad con la igualdad. A su vez, el Derecho Constitucional tiene una fuerte referencia de comunidad. En el Derecho Internacional Público como régimen cobra más significado la igualdad entre los Estados, pero en la perspectiva de los individuos la división en Estados diversos significa más unicidad. En el Derecho Comunitario como régimen hay más igualdad que en el Derecho Constitucional y más unicidad que en el Derecho Internacional Público, pero en la perspectiva de los individuos hay quizás más unicidad que en el Derecho Constitucional y más igualdad que en el Derecho Internacional Público. En el marco integrador hay una comunidad más extensa pero menos intensa que en el Derecho Constitucional, aunque menos extensa pero más intensa que en el Derecho Internacional Público. Podría decirse que en el Derecho Comunitario la unicidad e igualdad han de ser superadas en la comunidad (9).

Pese a la eficacia que puede tener la división local del poder, en el Derecho nacional el régimen es más poderoso, en tanto el Derecho Internacional Público significa al respecto cierto incremento de la división del poder, pero de cierto modo débil y "a distancia". Es posible que en el Derecho Comunitario se desarrolle, en cambio, una división del poder más directa y eficaz, de cierto modo análoga a la interna, aunque quizás con más intensidad. En el Derecho Comunitario los abusos que se cometan contra los derechos de los individuos desde los regímenes locales suelen encontrar caminos más idóneos para su corrección (10).

5. Pese a que en sus orígenes está vinculado con el debilitamiento de referencia antropocéntrica del Derecho Natural, el Derecho Constitucional suele apoyarse en concepciones profundas de un estilo de vida, con cierta carga "metafísica" (sin perjuicio de que su aparición corresponde a una etapa de crisis de esta disciplina filosófica). En cambio, el Derecho Internacional Público requiere que esas concepciones se limiten y, sólo sobre esta base, es posible luego el Derecho Comunitario. Sin embargo, quizás con el tiempo el fenómeno comunitario podría generar una nueva concepción vital profunda. Los Estados, cuya organización culmina en

el Derecho Constitucional, y el Derecho Internacional Público se formaron en la época de la modernidad. Pese al rechazo postmoderno de la idea de "superación", que afectaría nuestra perspectiva, de filosofía de la historia, el Derecho Comunitario (correspondiente al tiempo de crisis de la subjetividad y de la tensión histórica, de los medios de comunicación de masas y de la computación) resulta especialmente affín a la postmodernidad (11).

- (1) Ideas básicas de la exposición del autor en el Seminario sobre "Las fuentes constitucionales e internacionales del Derecho Comunitario" organizado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, que se desarrolló en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el 4 de junio de 1993.
- (2) Investigador del CONICET. Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (3) En cuanto al Derecho Constitucional, v. por ej. BURDEAU, Georges, "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", 15a. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972; MASON, Alpheus Thomas - BEANEY, William M., "American Constitutional Law", 3a. ed., Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, Inc., 1964; BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", Bs. As., Ediar, eds. vs.; LINARES QUINTANA, Segundo V., "Derecho Constitucional e Instituciones políticas", 3a. ed., Plus Ultra, 1981.
- (4) Fernando Giménez Artigues, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1966; VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público" (en colaboración con Karl Zemanek), trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguirre, 1963; PUIG, Juan Carlos, "Derecho de la Comunidad Internacional", vol. I, reimprisión, Bs. As., Depalma, 1975.
- (5) Sobre el Derecho Comunitario, con especial consideración del entorno europeo, pueden v. por ej. ACOSTA ESTEVEZ, José B., "Introducción al sistema jurídico de la Comunidad Europea", Barcelona, PPU, 1990; IGLESIAS CABERO, Manuel, "Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo", Madrid, Colex, 1989; LOPEZ DE SILANES, Juan Pablo, "Diccionario de las Comunidades Europeas", Madrid, Pirámide, 1988; LOUIS, Jean-Victor, "L'ordre juridique communautaire", 5a. ed., Bruselas, Commission des Communautés Européennes, 1989; MENGOLI, Paolo, "Il Diritto della Comunità Europea", en "Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia" dirigido por Francesco GALGANO, vol. 15, Padova, CEDAM, 1990; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 2a. ed., Madrid, Trívium, 1990; RASMUSSEN, Hjalte, "La constitución de la Comunidad Económica Europea", trad. Alonso Escrivano Fernández, Madrid, Trívium, 1990; también v. GAVALDA, Christian - KOVAR, Robert - BECAM, Joa - BERNARD, Annick (directores), "Répertoire de Droit Communautaire", París, Daloz, 1992 y actualización 1993 y "Repertorio de la Legislación Comunitaria vigente y de otros actos de las instituciones comunitarias", Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 17a. ed., 1991. En el marco de difusión: BORCHARDT, Klaus Dieter, "El ABC del Derecho Comunitario", 3a. ed., Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1991; NOEL, Emile, "Le Istituzioni della comunità europea", nueva edición, Luxemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1991. Asimismo cabe tener en cuenta, por ej., UZAL, María Elsa, "Introducción al Derecho Comunitario", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 24 A, págs. 343 y ss.; LAGUNA, José María, "Historia de la Comunidad Europea", Bilbao, Mensajero. Entre la bibliografía específica sobre el Mercosur, pueden v. por ej. EKMEDKULAN, Miguel Ángel, "Hacia la república latinoamericana", Bs. As., Depalma, 1991; UZAL, María Elsa, "La integración en América El Mercado Común del Cono Sur (Mercosur). Mercosur. Anexos al Tratado de Asunción", en "Revista...", cit., año 25, págs. 189 y ss. y 451 y ss. (de la misma autora, c. v. gr. "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en "Revista...", cit., año 25, págs. 843.

y ss.). En cuanto a publicaciones periódicas, v. además por ej. "Revista de Derecho Privado y Comunitario" y "Síntesis (Revista de la Fundación para el Crecimiento Argentino y la Integración Latinoamericana)

(4) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Marco justificativo para la comparación del Derecho Internacional Público y el Derecho Comunitario", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" N°16, págs 27 y ss  
también, por ej. "Justificación e integración", en "Boletín", "cit.", N°16, págs. 23 y ss

(5) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se basa el presente artículo, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT 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

"Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.  
En cuanto a la ejemplaridad lograda por el proceso comunitario europeo, v. las investigaciones publicadas en "Eurobarómetro", v.gr. "la Comunidad Europea oggi", N°35, págs. 1 y ss.

(6) Respecto a las fuentes del Derecho Comunitario, con especial referencia a la realidad europea, v. por ej. ACOSTA ESTEVEZ, op. cit., págs. 21 y ss.; IGLESIAS CABERO, op. cit., págs. 114 y ss.; LOUIS, op. cit., págs 71 y ss.; MOLINA DEL POZO, op. cit., págs. 296 y ss.; PAU PEDRON, Antonio, "El proceso formativo del Derecho Comunitario derivado" Madrid, Tecnos, 1988. En cuanto a la primacía del Derecho Comunitario, v. por ej. ISAAC, G., "Primaute du Droit Communautaire", en "Répertoire...", "cit.", t.I; "Effect direct du Droit Communautaire", en "Répertoire...", "cit.", t.I; CARTOU, Louis, "Règlement", en "Répertoire...", "cit.", t.I; "Directive", en "Répertoire...", "cit.", t.I. También cabe tener en cuenta ACOSTA ESTEVEZ, José B. - ESPALAT LARSSON, Astrid, "La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo", Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.

Las clasificaciones de las fuentes del Derecho Comunitario son diversas. Suele afirmarse que las recomendaciones y los dictámenes por no ser vinculantes no son fuentes del Derecho.  
Se dice que el Derecho originario es el Derecho Constitucional comunitario.

(9) Acerca de la consideración de las diversidades en la comunidad, puede c. v.gr. LUCAS, Javier de, "Europa: Convivir con la diferencia? - Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías", Madrid, Tecnos, 1992.

(10) Puede v. PETITTI, Louis-Edmond, "Droits de l'homme", en "Répertoire...", "cit.", t.I; en cuanto a los derechos humanos en Europa cabe tener en cuenta asimismo, por ej. MASKIN, Héctor, "El sistema europeo de derechos humanos", Bs. As., Eudeba, 1987.

(11) Respecto a la postmodernidad pueden v. por ej. VATTIMO, Gianni, "El fin de la modernidad", trad. Alberto L. Bixio, 3a.ed., Barcelona, España, Gedisa, 1990; JAMESON, Frédéric, "El postmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado", trad. Pardo Torío, 1a.reimp. en Argentina, Bs. As., Barcelona, México, 1992; JACKSON, Michael C., "Modernism, Postmodernism and Contemporary Systems Thinking", en "Critical Systems Thinking", ed. por R. L. Flood y M. C. Jackson, 1992, John Wiley & Sons Ltd, págs. 279 y ss. y nuestra nota respecto de este último estudio en "Boletín...", "cit.", N° 16, págs 89 y ss.; EWICK, Patricia, "Postmodern Melancholia", en "Law & Society Review", vol.126, N°4 (1992) págs. 755 y ss.; FRODEMAN, Robert, "Radical Environmentalism and the Political Roots of Postmodernism. Differences that Make a Difference", en "Environmental Ethics", vol. 14, winter 1992, págs. 307 y ss. Acerca del horizonte histórico de la cuestión, puede c. v.gr. FUJUYAMA, Francis, "El fin de la Historia y el último hombre", trad. P. Ellas, reimpresión, Bs. As., Planeta Argentina, 1992.

En cuanto a la confluencia histórica en los procesos de integración, cabe tener en cuenta las investigaciones que se llevan a cabo en Europa, indicadas por ejemplo en "Nouvelles universitaires européennes", N°174, págs. 14/15. Respecto de la dinámica de la vida comunitaria, v. la Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas.  
Acerca del tema versan aspectos del proyecto de investigación sobre "Aportes para la puesta en marcha del Mercosur" que, en el marco del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, dirigen el doctor Luis O. Andorno y el autor.

Como lo hace habitualmente, en el número 1 de 1993 (tomo 82) la "Revue critique de droit international privé" presenta un informe sobre el estado de las firmas y las ratificaciones de las nuevas convenciones (1951-1988) de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado al 1º de marzo de 1993. De dicho informe surge que por adhesión o firma Argentina es miembro de los siguientes acuerdos:

a) Convención del 1º de marzo de 1954 relativa al procedimiento civil (entrada en vigor el 9 de julio de 1988; rige con Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca -con oposición-, Egipto, España, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal -con salvedad-, Rumania, Eslovenia, Suecia, Suiza, Surinam, Checoslovaquia, Turquía -con oposición-, Líbano, Marruecos, Federación Rusa y Santa Sede);

b) Convención del 5 de octubre de 1961 que suprime la exigencia de la legalización de los actos públicos extranjeros (entrada en vigor el 18 de febrero de 1988; en el marco de los países respectivos cabe citar a Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Eslovenia, Suiza, Surinam, Turquía, Antigua y Barbuda, Bahamas, Bielorrusia, Botsuana, Brunéi, Fiji, Lesotho, Liechtenstein, Malawi, Malta, Islas Marshall, Isla Mauricio, Panamá, Federación Rusa, Seychelles, Suazilandia y Tonga);

c) Convención del 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (con reserva del art.4, párrafo 2 y del capítulo II, la entrada en vigor se produjo en fechas diversas por requerirse la aceptación de la declaración argentina de que no ejecutará las cartas rogatorias que tengan por objeto el procedimiento de "pre-trial discovery of documents"; en el marco de los países con los que rige la convención cabe destacar a Luxemburgo, Italia, Países Bajos, Suecia, Israel, Dinamarca, Francia, Estados Unidos de América, Noruega, Reino Unido, Checoslovaquia, Alemania, Finlandia y Chipre);

d) Convención del 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediación y la representación (entrada en vigor el 1 de mayo de 1992; que rige con Francia, Países Bajos y Portugal -con reserva-);

e) Convención del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional

Miguel Angel CIURO CALDANI (")

## INFORME SOBRE EL ESTADO DE FIRMAS Y RATIFICACIONES DE LAS NUEVAS CONVENCIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

de menores (entrada en vigor el 1 de diciembre de 1990; sin perjuicio de diversas reservas, rige con Alemania, Australia, Austria, Austria, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Israel, Luxemburgo, México, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Ecuador y Nueva Zelanda);

o Convención del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías (con reserva del artículo 21, parágrafo 1 c); único país ratificante);

g) Convención del 1º de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (aún no ratificada).

El marco de vigencia de las Conferencias de La Haya evidencia que a través de ellas Argentina ha obtenido una importante relación jusprivatista internacional con diversos países del mundo, aunque cabe destacar que entre ellos se encuentran muy pocos estados latinoamericanos y ninguno de la órbita del Mercosur, razón por la cual creemos que -por lo menos a corto plazo- es significativo continuar con la obra de las Conferencias Especializadas organizadas por la OEA (CIDIP) y acentuar los esfuerzos para incrementar las reglas jusprivatistas internacionales en el Mercosur (\*\*). Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela son los únicos países iberoamericanos que integran la Conferencia de La Haya, pero el compromiso de los otros países con las convenciones es sumamente limitado.

1. Nuestro tiempo es escenario de grandes mutaciones jurídicas y culturales en general, donde los significados axiológicos de los distintos sectores de la vida del Derecho resultan a menudo intercambiados. Los despliegues valorativos que durante largo tiempo se produjeron en ciertos sentidos ahora se desplazan a otros, con frecuencia entrecruzándose. Así sucede con las características que identificaron y ahora identifican a las partes de la división "pentárguica" del Derecho Civil.

2. En relación con los valores de la dimensión sociológica del mundo jurídico, cabe señalar que durante largo tiempo la Parte General, el Derecho de Familia y la base del Derecho Sucesorio fueron concebidos como bastiones de realización del valor espontaneidad, propio de las distribuciones, sobre todo provenientes de la naturaleza y las influencias humanas difusas, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales era comprendido como un gran enclave del valor conducción, inherente a los repartos. En cambio, pese a reconocer la importancia de las influencias humanas difusas, hoy se tiende a introducir más conducción en el marco familiar (al punto que se procura ignorar los condicionamientos naturales) y hay, por el contrario, una inclinación a considerar a los contratos como un marco de espontaneidad por distribuciones de influencias humanas difusas.

Durante mucho tiempo la Parte General, los Derechos Reales y el Derecho de Familia se desenvolvieron como fuertes realizadores del poder, valor propio de los repartos autoritarios, y de la previsibilidad, valor inherente a la planificación gubernamental en marcha; en cambio, el Derecho de las Obligaciones contractuales era tenido como el máximo enclave de la satisfacción del valor cooperación, propio de los repartos autónomos y de la solidaridad, valor inherente a la ejemplaridad. Hoy la situación tiende a invertirse. Es dado apreciar una tendencia a la apertura de la enumeración de los Derechos Reales mediante la incorporación de nuevas figuras surgidas de la autonomía y la ejemplaridad, que satisfacen la cooperación y la solidaridad, y también en el Derecho de Familia, por ejemplo a través del divorcio vincular por mutuo acuerdo, hay una orientación favorable a la realización de estos valores. Por el contrario, en el Derecho de las Obligaciones contractuales hay tendencias a introducir el poder y la previsibilidad gubernamentales para lograr un equilibrio más satisfactorio entre las partes.

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*)

(\*) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado (Cátedras I de Introducción al Derecho, III de Filosofía del Derecho y única de Derecho Internacional Privado) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(\*\*) V. no obstante GARRO, Alejandro M., "Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 25, págs. 301 y ss.

3. En la dimensión normológica -en correspondencia con lo recién señalado en cuanto a la planificación y la ejemplaridad- hubo tradicionalmente una mayor constitución de la Parte General, de los Derechos Reales y del Derecho de Familia al hilo de los valores subordinación e ilación, propios de las relaciones verticales de producción y de contenido, que se concretaban por la importancia de las normas legales, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales era tenido como marco de más satisfacción de los valores infalibilidad y concordancia, inherentes a las relaciones horizontales, que también son de producción y de contenido. Ahora la situación tiende a invertirse y la voluntad legislativa pierde importancia en Derechos Reales y sobre todo en Derecho de Familia, con la consiguiente disminución de los valores subordinación e ilación y con el respectivo aumento del significado de los valores infalibilidad y concordancia, en tanto la ley gana relieve en el Derecho de las Obligaciones contractuales con el pertinente incremento de los valores subordinación e ilación y la disminución del juego de los valores infalibilidad y concordancia.

4. En la dimensión dikelógica el Derecho de Familia fue tradicionalmente el gran bastión de la integración de los valores justicia y amor, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales era el gran centro de integración de la justicia con la utilidad. En nuestros días, el Derecho de Familia va empobreciéndose en términos de realización del valor amor y es penetrado por el valor utilidad y, en cambio, el Derecho de las Obligaciones contractuales se ve influido por el reconocimiento de una versión ("débil") del "amor" en términos de "solidaridad" (como asunción de una responsabilidad común).

En cuanto a las clases de justicia, o sea a los caminos para su descubrimiento, tradicionalmente la Parte General, los Derechos Reales y el Derecho de Familia fueron bastiones de la realización de la justicia extraconsensual, reconocida con prescindencia del acuerdo, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales era marco de más satisfacción de la justicia consensual, evidenciada a través del acuerdo. Ahora, en cambio, la justicia consensual gana espacio en los Derechos Reales y el Derecho de Familia, pero la justicia extraconsensual tiene más difusión en el Derecho de las Obligaciones contractuales.

Durante largo tiempo el Derecho de Familia fue ámbito de especial atención a la justicia con acepción (consideración) de personas, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales era campo de la justicia sin acepción de personas, o sea de roles más recortados. En cambio, hoy el Derecho de Familia suele apegarse más al recorte de los roles de la justicia sin acepción de personas y en el Derecho de las Obligaciones contractuales avanza la atención a la justicia con acepción de personas.

Por mucho tiempo el Derecho de Familia fue espacio donde la justicia asimétrica (de potencias e impotencias difícilmente comparables) se realizaba con más amplitud y el Derecho de las Obligaciones contractuales fue campo de más satisfacción de la justicia simétrica (de potencias e impotencias fácilmente comparables, aunque sea a través de la moneda). Hoy en el marco familiar avanza la simetrización de las potencias e impotencias, en mucho por la intervención del común denominador monetario, y en el Derecho de las Obligaciones contractuales hay cierta inclinación a considerar las potencias e impotencias menos comparables.

Tradicionalmente el Derecho de Familia realizó en mucho la justicia espontánea (sin contraprestación, próxima al amor), en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales satisfizo con grandes alcances la justicia conmutativa (con contraprestación, doy porque me dan, recibo porque di). Ahora en el Derecho de Familia tiende a extenderse la justicia conmutativa y en el Derecho de las Obligaciones contractuales se desarrolla la justicia espontánea con miras a proteger a los económicamente más débiles.

Por la intervención de la ley, la Parte General, los Derechos Reales y el Derecho de Familia tuvieron tradicionalmente fuerte afinidad con la justicia gubernamental (que proviene del todo social), en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales daba más juego a la justicia "partial" (que proviene de una parte de la sociedad). Ahora, en cambio, en Derechos Reales y en Derecho de Familia hay un incremento de la justicia "partial" y en Derecho de las Obligaciones contractuales hay un desarrollo mayor de la justicia gubernamental, por la intervención legal.

Por largo tiempo la Parte General, los Derechos Reales y el Derecho de Familia fueron relativamente afines a la realización de la justicia integral (que se refiere al todo social), en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales se remitía más a la justicia sectorial (en atención a parte del todo social). En cambio ahora los Derechos Reales y sobre todo el Derecho de Familia parecen orientarse más a la justicia sectorial y el Derecho de las Obligaciones contractuales se refiere más a la justicia integral, en mucho por el significado social que se atribuye al contrato.

En el despliegue tradicional el Derecho de Familia ha sido marco para la especial satisfacción de la justicia de participación y el Derecho de las Obligaciones contractuales ha sido ámbito para la realización de la justicia de aislamiento. En cambio, hoy la justicia de aislamiento hace importantes avances en el Derecho de Familia y la justicia de participación logra progresos en el Derecho de las Obligaciones contractuales. Incluso hay un entrecruzamiento del sentido en los Derechos Reales, que pasan de un mayor aislamiento a cierta participación, por el sentido social que se atribuye en algunos marcos a la propiedad.

Por sus raíces profundas en la concepción del mundo, la Parte General y el Derecho de Familia han sido grandes enclaves de realización de la justicia absoluta, en tanto en los últimos siglos el Derecho de las Obligaciones contractuales dio más espacio a la justicia relativa (marginando, por ejemplo, la idea del "justo precio"). Hoy el debilitamiento de esas raíces hace que avance en el Derecho de Familia la justicia relativa y en cambio en el Derecho de las Obligaciones contractuales la tendencia crítica se orienta a una cierta referencia absoluta (diversa, sin embargo, del "justo precio" más tradicional).

Aunque en líneas generales el Derecho Privado está signado por los requerimientos de justicia particular y en cambio el Derecho Público es identificable por las exigencias de justicia general (que mira directamente al bien común), cabe reconocer que durante largo tiempo el Derecho de Familia fue ámbito de más realización de la justicia general (incluso con un fuerte bien común familiar) y el Derecho de las Obligaciones contractuales fue marco de mayor satisfacción de la justicia particular. Ahora la tendencia al bien común en el ámbito familiar se debilita, con el consiguiente avance de la justicia particular y, en cambio, gana espacio en el Derecho de las Obligaciones contractuales cierta idea de bien común y de justicia general.

En las perspectivas tradicionales, la intervención legislativa en la Parte General, los Derechos Reales y sobre todo el Derecho de Familia necesitó (pese a tratarse de legisladores a menudo democráticos) de una legitimación más aristocrática (basada en una superioridad moral, científica o técnica), en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales se valía de una legitimación más autónoma (basada en el acuerdo). En nuestros días esa aristocracia ha disminuido su fundamentación, de modo que en las respectivas partes del Derecho Civil se hace más necesaria la autonomía. En cambio, la intervención legislativa en los contratos requiere más aristocracia.

Por largo tiempo los Derechos Reales y el Derecho de Familia se remitieron más a merecimientos y desmerecimientos, que eran real o supuestamente naturales, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales tenía cierto sentido mayor de méritos y deméritos, provenientes como tales de la conducta humana, que culminaban quizás en la locación de obra. Hoy la situación ha cambiado: en los Derechos Reales y el Derecho de Familia se buscan más méritos y deméritos, emergentes de la conducta, y en el Derecho de las Obligaciones contractuales intervienen factores correctivos de merecimientos y desmerecimientos referidos a la "naturaleza" de las partes.

En los enfoques tradicionales el Derecho de Familia se vinculaba más con los objetos repartidores dar vida y soledad, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales se refería más a los objetos repartidores libertad y propiedad, perspectiva ésta en la que también se desenvolvían, de manera obvia, los Derechos Reales. Hoy la libertad y la propiedad avanzan en el Derecho de Familia y el dar vida e incluso el quitar vida tienden a hacerse significativos en el Derecho de las Obligaciones contractuales, al punto que en su horizonte se realizan negocios relacionados con estos temas.

En la juridicidad tradicional, en cuanto se trataba de repartos autoritarios la justicia de la forma en la Parte General, los Derechos Reales y el Derecho de Familia dependía del proceso, en tanto al desarrollarse sobre todo repartos autónomos la justicia de la forma en el Derecho de las Obligaciones contractuales debía lograrse por negociación. Sin embargo, las ciencias sociales han evidenciado que en mucho el proceso es mera imposición y se difundió la mera adhesión, al punto que hoy en los Derechos Reales y el Derecho de Familia tienden a practicarse formas autónomas de más negocialidad y en el Derecho de las Obligaciones hay más desarrollo de la forma autoritaria del proceso.

Por largo tiempo la Parte General, los Derechos Reales y el Derecho de Familia fueron grandes bastiones del humanismo intervencionista, con el consiguiente peligro mayor de totalitarismo, y en cambio el Derecho de las Obligaciones contractuales era marco de mayor humanismo abstencionista, con el pertinente incremento en el riesgo de individualismo. Hoy en los Derechos Reales y sobre todo en el Derecho de Familia hay un mayor abstencionismo, con el respectivo peligro de caer en el individualismo y en el Derecho de las Obligaciones contractuales se desarrolla más el intervencionismo, con el pertinente riesgo de sufrir en el totalitarismo.

Durante largo tiempo los Derechos Reales y el Derecho de las Obligaciones se han inspirado más en la unicidad y la igualdad, en tanto el Derecho de Familia se remitía más a la

comunidad. Ahora las soluciones obligacionales e incluso las reales avanzan en la atención a la comunidad (llegándose no sólo a la propiedad horizontal sino a pensar en la quizás propiedad de tiempo compartido) y las respuestas familiares tienen más sentidos de unicidad e igualdad.

En las perspectivas tradicionales la Parte General era el campo básico de la protección del individuo, que se diversificaba en el predominio del amparo respecto de los demás en los Derechos Reales y el Derecho de las Obligaciones y la mayor protección frente a sí mismo en el Derecho de Familia. Los Derechos Reales y el Derecho de Familia amparaba frente a lo demás como "lo demás" en cuanto a miseria y el Derecho de Familia avanza tanto a lo demás como soledad. Hoy los Derechos Reales y el Derecho de las Obligaciones se inclinan también considerablemente a la protección contra el propio individuo y el Derecho de Familia avanza en el resguardo contra los demás.

5. Tradicionalmente el Derecho de Familia se vincula más con la integración del Derecho, o política jurídica, con la política erológica, en tanto los Derechos Reales y el Derecho de las Obligaciones se relacionan más con su integración con la política económica. En nuestros días, sin embargo, la política económica avanza en el Derecho de Familia y la política erológica (aunque significativamente debilitada) penetra en ciertos requerimientos críticos del Derecho de las Obligaciones.

6. Es posible que este entrecruzamiento de significados de las partes del Derecho Civil evidencie la realidad histórica de la época llamada de la postmodernidad, con su crisis del sentido metafísico de la vida y su proyección difusa de los sentidos vitales.

(\*) Ideas básicas de una clase dictada por el autor en el curso de Derecho Civil Profundizado de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. La clase de referencia, que abordó la axiología "interna" del Derecho CNM, fue continuación de otra en que el autor consideró la axiología "externa" del mismo.

En relación con el tema pueden ver por ej. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Bases para la filosofía de la división "penártiqua" del Derecho CNM", en "Investigación y Docencia", N° 17 y ss.; también CIURO CALDANI, Miguel Ángel - ARIZA, Arbel - CHAUMET, Mario E. - HERNANDEZ, Carlos A. - MENICOCCHI, Alejandro Aldo - SOTO, Alfredo M. - STAHLI, Jorge.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

# NOTAS DE UN EJEMPLO DE DECLINACION TRIALISTA DE UNA NORMA CONSTITUCIONAL (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*\*)

1. El artículo 18 de la Constitución Nacional dice, en uno de sus párrafos, que "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija hará responsable al juez que la autorice". Su comprensión desde las perspectivas de la teoría trialista del mundo jurídico (\*\*\* ) es una muestra de la gran riqueza de ésta para nutrir la captación del Derecho y una oportunidad para aprender a manejar la metodología de análisis de casos que ella brinda.

2. En la dimensión normológica la norma general de la primera parte del artículo podría construirse diciendo, en las características positivas de su antecedente y su consecuencia, jurídica, que "Siempre que existan cárceles de la Nación éstas serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas". A su vez, las características negativas del antecedente y de la consecuencia podrían recoger respectivamente las epidemias, inundaciones, etc. que se plantearan en los casos o interfirieran en sus soluciones. Al fin la norma completa expondría "Siempre que existan cárceles de la Nación y que no haya epidemias, inundaciones, etc. que lo hagan imposible, las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, a no ser que sobrevengan epidemias, inundaciones, etc. que lo impidan" Una norma individual plantearía, en cambio, por ejemplo, "Dado que se han organizado cárceles de la Nación y que no han mediado epidemias, inundaciones, etc ...".

Costa Rica, sobre todo art. 5; ley 23.054).

En cuanto al funcionamiento de las normas, corresponde partir de la interpretación en su versión literal, diciendo por ejemplo que cárcel es un edificio donde se custodian los presos, sea las personas privadas de su libertad preventivamente o a título penal. Sin embargo, en la interpretación histórica quizás quepa sostener que si las cárceles han de ser sanas y limpias cor más razón (yendo desde la intención al fin del constituyente) han de serlo, por ejemplo, lo

reformatorios de menores o los manicomios donde están privados de su libertad dementes que han realizado actos que hubieran sido delictivos. En este caso, la comparación entre ambas interpretaciones daría como resultado que la norma sería infiel (no captaría con acierto el contenido de la voluntad de sus autores) y sería necesaria una interpretación extensiva, para incluir esos otros lugares privativos de la libertad. Quizás también podría sostenerse, en cambio, que esos lugares no caben dentro de la norma, pero entonces habría al respecto una carencia histórica por olvido, que debería integrarse por analogía con las mismas exigencias de salubridad y limpieza. Otro problema de interpretación planteado por la norma es el que se refiere al término "Nación", que en este caso no debe entenderse en el sentido tal vez literal de gobierno federal, sino en el sentido histórico de todas las cárceles del país, es decir, que también aquí hay una infidelidad que requiere una interpretación extensiva (\*\*\*\*).

Como hemos señalado ya, la norma constitucional necesita una amplia determinación por otras normas, que indiquen cómo han de concretarse esas condiciones de salubridad y limpieza. Además urge tener en cuenta la necesidad de la aplicación, no sólo encuadrando en la norma a las cárceles de la Nación, sino teniendo la energía social necesaria para que el reparto se realice en tal sentido. Se advierten aquí las grandes dificultades que suele plantear la efectivización de la consecuencia jurídica.

Otra perspectiva normológica para el análisis del caso es la que se refiere a las relaciones entre normas en el ordenamiento normativo. La norma constitucional exige un importante desarrollo vertical, con vinculaciones de producción y de contenido con otras normas inferiores, que realizan respectivamente los valores subordinación e ilación. Sin embargo, sobre todo llama la atención la relación horizontal de producción y de contenido con la norma del párrafo en que el mismo artículo establece que toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar a los reos más allá de lo que aquélla exija hará responsable al juez que la autorice. En este caso se satisfacen de manera respectiva los valores inherentes de infalibilidad y concordancia.

3. En la dimensión sociológica cabe reconocer como punto de partida el reparto que establece que la prisión debe ser sana y limpia, pero ese reparto está en relación con las distribuciones de las causas sociales y naturales del peligro de enfermedad y suicidio que se produce en las cárceles. El reparto que establece que las cárceles serán sanas y limpias es autoritario y como tal realiza el valor poder, pero es ordenancista y se manifiesta en un mandamiento, dependiendo en consecuencia del cumplimiento que reciba.

Los repartidores son los constituyentes, pero a su vez ellos necesitan de muchos otros repartidores (jueces, autoridades carcelarias, etc.) que han de cumplir su mandamiento. En el marco de los recipientes cabe reconocer, como recipientes beneficiados, no sólo a los reos sino a sus familiares, amigos, etc., en tanto son recipientes gravados los que deben hacer para que las cárceles sean sanas y limpias, incluyendo a los propios integrantes del conjunto social, que han de contribuir sobre todo económicamente para que ello ocurra. En cuanto al objeto, las proyecciones de las potencias de la "salud" y la "limpieza" son muy vastas. La noción de persona sana abarca infinitos despliegues físicos y psíquicos, individuales y sociales y urge reconocer que con frecuencia están lejos de ser realizados. Respecto a la forma del reparto

autoritario, si bien en su momento hubo un proceso de elaboración constitucional, cabe advertir, por ejemplo, que en cuanto a la concreción de la salud y la limpieza las protestas frecuentes evidencian que es poco lo que a menudo se concreta como proceso con consulta a los reos. A los móviles de los repartidores es posible que haya existido el propósito de beneficiar a los reos, pero también el deseo de dar una imagen de país "europeizado", que atraiga la inmigración. Respecto de las razones sociales, cabe un interrogante muy significativo, pues si bien en el discurso la mayoría parece compartir el deseo de que las cárceles sean sanas y limpias no ha de ignorarse que si la norma no ha conseguido realizarse satisfactoriamente -como ocurre de manera evidente- en parte por lo menos es porque no ha tenido la razonabilidad social suficiente. Es posible, incluso, que en importantes sectores de la sociedad exista un deseo oculto de venganza y de persecución contra los reos.

Entre los modos constitutivos del orden de repartos, es evidente que la disposición constitucional está expresando el plan de gobierno, al que es inherente, cuando está en marcha, la realización del valor previsibilidad. Aunque hay principalmente una indicación de un criterio supremo, de salud y limpieza, el párrafo siguiente hace referencia a la intervención de los repartidores judiciales. Como en todos los casos, el plan de gobierno requiere, para estar en marcha, contar con ejemplaridad, a la que es inherente la realización del valor solidaridad y -según ya señalamos- parece que esto no sucede en la medida necesaria.

El reparto captado en la norma tropieza con frecuentes límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, que son sobre todo psíquicos, por las inclinaciones mentales persecutorias de los encargados de su cumplimiento e incluso de la población en general; sociopolíticos, por la reacción social que provoca el delito, y socioeconómicos por la limitación en los recursos. Incluso hay que considerar los límites especiales que encuentran los repartos que como éste se basan en mandamientos, cuando las cuestiones son vitales, pues entonces las decisiones se replantean. No cabe duda que, en la medida que se considera -fundada o infundadamente- que el reparto su peligrosidad es un peligro vital, el mandamiento constitucional resulta replanteado en cada caso (pese a que se decida al fin mantenerlo).

Al hilo de los límites necesarios del reparto se advierte que además de la constitución formal, donde se encuentra la fuente de la norma, existe la constitución material, en la que la suerte de los reos depende de su participación en el juego de los factores de poder, y la constitución cultural, surgida del complejo de valores de la sociedad, que respecto de ellos oscila entre la vocación de repersonalización y el deseo de venganza.

4. En la dimensión díkelógica la norma evidencia en primer término una fuerte vocación integradora del valor justicia con el valor salud, suponiéndose el pertinente apoyo de otros valores como la verdad y la utilidad para que al fin se realice en los reos de la manera más plena posible el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Para esto se convoca además la contribución de los valores jurídicos señalados precedentemente de poder, previsibilidad, solidaridad, orden, etc. Sin embargo, es notorio que a menudo los reos padecen sufrimientos en

que la utilidad se arroga el material estimativo de la justicia y la salud y se subvierte contra la humanidad y donde los valores inferiores del mundo jurídico, cambiando su orientación, se subvierten contra la justicia y la humanidad.

La justicia es una categoría "pantónoma" (pan=todo; nomos=ley que gobierna), de modo que exige atender en la mayor medida posible a todas las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y, para ponerla a nuestro alcance, son necesarios fraccionamientos productores de seguridad. Para apreciar el grado en que debemos realizar la salud y la limpieza de las cárceles ha de tenerse en cuenta que la prisión fracciona en gran medida el pasado, el presente y el porvenir del reo, generando así seguridad, pero que tal fraccionamiento ha de producirse cuando realmente no es posible desfraccionar, cuando no es posible atender más a su personalización cabal. Los fraccionamientos pueden significar fácilmente atentados contra la salud y la limpieza pretendidas por la Constitución.

El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que pueda convertirse en persona y la norma estudiada es altamente significativa para la personalización (quizás concretamente "repersonalización") de los reos. La salud y la limpieza son instrumentos importantes para la personalización.

La norma en cuestión pretende obtener en los repartidores que privan de la libertad una legitimación aristocrática (por superioridad moral, científica y técnica), en este caso sobre todo sanitaria, que es especialmente relevante, ya que el reparto básico de privación de la libertad no es autónomo. Sin embargo, por una parte hay que tener en cuenta que la salud del reo requiere su posibilidad de participar en repartos autónomos en la mayor medida posible y por otra hay que considerar que a menudo en los hechos esa aristocracia y esta autonomía están lejos de concretarse.

En cuanto a la justicia de los recipientarios, es relevante considerar el carácter gravado, al fin sin fundamento, que en relación con la prisión tienen los allegados (familiares, amigos, etc) del reo y la importancia de que su vida sana los incluya también a ellos. En la perspectiva de los objetos, la exigencia de salud y limpieza es significativa si se tiene en cuenta que en las personas privadas de su libertad suelen mutilarse todos los objetos repartidores; no sólo la libertad, sino la vida como facilidad para procrear; la propiedad como posibilidad real de adquirir bienes y de disfrutarlos; la creación, superadora de la rutina que a menudo los envuelve; la compañía de los seres queridos y la soledad respecto de los que irrumpen en la personalidad, etc. En un sentido amplio, la salud y la limpieza requieren el máximo grado de potencia en todos estos aspectos. En cuanto a la forma del reparto, siguiendo las líneas antes señaladas poco es lo que suele lograrse para que las decisiones acerca de la salud y la limpieza se concreten a través de la audiencia del proceso y la negociación. También es poco lo que el proceso y la negociación, sustituidos por la mera imposición y la mera adhesión, pueden contribuir a la salud de los reos.

La defensa de la salud y la limpieza en las cárceles es una manera de contribuir a que el régimen tome a los reos como fines en sí mismos, según lo exige el humanismo, aunque éste sea intervencionista. De cierto modo, la salud y el humanismo se nutren ~~recíprocamente~~. Sin embargo, es notorio que con frecuencia la realidad de las cárceles se desvía hacia el totalitarismo en que los reos son tomados como medios de la sociedad y el individualismo, en que son

considerados como medios de otros hombres.

La norma que nos ocupa tiende a proteger al individuo, en su condición de reo, en términos de salud y limpieza, contra el régimen, frente a los demás, respecto de sí mismo y contra todo "lo demás" (principalmente la enfermedad, la suciedad, etc.).

5. En el marco de las ramas del mundo jurídico, la norma que nos ocupa es una muestra de la profunda interrelación entre el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Sanitario, etc. Además pone en evidencia la necesidad de atender a una problemática que no ha recibido suficiente consideración: la de ejecución de sentencias.

6. En la norma que consideramos el planteo de política jurídica (o Derecho) se integra con los de política sanitaria, política económica, política de seguridad, política educacional, etc. en una clara definición que al fin muestra una política de conjunto (política cultural).

(<sup>1</sup>) Notas de clases del autor en el curso del Ciclo de Orientación Definida que, sobre Teoría General del Derecho a través del análisis de casos, se dicta con la colaboración del doctor Mario E. Chaumel en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(<sup>2</sup>) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(<sup>3</sup>) Acerca de la teoría triáctica del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Estudios Justilógicos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

(<sup>4</sup>) A su vez, otra cuestión interpretativa es la que surge de la expresión "limpias", cuyo fin trasciende el mero asunto filosófico, necesitándose una nueva interpretación extensiva.

## NOTAS PARA LA COMPRENSIÓN AXIOLÓGICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*)

1. El Derecho Administrativo es una de las ramas jurídicas más tensas en sus despliegues axiológicos (1). En él los valores del mundo jurídico, que culminan en la justicia, tienen una difícil relación con los valores a los que la administración debe servir a través de la satisfacción del valor utilidad (2).

2. La vinculación entre los valores jurídicos y la utilidad hace que en los repartos del Derecho Administrativo sea especialmente significativa la eficacia para cambiar la realidad. La tensa relación entre los valores jurídicos y la utilidad se manifiesta también, por ejemplo, en la vinculación de la utilidad con el poder y la cooperación, que son respectivamente valores propios de los repartos autoritarios y los repartos autónomos. El Derecho Administrativo significa un juego importante del poder gubernamental, pero uno de los patrones más ciertos para el desarrollo de la utilidad es el despliegue de ésta a través de la cooperación.

La tensión referida se advierte también en los modos constitutivos del orden de repartos, el cual se produce verticalmente según el plan de gobierno en marcha, realizador del valor previsibilidad, y horizontalmente a través de la ejemplaridad, que satisface el valor solidaridad. Aunque el Derecho Administrativo e incluso la utilidad requieren cierta previsibilidad, resulta que la manera más cierta de satisfacer la utilidad es la solidaridad. El fracaso del régimen soviético es una muestra reciente de las dificultades para planificar y hacer previsible la utilidad.

El Derecho Administrativo supone un orden que permita reconocer las relaciones entre medios y fines. El orden significa de cierto modo un utilitario acortamiento de la distancia a recorrer por los medios para alcanzar los fines, pero uno de los grandes interrogantes al respecto es la manera y medida en que el orden gubernamental ha de integrar los servicios que presta la administración. Se trata de decidir si ha de desplegarse una continuidad indiferenciada, como ocurre en mayor medida cuando los servicios son prestados directamente por el gobierno, o una continuidad más diversificada, según sucede cuando los servicios son brindados por entes distintos (por ej. empresas privadas).

3. La utilidad exige una relación lo más directa posible entre medios y fines, de modo que requiere con especial intensidad que el Derecho Administrativo tenga normas que expresen con

acuerdo el contenido de la voluntad de sus autores, que se cumplan y que integren la realidad sirviendo a los fines de sus autores. Esto significa que el Derecho Administrativo necesita con particular intensidad normas que satisfagan respectivamente los valores fidelidad, exactitud y adecuación.

Las características de legitimidad, oportunidad, ejecutoriedad y revocabilidad que se atribuyen al acto administrativo son, en diversos grados, expresiones de los valores del Derecho Administrativo y sobre todo del estrechamiento de las relaciones entre medios y fines que exige la utilidad. El complejo de valores del Derecho Administrativo y en particular la fuerza del valor utilidad suelen exigir la formación de entes autárquicos, en que la administración asume una personalidad y un patrimonio propios diferentes de los del Estado.

El Derecho Administrativo es a menudo marco de tensión entre el imperativo de la legalidad y el valor del mismo nombre con respecto a la utilidad, sobre todo porque los primeros reclaman una complejidad de trámites que la utilidad tiende a simplificar.

El Derecho Administrativo supone el juego de normas de diversos niveles, con sus relaciones verticales de producción y de contenido que satisfacen respectivamente los valores subordinación e ilación pero, en mucho por el valor utilidad, requiere asimismo que se desarrollen relaciones horizontales, también de producción y de contenido, que realizan de modo respectivo los valores infalibilidad y concordancia.

Aunque en la cúspide de la pirámide prevalecen las relaciones verticales de producción

y las consiguientes realizaciones del valor subordinación, en el nivel del Derecho Administrativo suele haber más equilibrio con las vinculaciones verticales de contenido, que satisfacen el valor ilación. Las relaciones horizontales de producción y su valor infalibilidad ponen especialmente en juego la problemática de la "vigilancia del vigilante", con su posibilidad de inspecciones consecutivas. Sin embargo, sólo un apropiado sistema de utilidad y no una cadena interminable de inspecciones puede asegurar infalibilidad al respecto. El ordenamiento normativo en su conjunto realiza el valor coherencia y la relación entre medios y fines se beneficia también con su desarrollo.

El Derecho Administrativo requiere que el valor de "consistencia" del ordenamiento normativo se realice especialmente a través de normas quizás poco elásticas, pero flexibles.

4. En el curso de las diversas necesidades públicas que debe satisfacer, el Derecho Administrativo plantea la relación entre los valores jurídicos, culminantes en la justicia, con la utilidad y de unos y otra con valores diversos como la salud, la verdad y la belleza y con el despliegue de los valores, que se concreta -por ejemplo- en la educación o su fraccionamiento, que produce seguridad. Importa al Derecho Administrativo que estas vinculaciones, relevantes en los servicios de transportes, sanitarios, de ciencia, arte, educación, policía, etc. se produzcan en sentido de coadyuvancia o por lo menos de oposición por sustitución (legítima) y no en sentido de oposición por secuestro (que es ilegítimo). Hay sustitución, por ejemplo, si legítimamente optamos por destinar fondos al servicio sanitario o al servicio educativo; hay en cambio secuestro cuando ilegítimamente se reemplaza un servicio sanitario o educativo por otro de menos significación, como puede serlo el de mero esparcimiento. En Argentina y en otros países la

relación de coadyuvancia entre valores del Derecho Administrativo parece desplazarse en un sentido de mayor predominio de las preocupaciones de utilidad sobre las de justicia, con un peligro de arrogación del material estimativo a favor de la utilidad falsificada, inverso al riesgo de arrogación por la justicia falsificada de épocas anteriores. En última instancia todos los valores, en este caso administrativos, han de contribuir a la satisfacción del más alto de los valores a nuestro alcance, que es la humanidad: hay que obtener una administración humanista.

El Derecho Administrativo tiene fuertes exigencias de realización de la justicia extracon-sensual, con acepción (consideración) de personas, asimétrica (con potencias e impotencias difíciles de comparar), espontánea (sin contraprestación), gubernamental (proveniente del todo social), integral (que atiende a ese todo), de participación, absoluta y, sobre todo general (referida directamente al bien común). En especial, es significativa la importancia de la acepción (consideración) de personas; la asimetría -con prestaciones inestimables monetariamente-; la espontaneidad, mediante beneficios gratuitos; la participación, por el carácter "público" de las necesidades y la referencia a la justicia general, cuyos requerimientos caracterizan al Derecho Público. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en despliegues administrativos como los de la salud, la educación, etc. Sin embargo, la tensión es muy grande porque la utilidad a menudo tiende a valerse de la justicia consensual (que la expresa con más claridad), sin acepción de personas (con papeles recortados), simétrica (con facilidad en la comparación de las potencias e impotencias a través del común denominador monetario), comutativa, "partial", sectorial, de aislamiento, relativa y particular.

Quizás haya mayor afinidad entre la justicia gubernamental, la justicia integral, la justicia de participación y la justicia general, de modo que tal vez esto fundamentaría que los servicios públicos se prestaran directamente por el gobierno. Sin embargo, experiencias como la de nuestro país muestran que con frecuencia la justicia gubernamental se convierte en mero beneficio sectorial, aislamiento y justicia particular. En el fondo, incluso, la alegada justicia gubernamental era una forma corrompida de la justicia "partial".

La legitimidad aristocrática de los repartidores en el Derecho Administrativo significa superioridad moral, científica y técnica en relación con valores muy diversos: por un lado los valores jurídicos, que culminan en la justicia, por otro los valores específicos propios de las áreas administrativas particulares (salud, educación, etc.) y por otro el valor utilidad. Un valor que, pese a ser relativo, es específicamente relevante en la aristocracia administrativa es la eficiencia. Cuando la aristocracia se desvía, sobre todo sin sentido de utilidad, el administrador se convierte en un burócrata. Además la tensión se incrementa porque la utilidad tiene un sentido de legitimidad por autonomía que no siempre es compatible con la aristocracia.

Algo análogo ocurre en cuanto a los valores de los recipientes: el Derecho Administrativo requiere a menudo poner la utilidad al servicio de quienes tienen merecimientos o méritos referidos a otros valores, sobre todo a la justicia impulsada por la salud, la verdad, la belleza, etc. En otros términos: hay que desplazar utilidad para quienes tienen títulos para reclamar en nombre de valores no utilitarios, v.g. en nombre de la salud, porque son enfermos o servidores de la salud; en nombre de la verdad, porque necesitan de la ciencia o son científicos, etc.

En cuanto a la justicia de los objetos del reparto, el Derecho Administrativo cubre un

amplio espectro de servicio a la vida, la libertad, los quehaceres, la propiedad, etc. que requiere utilidad pero no siempre la brinda. Exige sanatorios, asilos, subsidios a la creación, etc. que demandan satisfacción de la utilidad, pero se destinan a personas que suelen no brindarla.

El Derecho Administrativo suele requerir un despliegue de humanismo intervencionista (paternalista), pero la utilidad se hace más nítida cuando se desarrolla el humanismo abstencionista. Cuando el primero se desvía a la mediatisación del ser humano en aras del todo desarrolla un Derecho Administrativo totalitario y si el segundo se desencamina en la mediatisación de unos hombres por otros se llega al Derecho Administrativo individualista que, de cierto modo, es una profunda contradicción. El Derecho Administrativo tiende a satisfacer necesidades públicas que lo aproximan más al humanismo en el sentido comunitario (de "res publica"), pero la utilidad guarda fuerte afinidad con la unicidad y la igualdad, que son los otros dos grandes requerimientos de un régimen humanista (más emparentados al liberalismo y a la democracia).

El Derecho Administrativo tiende sobre todo a proteger al individuo contra los demás, respecto de sí mismo y frente a "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.) a través del régimen, pero la utilidad se hace más clara cuando es el propio individuo y no el régimen quien la determina, de modo que exige un fuerte amparo contra el régimen.

**5. El Derecho Administrativo tiene significativas analogías y sin embargo también importantes diferencias con el Derecho Comercial, rama jurídica donde la integración entre justicia y utilidad es también muy relevante, pero con mayor participación de la utilidad. Aunque el Derecho Administrativo responde a requerimientos de satisfacción de las necesidades públicas que no han de desaparecer, en el panorama general de la Teoría General del Derecho de nuestros días (Teoría entendida como estudio del "sistema jurídico") resulta una rama jurídica en fuerte transformación, sobre todo en la medida que el neoliberalismo avanza abriendo nuevos cauces al Derecho Comercial. Pese a su proceso de gestación al diferenciarse del Derecho Privado<sup>(2)</sup>, en nuestro tiempo, en medios como el argentino, parece haber una "comercialización" del Derecho Administrativo, en aras del liberalismo, pero también hay cierta administrativización del Derecho Comercial. Las "distancias" culturales que diferencian en cuanto a estructura al Estado y a la empresa comercial no son a veces muy grandes. Nada de esto excluye que la problemática de utilidad convierta al Derecho Administrativo en una de las ramas jurídicas de profunda actualidad.**

**6. En el Derecho Administrativo se muestra con gran intensidad la necesidad de integración del mundo jurídico (política jurídica) con el resto del mundo político (mundo de las posibilidades de convivencia, es decir, de coexistencia valiosa). En él los valores jurídicos, culminantes en la justicia, y la utilidad, cuyas exigencias identifican a la política económica, deben integrarse en las fuertes exigencias de realización de los valores que identifican a las otras ramas políticas: con la salud en la política sanitaria, con la verdad en la política científica, con la belleza en la política artística, etc.; con el desarrollo de los valores en la persona en la política educacional, con el fraccionamiento de los valores en la política de seguridad y con el complejo todo de los valores de convivencia en la política cultural.**

La estrecha relación del Derecho Administrativo con la política económica se desarrolla con mayor intensidad en los regímenes que tienen una concepción estatista de la economía. Entonces hay una especie de economía "administrativa".

7. No es por azar que el Derecho Administrativo tuvo su gran desarrollo a partir del desarrollo económico y estatal de la Edad Moderna (3). Cabe preguntarse cuál será su porvenir en la gran crisis de la llamada postmodernidad.

(1) Notas de una exposición del autor en una reunión de la Cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho, III de Filosofía del Derecho y única de Derecho Universidad Nacional de Rosario (Cátedras I de Introducción al Derecho y II de Derecho Privado).

(1) A semejanza de lo que ocurre en otras ramas jurídicas, además de una administración formal y una material hay que reconocer una administración en sentido cultural, que es el complejo de valores que desarrolla la administración. En cuanto a la problemática axiológica pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Estudios Justilógicos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico en que se basan estas notas pueden v. v.gr. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; también puede v. "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

(2) Acerca de la noción de Derecho Administrativo v. por ej. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", 2a. ed., t. I, Bs. As., Abeledo-Perrell, 1986, págs. 93 y ss.; GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Parte General, t. I, Bs. As., Macchi, 1977, esp. págs. IV, 19/20; FIORINI, Bartolomé, "Derecho Administrativo", 2a. ed., t. I, Bs. As., Abeledo-Perrell, 1976, pág. 34; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", 3a. ed., t. I, Bs. As., Abeledo-Perrell, 1982, págs. 15/152; VILLELGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", t. I, Bs. As., TEA, 1949, págs. 75 y ss.; BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", 3a. ed., t. I, Bs. As., Lafouane, págs. 6 y ss.; DIEZ, Manuel María (con la colaboración de Florencia González de Beca), "Manual de Derecho Administrativo", 2a. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1980, págs. 45 y ss.

(3) Puede v. GORDILLO, op. cit., 1., págs. II - 1 y ss.

## PERSPECTIVAS HISTORICAS UNIVERSITARIAS (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (")

1. Mucho se ha escrito y se ha discutido acerca de la historia y del significado de la Universidad. Al hablar de la historia de la Universidad algunos traen a colación antecedentes egipcios, griegos y romanos. En especial hay quienes afirman que la Universidad tiene su origen en la Academia platónica. Sin embargo, compartimos la idea de que las primeras instituciones universitarias surgieron en la Edad Media, con el despertar de Occidente luego de la llamada "noche de la historia", particularmente en los siglos XII y XIII.

La Universidad es un producto occidental, de una cultura especialmente signada por los valores verdad y utilidad y por el alto reconocimiento del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) (1). En la Edad Media, en los espacios de relativa libertad que dejaban las luchas del Imperio y la Iglesia surgieron las ciudades, con su actividad nacientemente capitalista y el desarrollo de la burguesía y en ellas se formaron los gremios, corporaciones de maestros, aprendices y oficiales destinadas a la mutua protección. En ese marco de gremios deben ser básicamente comprendidas las Universidades. Además, como precedentes de la dinámica universitaria cabe tener en cuenta quizás a los goliardos, clérigos o estudiantes de vida irregular que eran críticos errantes de la sociedad establecida y tal vez contribuyeron a preparar el fermento universitario. En este marco se ubica a Pedro Abelardo, célebre por sus enseñanzas y por sus amor desdichado con Eloísa, quien para algunos es el primer "profesor" (2).

Las primeras universidades fueron las de París y Bolonia, respectivamente centradas en la participación de los maestros y de los estudiantes. Se ha dicho que la primera era más "aristocrática" y la segunda más "replicana", o quizás democrática. En París fueron los maestros los que fijaban las reglas del gobierno, en tanto que en Bolonia eran los estudiantes -personas en general de edad madura- quienes elegían de su seno a las autoridades. De manera respectiva las instituciones de París y de Bolonia se hicieron célebres por los estudios teológicos y filosóficos y por los estudios jurídicos.

Las constancias más antiguas acerca de la Universidad de París -ciudad que para algunos era "lugar de perdición", "Babilonia de la época"- se remontan a la segunda mitad del siglo XII y la institución surgió de la agrupación de varias escuelas. Pese a que suele sostenerse que la institución de París es la más antigua, no cabe desconocer que en 1158 un decreto imperial otorgó a la Universidad de Bolonia jurisdicción independiente.

Aunque el derecho a enseñar pertenecía originariamente a los obispos, poco a poco las universidades se fueron liberando de su poder. En 1213 el canciller delegado del obispo de París concedió prácticamente el privilegio de conceder licencia para enseñar, que pasó a los maestros de la Universidad y, en circunstancias de la huelga de 1229-1231, ya la Universidad fue libre del control del obispo. Precisamente en 1229 los estudiantes se enfrentaron con la policía real y con el poder municipal y en la época se asentaron las armas fundamentales de la lucha universitaria: los derechos de huelga y de secesión. De uno de estos desprendimientos, de los estudiantes ingleses que asistían a las clases de París, surgió (ya en 1167/68) la Universidad de Oxford, aunque en el aspecto jurídico sus raíces estuvieron en Bolonia.

En la lucha por su afirmación contra el poder episcopal, real y comunal la Universidad contó con el respaldo del poder distante del Pontificado. Una de las características de las universidades medievales es el desarrollo de la autogestión. Contaban con autonomía jurídica dentro de los marcos de la Iglesia, con algunas limitaciones locales, y se hallaban sólo sujetas al lejano control del Papa. La ciudad de París estaba dividida en tres partes: una de los comerciantes, los artesanos y el vulgo; otra de los nobles que abarcaba la corte del rey y la tercera de los estudiantes y los colegios, conocida como la Universidad.

Las principales universidades medievales tenían participación y sentido nítidamente internacionales (a diferencia de los gremios, que eran locales). Tomando como base la Universidad de París, la estructura universitaria tradicional resulta compuesta por cuatro facultades: Artes, Decretos o Derecho Canónico, Medicina y Teología. Las tres últimas - facultades superiores - eran gobernadas por respectivos decanos, en tanto que la Facultad de Artes, dividida en naciones -cada una con un procurador- era gobernada por un rector que se convirtió con el tiempo en cabeza de la Universidad. Como los actos de la Facultad de Teología se realizaban con frecuencia en el Colegio de Roberto de Sorbonne, de este nombre surgió al fin la célebre designación derivada de la Facultad e incluso de la Universidad.

Además de las Universidades de París y de Bolonia, cabe recordar entre las instituciones más antiguas a la de Salerno, célebre por los estudios de medicina. Pese al origen espontáneo de las primeras universidades, el Emperador y el Papa también optaron por establecerlas: el primero lo hizo en Nápoles y el segundo en Tolosa, ambos en 1229 (en el caso de Tolosa, con el propósito de combatir la herejía). Luego también las universidades surgidas espontáneamente quisieron la consagración de las autoridades. París y Bolonia la obtuvieron del papa Nicolás IV.

Fueron surgiendo en la época numerosas universidades, aunque sólo algunas perduraron. Las primeras universidades españolas fueron las de Palencia, Salamanca (de fundación real) y Valladolid. Las Paridas decían que "estudio (así se solía llamar a las universidades) es ayuntamiento de maestros o de escolares que es fecho en algún lugar con voluntad e entendimiento de aprender los saberes" y una serie de reglas determinaban cómo debían ser los lugares donde se fundaran, cuál sería el tratamiento de los docentes, etc.

Los profesores de las universidades medievales no estaban, en general, a sueldo, sino que atendían a sus necesidades con la retribución de sus oyentes, a la que sólo algunos atribuyen carácter voluntario. Según parece, la remuneración fija se estableció a partir del siglo XVI, con la obligación, como contrapartida, de dar cursos públicos y gratuitos. Un aspecto significativo

de la historia de las universidades medievales es el del conflicto entre los maestros seculares y las órdenes de dominicos y franciscanos, entre otros problemas, por la actitud de los miembros de éstas de no reclamar a los estudiantes pago de los cursos, ya que vivían de limosnas. Tal actitud ponía en cuestión una de las líneas de tensión más importantes de la vida del docente, la que se desarrolla entre la vocación (en el caso, con una fuerte "religiosidad") y la inclinación profesional.

La Universidad medieval desenvuelve sus actividades docentes de manera dialogal. Los estudios se hacían sobre comentarios de textos. Luego de la "lectio" (que partía de la letra, se elevaba a la lógica y culminaba en la exégesis, reveladora del contenido de ciencia y de pensamiento) se producía la "questio" (que ponía en cuestión el texto tomado como soporte) y después la "determinatio", en que el maestro presentaba su propio pensamiento. Cuando la "questio" se liberó de la "lectio" se convirtió en "disputatio" y cabe señalar que a veces se practicaba la "quodlibética" en que el maestro respondía a cuestiones que planteaba cualquiera sobre cualquier tema. Para el estudio en base al comentario de textos, que se utilizó en todas las ciencias, se emplea en el área jurídica el nombre de "glosa" (3). El libro se difundió y adquirió caracteres más utilitarios, en cuanto a confección del pergamino, tipo de letra y tamaño.

Los títulos fundamentales eran el de bachiller y el de doctor, que habilitaba para enseñar. En los exámenes de doctorado el postulante debía hacer frente a diversas instancias de debate, interrogatorio y docencia. Las nuevas ideas, a menudo tomadas de los clásicos, suscitaban fuertes polémicas y a veces prohibiciones. En 1210 se prohibió en la Universidad de París la enseñanza de la Física y de la Metafísica de Aristóteles.

Pese a su dinámica, la Universidad medieval está equilibrada y quizás aprisionada en el marco de una cultura que tiene profundas raíces metafísicas y religiosas.

2. Luego de su período de esplendor la Universidad fue decayendo, en parte porque se convirtió en bastión de privilegios para sus docentes. En 1391 se distinguen los caballeros en armas y los caballeros en leyes y en 1533 el rey Francisco I otorgó la caballería a los doctores de la Universidad.

La invención de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg (Juan Gensfleisch) en 1440 tuvo gran importancia en la historia de las universidades, entre otros motivos porque con el despliegue de la actividad editorial permitió acortar las lecciones y favoreció el desenvolvimiento del intelectual aislado.

Por otra parte, en la época las universidades fueron adquiriendo carácter nacional y hasta regional, en mucho por la fundación de nuevas Casas de Estudios. Una muestra de la mediatisación política de la Universidad fue ya la intervención "colaboracionista" con los ocupantes ingleses de París, a fines de la Edad Media, en la condena de la herejía francesa Santa Juana de Arco, decisión que la institución informó al rey británico con satisfacción.

Al fin, muchos de los grandes intelectuales de la Edad Moderna no fueron docentes universitarios y la actividad de investigación se desplazó en considerable medida a las academias. Como muestra del relativo carácter secundario de las universidades, cabe recordar que Bacon, Galileo, Hobbes, Grocio, Descartes, Pascal, Spinoza, Leibniz y Newton no fueron

profesores universitarios o sólo lo fueron marginalmente. Así es el caso de Galileo, que tuvo en cambio entre sus enemigos también a los profesores universitarios. No sería justo, sin embargo, ignorar la figura también paradigmática de Kant, que no fue ni quiso ser otra cosa que un profesor universitario.

La cultura racional y empírica de la modernidad, centrada en el cuestionamiento gnoscológico excedió, en mucho, los marcos de las corporaciones universitarias. El 15 de septiembre de 1793 la Revolución Francesa, hostil al fin a todas las corporaciones, suprimió mediante un decreto de la Convención todas las universidades.

3. En el episodio imperial de la Revolución Francesa la política bonapartista, de fuerte presencia estatal en las instituciones culturales, produjo la fundación de la Universidad de Francia, caracterizada por el centralismo imperial y el monopolio de las orientaciones de investigación. Si se recuerdan, como ejemplos, la codificación y la rígida reglamentación que el Imperio introdujo en materias como las imprentas o el teatro, cabe comprender que un espíritu análogo dominara en la materia educativa en general y universitaria en especial.

Sin embargo, la manifestación más significativa de la historia de la Universidad en el siglo XIX es la aparición de la nueva Universidad alemana, orientada por la Universidad de Berlín fundada en 1809-10, en una época en que el orgullo prusiano herido por la derrota militar buscaba un renacer. En gran medida la nueva Casa se fundó bajo la influencia del sabio y pensador político Guillermo de Humboldt. Una serie de obras significativas están unidas a la aparición de la nueva Universidad alemana: "El conflicto de las facultades" de Kant (publicada en 1798), "Lecciones sobre el método del estudio académico" de Schelling (1803), "Plan razonado para erigir en Berlín un establecimiento de enseñanza superior que esté en conexión adecuada con una academia de ciencias" de Fichte (1807), "Pensamientos ocasionales sobre la organización interna y externa de los sentidos alemanes" de Schleiermacher (1808) y "Sobre la organización interna y externa de los establecimientos científicos superiores de Berlín" de Humboldt (1810). Tiempo después, aunque con un sentido menos optimista, se encuentra el artículo sobre la filosofía universitaria incluido en "Pererga y Paralipomena" de Schopenhauer (1851).

En el seno de la Universidad se desarrollaría la gran tensión entre las dos Alemanias, la "liberal" encabezada en este caso por las ideas de Kant, de Humboldt y de Schopenhauer y la

autoritaria representada en mayor grado por Fichte, Schelling y Hegel.

Las bases de la Universidad alemana fueron: la combinación de investigación y enseñanza sobre pasando la mera docencia, de modo que se reemplazaba el sentido predominante de la Universidad medieval; la libertad de cátedra y del estudiante, considerado un colaborador del profesor en el descubrimiento de la verdad; el mantenimiento de la unidad de la ciencia dividida en especialidades, pero dirigida a la penetración del ámbito total de la realidad; la superposición de la formación a la mera información y el hacer de la universidad el órgano supremo de la educación moral y espiritual de la nación. Es famosa la frase de Döllinger de que era "una sociedad de sabios que enseña". Entre los aportes para dar espíritu a la Universidad, concentrando en ésta las tareas de la consagración integral.

Mostrando la orientación que desarrolló la Universidad en Alemania, decía Friedrich Schleiermacher: "La tarea de la universidad es despertar la idea de la ciencia en los jóvenes más nobles, ya equipados con ciertas clases de conocimientos, ayudarlos a dominarla en aquel terreno del conocimiento al cual se quieran dedicar especialmente, de modo que se les incorpore a su naturaleza el considerar todo desde el punto de vista de la ciencia, contemplar todo lo individual, no en sí mismo, sino en sus conexiones científicas próximas, e inscribirlo en una gran conexión, en constante relación con la unidad y la totalidad del conocimiento..." (4). Afirmaba que "...en la Universidad se reconoce, en general, la enseñanza filosófica como fundamento de todo lo que allí se realiza;..." (5) e indicaba "Si un Estado destruyese las universidades, el centro, el

seminario de todo conocimiento y tratase de aislar simultáneamente los esfuerzos científicos arrancándolos de su conexión vital, entonces no puede quedar ninguna duda: el propósito o, por lo menos, la acción inconsciente de semejante procedimiento es la opresión de la formación superior más libre y de todo espíritu científico y la consecuencia ineluctable será el prevailecimiento de un sistema mecánico y de una lamentable limitación en todas las materias." (6) La expresión científico-literaria más propia de la Universidad era el tratado, en que se expone sistemáticamente una ciencia.

La Universidad alemana está relacionada en gran medida con el sentido romántico e historicista de la época de su fundación. Tal vez la profundidad vital de sus planteos esté profundamente vinculada con la sed de absoluto de la filosofía que en gran medida la engendró.

La Universidad alemana marca, sobre todo en el siglo XIX y a comienzos del siglo XX, uno de los momentos más gloriosos de la institución, pero se desbarrancó a veces en la colaboración con gobiernos demasiado nacionalistas. La Universidad y el poderío militar fueron dos de los principales factores con que Alemania, llegada tarde al protagonismo económico del mundo contemporáneo, procuró superar su situación.

El pensamiento universitario alemán continuó su evolución (7) y en 1918 Max Weber, en "La ciencia como profesión", reclamaba la exclusión de la toma de posición política, religiosa, valorativa y de concepción del mundo, pretendiendo un enfoque científico y cultural de cierto modo aislacionista. Asimismo cabe destacar las ideas de Scheler sobre universidad popular, como organización aparte de la Universidad.

Pese a sus aspectos positivos, la Universidad alemana ha recibido numerosas críticas. Quizás la más dura se refiera al científico, que se manifestaría en la vocación de los profesores por encerrarse en sus investigaciones, descuidando sus responsabilidades docentes, y por su fe ciega en la bondad del desarrollo del conocimiento. Ya de Lagarde (1878/81) se hace eco de la idea de la separación total de las tareas de enseñanza, investigación y educación atribuyendo exclusivamente la primera a las universidades, la segunda a las academias y la tercera a las familias y a la iglesia.

4. Producido el derrumbe de la cultura alemana tradicional con el segundo episodio de la guerra mundial en dos períodos que protagonizó nuestro siglo, cabe destacar el trabajo de Jaspers de 1946 sobre "La idea de la Universidad". El filósofo existencialista alemán señala a la ciencia y sus supuestos como contenido nuclear de la Universidad, concentrando en ésta las tareas de la

cultura superior, muestra el carácter aristocrático-intelectual de la institución y expone las necesidades de su autonomía con relación al Estado y de su misión cosmopolita.

Luego de la guerra mundial se hizo notorio, sin embargo, un cambio de la edad de la historia, con la consiguiente crisis que también afecta a la Universidad. Esta crisis se manifestó sobre todo en los sucesos franceses de 1968. La crisis universitaria está signada en gran medida por la presencia masiva de estudiantes, por la magnitud de las exigencias científicas y tecnológicas de nuestro tiempo y por la tendencia a desplazar la investigación sometiendo a la Universidad al carácter de mera escuela, por la no resuelta medida de la participación política y por el incremento de una concepción incoherente del mundo. Es evidente que la época de la televisión, de la informática, de la energía atómica, de las comunicaciones espaciales y de la ingeniería genética no puede tener una Universidad como las de otros tiempos. Con la crisis de la "modernidad" (quizás, sin embargo, productora de los aspectos más humanistas de nuestra vida) hay que reconocer un nuevo marco condicionante de la Universidad. No ha de extrañar que con frecuencia en la Universidad de estos días las fuentes de estudio sean no el tratado o el manual, sino los apuntes a menudo sin responsabilidad autoral o las fotocopias de trozos deshilvanados de libros o artículos.

Es mucho lo que se reclama a la Universidad en nuestro tiempo, quizás demasiado, sobre todo en países como el nuestro. Una cuestión altamente significativa es la de la integración de la Universidad tanto en el sistema científico y tecnológico (incluyendo los aspectos profesionales) como en el sistema educativo de la sociedad. La Universidad debe ser a la vez ciencia, docencia y profesionalidad y, sin desconocer las tensiones que les son inherentes, las tres deben resultar integradas. Cabe usar al respecto el decir del propio Humboldt de que la profundización de la ciencia se debe tanto a los profesores universitarios como a los académicos (8).

Otro de los temas más difíciles de resolver es el de la integración de la institución como ámbito de los estudios de alto nivel y el ingreso irrestricto de alumnos que se reclama como medio de promoción social (9). La Universidad es una institución que ha de desarrollarse de maneras a la vez aristocrática (por sus despliegues científicos y profesionales) y democrática (por su sentido educativo). En la ciencia y la profesión ha de imperar la superioridad en el saber y el hacer, pero en la docencia ha de tenerse en consideración en cierto grado el consenso de los estudiantes, ya que nadie está legitimado a intervenir en la personalidad de un adulto normal sin su acuerdo. El problema mayor respecto de esta participación democrática es que la sociedad impulsa a ingresar a alumnos sin vocación, que con frecuencia sólo desean pasar el tiempo, obtener un título sin fundamento, en mucho para mejorar su condición social, o hacer carrera partidista. En numerosos casos se trata además de aspirantes que ni siquiera han desarrollado el nivel intelectual imprescindible para la comprensión de los problemas.

Creemos que, por lo menos en medios como el nuestro, otra perspectiva de importancia en la vida universitaria es la necesidad de formar más cantidad de profesores con excelencia informativa y formativa y, al fin, profundamente científica y humana. Múltiples factores, entre los que figuran la lucha desleal de las facciones ideológicas, las bajas remuneraciones, la competencia de otras actividades mejor remuneradas y la rutina generada por la masividad conducen a la crisis de la docencia universitaria. La Universidad no puede pretender el

monopolio de la actividad intelectual de alto nivel, pero debiendo ser centro de creatividad está en cambio crecientemente sumida en la rutina. Ninguna Universidad puede tener, obviamente, mejor nivel que el de sus docentes.

Con sabiduría, decía Michel Villey en el curso sobre las filosofías del Derecho de la Universidad que orientó en junio de 1968, que la facultad era grande y había factores que a él como profesor le escapaban, pero que no dejan de tener gran importancia. El presupuesto estatal y los locales figuraban entre ellos. Señalaba irónicamente el jusfilósofo francés que hacer entrar veinte mil estudiantes en un ambiente hecho para dos mil era problema matemático para el que no estaba suficientemente preparado. Decía que no veía cómo puede hacerse para que las relaciones sean humanas, según es necesario, entre tal masa de estudiantes y un puñado de profesores, o para que los jóvenes ignorantes de la gramática accedan a una enseñanza superior (10).

Como toda la vida humana, la Universidad tiene un indestructible despliegue político. Lo que creemos debe exigirse no es la imposible e indeseable "neutralidad" científica sino la tolerancia, que permita la predica de todas las ideas, y el alto nivel del discurso, excluyendo las manifestaciones politiqueras partidistas y de barricada.

El universitario como ser pensante corresponde a menudo a sectores que cuestionan la realidad, pero este cuestionamiento no debe desbarrancarse con utopías que sólo pueden llevar al aislamiento de la institución y al resentimiento de sus integrantes. No es legítimo que la Universidad sea sacrificada como detonante de revoluciones imposibles.

En nuestro país, además, la problemática universitaria está mezclada en un grave y repetido enfrentamiento político partidista, ya que las ideas que predominan con fuerza en la institución difieren radicalmente de las de uno de los partidos que a menudo accede democráticamente al poder. Quizás esto se deba a que se trata de una institución "importada", sobre todo en su versión moderna y contemporánea, y a que en gran medida toda nuestra cultura es importada, insertándose la institución en el enfrentamiento entre los sectores "anglofrancesado" e "hispánico tradicional", que tanto ha perjudicado nuestra personalización individual y social. Aunque España introdujo la Universidad en los primeros tiempos de la conquista, la institución es actualmente uno de los grandes bastiones de la cultura anglofrancesada (11). Sea en sus versiones "marxistas" o no marxistas, la fórmula ideológica de la Universidad argentina es en mucho izquierdismo anglofrancesado.

La Universidad, con los diversos valores específicos de las facultades, departamentos, etc. y su referencia general al valor verdad es un marco de excelencia para la realización del valor humanidad, pero en nuestro tiempo todo ese complejo de valores parece desorientado por el cambio de edad histórica. Ante la desorientación de la vida y de la Universidad de nuestros días, es necesario un adecuado equilibrio entre la consideración de la realidad y los ideales. Frente a las pretensiones a menudo desbordadas de diversos sectores, cabe recordar las palabras de Michel Villey cuando decía: "L'Université ne peut être le rêve arbitraire d'un cerveau, une création imaginaire, la production fantastique d'une nuit de delire..." (12).

(\*) Notas de clases dictadas por el autor en el Seminario acerca de la problemática de la educación jurídica de postgrado y de la investigación jurídica en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la U.N.R. En relación con el tema pueden v. por ej. LE GOFF, Jacques, "Los Intelectuales de la Edad Media", trad. Marco Aurelio Galmarini, Bs.As., Eudeba, 1965; MONDOLFO, Rodolfo, "Universidad: pasado y presente", Bs.As., Eudeba, 1966; VILLE, Michel, "Seize essais de Philosophie du Droit dont un sur la crise universitaire", París, Dalloz, 1969 ("Un cours sur

les philosophies du droit de l'Université"), págs. 282 y ss.; FICHTE y otros (recop.), "La idea de la Universidad en Alemania", trad. Erika Sommersguter y otros, Bs. As., Sudamericana, 1959; BAHRDT, H. P. y otros (recop.), "La Universidad: ensayos de autocritica", trad. Ernesto Garzón Valdés, Bs. As., Sur, 1965; ORTEGA Y GASSET, José, "Misión de la Universidad", 3a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1960; GOLDSCHMIDT, Werner, "Justicia y Verdad", Bs. As., La Ley, 1978, págs. 525 y ss.; BRUGI, Blagio (Prof.), "Per la Storia della Giurisprudenza e della Università Italiane", Milano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1915, esp. págs. 50 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84, espec. t. I, 1982, págs. 236 y ss. Acerca de la problemática actual de las universidades pueden v. por ej. LONDON, Herbert, "Death of the University", en "Futurist", May-June 1987, págs. 17 y ss.; ASH, Eric (Professor), "Privatising the Universities", en "Interdisciplinary Science Reviews", Vol. 13, Nº 4, págs. 303 y ss.; asimismo, BARBLAN, Andris - PUYMEGE-BROWNING, Alison de - RUEGG, Walter, "The History of the European University in Society: A Joint University Research Project", en "History of European Ideas", Vol. 8, Nº 2, págs. 127 y ss.

(\*\*) Investigador del CONICET.

- (1) Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 100 y ss..
- (2) Puede v. LE GOFF, op. cit., págs. 34 y ss., esp. pág. 47.
- (3) BRUGI, op. cit., págs. 31/2. Se glosaban los textos sagrados, las obras de Aristóteles, Hipócrates, etc.
- (4) SCHLEIERMACHER, op. cit., en FICHTE y otros, op. cit., pág. 135.
- (5) Id., pág. 137.
- (6) Id., pág. 147.
- (7) Puede recordarse, por ejemplo, "El porvenir de nuestros establecimientos de enseñanza" de Nietzsche (1871/72).
- (8) HUMBOLDT, op. cit., en FICHTE y otros, op. cit., pág. 215. Schleiermacher distingüía las escuelas, las universidades y las academias (como reuniones de maestros).
- (9) Puede v. en relación con el tema por ej. GURI, Sarah, "Equality and excellence in higher education - Is it possible?", en "Higher Education", 15 (1986), págs. 59 y ss.
- (10) VILLEY, op. cit., págs. 282/83.
- (11) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "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.
- (12) VILLEY, op. cit., pág. 285.

# RELACIONES ENTRE LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## I. Nociones fundamentales

1. Muchas opiniones coinciden en que “es difícil alcanzar una definición de “sistema” capaz de satisfacer los numerosos empleos del concepto de sistema” (1), pues en el término hay una pluralidad de sentidos que torna la investigación equívoca si no se esclarece el significado de antemano (2). Pese a que algunas corrientes más tradicionales o de nuestros días -como la jurisprudencia de intereses o la actual “tópica jurídica” -Viehweg, Esser, Ballweg, Perelman- se han mostrado en diversos grados escépticas en cuanto a la importancia del sistema en el Derecho, también cabe tener en cuenta las posiciones de quienes afirman que la teoría de los sistemas representa una reorientación que se ha vuelto necesaria en la ciencia en general (3). El concepto de sistema “ha invadido todos los campos de la ciencia y penetrado en el pensamiento y el habla populares y en los medios de comunicación de masas” (4).

La palabra sistema proviene del griego “*systema*”, “*syn-istemi*” y en ese sentido significa compuesto o construido. Sin embargo, al sentido originario, que de cierto modo significa un conglomerado, se agregó el sentido específico de orden y organización. En el fondo guarda así afinidad con la noción de cosmos, de gran importancia en la filosofía griega. La expresión aparece por ejemplo en los estoicos para nombrar una “totalidad bien ordenada” (5). El empleo de la palabra “sistema” se hizo frecuente a partir de la Edad Moderna, la Edad de la Razón, y con el jusnaturalismo, pero tuvo una de sus horas de mayor apogeo con el idealismo alemán.

Puede hablarse además de una tendencia sistemática de la filosofía, en la que figuran Plotino, Santo Tomás de Aquino, Suárez, Spinoza y Wolff, a la que se oponen los estilos filosóficos de Aristóteles, San Agustín, Occam, Hume y Kierkegaard y Nietzsche, que representan maneras fragmentarias del filosofar. En nuestro tiempo, el pensamiento sistemático ha recibido vigor, por ejemplo, desde el estructuralismo lingüístico de Saussure, la teoría psicológica de la forma o de la estructura y la cibernetica.

Se han llegado a diferenciar las direcciones filosóficas en corrientes de carácter sistemático o problemático, aunque a veces, sin embargo, se ha señalado acertadamente que el sistema y el problema son maneras respectivamente más estática y dinámica del pensar.

Los sistemas pueden ser más cerrados o abiertos y es éste el sentido con que empleamos el término, refiriéndonos al complejo ordenado de las ramas jurídicas que ha de abordar la nueva Teoría General del Derecho (6).

2. A nuestro parecer, ya se han hecho significativos avances en la elaboración de la nueva Teoría General del Derecho a la luz de la aplicación de la teoría trialista del mundo jurídico (7), pero creemos que también es importante reconocer cuáles son los tipos de relaciones entre las ramas jurídicas que, desde los puntos de vista de las tres dimensiones del Derecho, pueden reconocerse con miras a descubrir el sistema jurídico.

En general, las relaciones pueden ser de coadyuvancia, cuando unas ramas colaboran con otras legítimamente, o de oposición, que pueden ser legítimas o ilegítimas.

## II. Relaciones entre las ramas del mundo Jurídico en la Teoría General del Derecho

### a) Dimensión sociológica

3. En la dimensión sociológica, las vinculaciones de coadyuvancia verticales ascendentes son de sustentación (apoyo), produciéndose, por ejemplo, cuando el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc. sirven de sustentación al Derecho Constitucional. A su vez, las relaciones de coadyuvancia verticales son descendentes cuando hay consolidación, por ejemplo, cuando el Derecho Constitucional afirma, desde arriba, a las ramas inferiores.

En la medida que se tenga conciencia de la materialidad de las fuentes de las normas se advertirá que, a diferencia del Derecho Natural -que "pendía" de la naturaleza o de la razón- el Derecho Constitucional, que se nutre de él, pero adaptándose al sentido de la positividad, requiere apoyo en las realizaciones de las materialidades concretas de otras ramas de carácter civil, comercial, administrativo, penal, procesal, etc. Desde una perspectiva parcial, podría recordarse la posición que afirma la existencia de una "infraestructura", a la que pertenecerían de modo destacado partes del Derecho Civil y el Derecho Comercial, y una "superestructura", que se expresaría principalmente en el Derecho Constitucional. Pese a que estas vinculaciones de sustentación son las verticalmente más importantes, a su vez es posible advertir que la constitucionalidad consolida el desarrollo de las ramas particulares (civil, comercial, etc.) y no es por azar que su formalización se produjo cuando las principales ramas particulares señaladas habían alcanzado un importante grado de desenvolvimiento.

En sentido de coadyuvancia horizontal, las ramas jurídicas se vinculan por conjunción, uniéndose unas al destino de otras del mismo nivel, como ocurre con el Derecho Civil y el Derecho Penal que interviene subsidiariamente para asegurar su cumplimiento.

Las relaciones de oposición pueden ser legítimas o ilegítimas, en este caso, a la luz de los valores de la dimensión sociológica, que culminan el orden. En el primer caso, se trata de mera disyunción, por ejemplo, si en una demanda se opta por la acción de responsabilidad del Derecho Civil o la del Derecho del Trabajo e incluso en la existencia misma de las dos ramas jurídicas.

En el segundo, de las vinculaciones ilegítimas, puede ocurrir que en sentido vertical las ramas inferiores se alcen contra las superiores en relaciones de suspensión, v. gr. que el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, etc. dejen al Derecho Constitucional sin sustentación; que en la misma proyección vertical, pero descendente, las ramas superiores se orienten contra las inferiores produciendo una socavación, por ej. que el Derecho Constitucional socave el Derecho Civil, el Derecho Comercial, etc. y que en sentido horizontal una rama ocupe el lugar de otra, en suplantación, por ej., que el Derecho Penal desplace indebidamente al Derecho Civil o el Derecho Comercial o que el Derecho Civil o el Derecho Comercial desplacen al Derecho Penal.

#### **b) Dimensión normológica**

5. En la dimensión normológica las relaciones de coadyuvancia vertical descendente son vinculaciones de derivación, por ejemplo, del Derecho Constitucional en Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Administrativo, Derecho Penal, etc. y las relaciones ascendentes son de referencia, v.gr. del Derecho Civil, Comercial, Administrativo, Penal, etc. referidos al Derecho Constitucional. En sentido horizontal la coadyuvancia normológica se muestra como afirmación, v.gr. cuando el Derecho Civil y el Derecho Comercial afirman lo que sancionará el Derecho Penal o éste “reafirma” lo que afirmaron el Derecho Civil o el Derecho Comercial.

Las relaciones de oposición en la dimensión normológica pueden ser legítimas o ilegítimas con miras a los valores de esta misma dimensión que culminan, respecto del ordenamiento normativo, en la coherencia. Las relaciones de oposición legítimas significan diversificación, según sucede con el caso mencionado de las acciones de responsabilidad civiles o laborales e incluso con casos más genéricos de la diversificación del Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, etc. En cuanto a las relaciones de oposición ilegítimas, en sentido vertical descendente se encuentran las vinculaciones de interferencia de ramas superiores en ramas inferiores, v.gr. del Derecho Constitucional en el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, etc. y en sentido ascendente vinculaciones de interpolación de ramas inferiores en ramas superiores, según sucede si el Derecho Civil, el Derecho Comercial, etc. se oponen al Derecho Constitucional. En sentido horizontal la oposición ilegítima consiste en inconveniencia, evidenciada por ejemplo cuando el Derecho Penal ocupa el lugar del Derecho Civil o el Derecho Comercial o a la inversa.

#### **c) Dimensión dikelógica**

6. En la dimensión dikelógica la coadyuvancia de las ramas en la realización de la justicia en sentido vertical es contribución, pero puede decirse que específicamente en orientación descendente es fundamentación, como sucede cuando el Derecho Constitucional fundamenta al Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, etc., y en orientación ascendente es subsistencia, en cuanto las ramas inferiores mencionadas contribuyen a la subsistencia del Derecho Constitucional. La coadyuvancia en sentido horizontal significa

aquí integración entre las ramas, v.gr. el Derecho Civil o el Derecho Comercial con el Derecho Penal, aunque también puede decirse que se trata al fin de una relación de "confirmación".

La oposición legítima desde el punto de vista de la justicia consiste en sustitución, v.gr. si el Derecho del Trabajo ocupa de modo no objetable el lugar del Derecho Civil o el Derecho Comercial, o a la inversa. La oposición ilegítima se muestra en sentido vertical descendente como inversión, según sucede si el Derecho Constitucional impide la justicia del Derecho Civil, Comercial, Administrativo, Penal, etc.; en sentido vertical ascendente como subversión, cuando el Derecho Civil, Comercial, Administrativo, etc. se dirigen contra el Derecho Constitucional y en sentido horizontal, de arrogación del lugar de una rama por otra del mismo nivel, conforme ocurre si el Derecho Penal se atribuye el lugar del Derecho Civil o el Derecho Comercial o a la inversa. Este tipo de arrogación, concordante con fenómenos de suplantación e inconveniencia, se presenta, por ejemplo, cuando se aplica prisión por deudas.

### III. Horizonte histórico

7. En Argentina, por ejemplo, resulta notorio que entre el Derecho Constitucional tomado del modelo relativamente liberal norteamericano y el Derecho Administrativo recibido de los modelos más autoritarios de origen español y francés se producen a menudo relaciones ilegítimas de interpolación, de suspensión y, sobre todo de subversión.

Creemos que en nuestro tiempo, pese a las pretensiones de la unificación civil y comercial, como si se tratara de expresar fenómenos extremos de reafirmación, conjunción y sobre todo confirmación, hay que estar en guardia contra la posible producción de inconveniencia, suplantación y sobre todo arrogación.

(\*\*) Bases de la comunicación presentada por el autor a las Jornadas Interdisciplinarias sobre el Sistema Jurídico.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a. ed. en "Alianza Diccionarios", Madrid, 1984, "Sistema", t.4, pág. 3062.

(2) SAMPAIO FERRAZ, Tércio (Jr.), "Conceito de sistema no direito", São Paulo, Revista dos Tribunais - Universidade de São Paulo, 1976, pág. 8.

(3) BERTALANFFY, Ludwig von, "Teoría General de los Sistemas", trad. Juan Almela, 1a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pág. VIII.

(4) Id., pág. 1.

(5) STEIN, Alois von der, en "Der Systembegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung", in "System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation", ed. por A. Diemer, 1968, pág. 2, cit. por SAMPAIO FERRAZ, op. cit., pág. 9.

(6) Pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss. y, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro A. 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. En relación con el tema puede v. también por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en "El Derecho", t. 126, págs. 884 y ss.

(7) V. nota 6. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. 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.

## SIGNIFICADOS DE LA CARENCIA LEGISLATIVA ARGENTINA EN MATERIA UNIVERSITARIA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

La relativa carencia legislativa de nuestro país en materia universitaria es profundamente expresiva de la realidad de la institución en nuestro medio. De acuerdo con el artículo 67 de la Constitución Nacional, inciso 16, corresponde al Congreso dictar planes de instrucción general y universitaria. Sin embargo, la situación del país en cuanto a legislación universitaria es lagunosa y confusa. Además, en el terreno de las fuentes legales se evidencian también con gran claridad los conflictos de nuestra historia universitaria y nacional.

La fuente legal básica de nuestra vida universitaria estatal actual es la ley 23.068, dictada por el gobierno democrático en 1984, que fija el régimen provisorio de normalización, restablece la vigencia de los estatutos que regían al 29 de julio de 1966 y deroga la ley "de facto" 22.207. A su vez, esta ley había derogado la ley 20.654, dictada por el gobierno democrático en 1974, y las leyes "de facto" 21.276 y 21.533 del mismo gobierno militar, del llamado Proceso de Reorganización Nacional. De no mediar el fuerte sentido reconstitutivo de la ley 23.068 se plantearía, incluso, el importante problema de jerarquía de las fuentes en que la derogación de una norma derogatoria puede llegar a significar la reimplantación de la vigencia de la norma originaria (\*\*\*\*).

La elaboración de cada fuente formal expresa un complejo de intereses a través de sus protagonistas. En la formación de la ley interviene, a través de sus representantes, el pueblo todo de la Nación, tanto en su conjunto como en sus divisiones provinciales. En la elaboración de los estatutos universitarios participan, en cambio, sólo los protagonistas directos de la vida institucional.

Que no exista una importante presencia legislativa significa, en cierta medida, la ausencia de participación del pueblo y de inserción de la institución universitaria en la vida del mismo.

Es cierto que la falta de una ley universitaria se debe en parte a los conflictos partidarios al respecto (\*\*\*\*), pero no por eso dicha carencia deja de expresar el aislamiento de la institución en relación con el todo social. Quizás esto se origine, de cierto modo, en la división del país en dos sectores antagónicos, uno anglofrancesado y el otro hispánico tradicional, y en el predominio casi exclusivo que en la universidad tiene el primero de ellos, pero de todos modos significa que en algún grado el ciudadano común no hace escuchar su voz en la cuestión, tal vez, por un desinterés recíproco.

En cuanto al funcionamiento de las normas, cabe destacar que la interpretación de las propias normas que dictan para sí las universidades sería diversa si ellas estuvieran integradas en un sistema donde hubiera elementos sistemáticos legislativos. Es más, sin la determinación de una ley universitaria, la voluntad del constituyente, expresada en el artículo 67 de la Carta Fundamental, queda casi neutralizada.

La falta de normatividad legislativa implica que, por "vacancia" del eslabón de la ley, la institución universitaria no está suficientemente inserta en la institución estatal. Es más, se acentúa así la negocialidad dentro de la vida universitaria, hasta grados excesivos. No cabe duda que la autonomía universitaria es un ideal valioso, pero la "vacancia" legislativa coloca, en los hechos, a los estatutos elaborados por las universidades en el nivel del ordenamiento normativo que correspondería a la legislación, de modo que la autonomía, convertida en aislamiento, se aproxima a lo que debería ser la "soberanía".

Es de desear que, de manera participativa, escuchando a los sectores universitarios y al pueblo en su conjunto, se concrete a la brevedad el aporte integrador que podría significar el dictado de una ley universitaria. No creemos que con ella se solucionaría el problema de conjunto del aislamiento que en la realidad tiene la institución en nuestro medio, ni se salvaría nuestra falta de una profunda ejemplaridad universitaria, pero entendemos que podría ser un aporte de relativa importancia para mejorar la situación que hemos señalado (\*\*\*\*\*).

- (\*) Nota de parte de una clase del autor en el Seminario acerca de la problemática de la educación jurídica de postgrado y de la investigación jurídica en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (\*\*) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (\*\*\*) Sobre todo sería así si el contenido de la primera ley derogatoria fuera exclusivamente la derogación de la anterior problema de la negación de la negación.
- (\*\*\*\*) Los conflictos partidistas que podrían contribuir al perfeccionamiento de la institución, pero en gran medida la esterilizan, son externos e internos a la misma.
- (\*\*\*\*\*) El diálogo al respecto no es fácil, como lo demuestra el pronunciamiento de la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional de Rosario respecto del proyecto de ley universitaria que el Ministerio de Educación y Cultura presentó al Consejo Interuniversitario Nacional y el proyecto de régimen económico financiero ingresado al Parlamento.

## UBICACION DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La Universidad significa un complejo de valores en el que se destacan la verdad, por las realizaciones científicas, la utilidad por los despliegues profesionales y la humanidad, por la riqueza misma del conjunto de valores específicos de las diversas facultades. Dentro de ese marco cabe reconocer el “lugar” que efectivamente ocupa y debe ocupar la Facultad de Derecho, el cual depende en gran medida de los valores del mundo jurídico (1). En ese marco, en gran medida por influencia de desviaciones en las concepciones jusfilosóficas, la Facultad de Derecho ha venido situándose en un lugar a menudo demasiado diferenciado de las otras facultades.

Los valores del Derecho de los que depende la ubicación de la Facultad se reconocen, en cambio, con especial claridad a través de la teoría trialista del mundo jurídico (2).

2. Según la teoría trialista, en la dimensión sociológica, los repartos realizan el valor conducción y las distribuciones satisfacen el valor espontaneidad; los repartos autoritarios llevan consigo el valor poder y los repartos autónomos poseen de manera inherente el valor cooperación, el plan de gobierno en marcha realiza el valor previsibilidad y la ejemplaridad satisface el valor solidaridad. El conjunto del régimen realiza el valor orden. Cuando el valor poder se encamina a la justicia se convierte en “autoridad” y cuando el orden se dirige a la justicia es pacificación.

En la dimensión normológica las normas describen los repartos de modo que pueden realizar los valores de fidelidad al contenido de la voluntad de sus autores y de exactitud en su cumplimiento y simultáneamente los integran, pudiendo satisfacer el valor adecuación en relación con los fines de dichos autores. Si son normas generales por sus antecedentes, o sea referidas a sectores sociales futuros, realizan el valor predecibilidad y si son normas individuales, dirigidas a sectores sociales pasados, satisfacen el valor inmediación.

A su vez, otros valores corresponden a las relaciones verticales y horizontales entre normas, sean de producción o de contenido: las vinculaciones verticales de producción satisfacen el valor subordinación, las relaciones verticales de contenido realizan el valor ilación, las vinculaciones horizontales de producción cumplen el valor infalibilidad y las relaciones horizontales de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento

normativo realiza el valor coherencia que, cuando se encamina a la justicia, es armonía.

Todos los valores anteriores son valores relativos, pero el único valor absoluto del mundo jurídico es la justicia, que constituye la dimensión dikelógica. A su vez, en relación con otros valores -por ejemplo en integración con la utilidad, el amor, la belleza, la santidad, etc.- los valores jurídicos deben coadyuvar con el despliegue axiológico más alto a nuestro alcance, que es el valor absoluto humanidad. La justicia significa que cada individuo cuente con la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, o sea para convertirse en persona. Un régimen es justo cuando toma a cada hombre como fin y no como medio, es decir, es humanista. A su vez, es humanista si respeta la unicidad, la igualdad y la comunidad de cada ser humano.

Más allá del marco jurídico, los valores del Derecho deben guardar relaciones legítimas, de coadyuvancia o sustitución, pero no de ilegítima arrogación, con otros valores como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, la santidad, el amor, etc.

3. De todo este complejo de valores puede surgir la caracterización del "lugar" de la Facultad de Derecho en la Universidad (3). La Facultad de Derecho puede poseer, y legítimamente debe tener, rasgos específicos signados por los valores jurídicos señalados en su correcta ubicación axiológica. En particular, la Facultad de Derecho es y debe ser siempre, en la Universidad y en la sociedad en su conjunto, un centro de conducción, de poder y cooperación, de previsibilidad y solidaridad y de orden. Es y ha de ser un núcleo de fidelidad, exactitud y adecuación, de subordinación, ilación, infalibilidad; concordancia y coherencia de las normas. Por sobre todo, debe ser un motor de la realización de la justicia, cuya proyección personalizante significa la posibilidad de integración valiosa con las otras facultades en el complejo universitario.

No ignoramos que la ciencia y las profesiones cultivadas en la Universidad tienen siempre un despliegue jurídico, de modo que pueden y deben realizar los valores del Derecho, pero es obvio que la ciencia y las profesiones jurídicas plantean su realización con especial intensidad.

Como consecuencia frecuente del positivismo como actitud científica o meramente vital, en la ubicación de las Facultades de Derecho predominan a menudo los ingredientes de poder, de orden y de coherencia, convirtiéndose en casas de estudios atípicas dentro del conjunto e incluso desintegradas del mismo, con los despliegues negativos que todo esto significa.

Ya en la época del nacimiento de las Facultades de Derecho los glosadores fueron impugnados como servidores del poder extranjero de los emperadores, a través del Derecho Romano, y ya en ese tiempo representaban una fuerte vocación de poder, de orden y de coherencia (4). Lo mismo puede decirse a menudo de las Facultades de Derecho dominadas por las enseñanzas de la exégesis o del positivismo.

En todos estos casos las Facultades de Derecho resultan aisladas del resto de las Facultades, como si en lugar de ser órganos de elaboración y difusión de la cultura superior fueran meros instrumentos gubernamentales. El ideal es una Facultad de Derecho al servicio de la justicia, como coronación de los valores jurídicos, e integrada en la Universidad para la realización de una cultura humanista. En la medida que este ideal se realice, la Facultad de Derecho es una de las más significativas de la vida de la Universidad y de la sociedad en su

conjunto (5).

4. El reconocimiento axiológico puede contribuir también a comprender mejor la historia de las Facultades de Derecho y a reconocer, por ejemplo, que en nuestra época de la "postmodernidad", cuando se proclama la crisis de la subjetividad e incluso de los valores jurídicos y en especial de la justicia, se hace de cierto modo inevitable una reubicación de las Facultades de Derecho. Aunque la crisis de los valores jurídicos y en particular de la justicia puede no ser legítima, el derrumbe de la compartmentalización de las Facultades de Derecho puede tener, al fin, consecuencias valiosas.

- (\*) Notas de una clase del autor en el Seminario acerca de problemática de la educación jurídica de postgrado y de la investigación jurídica en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la U.N.R.
- (\*\*) Investigador del CONICET. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.
- (1) En relación con el tema puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Tarea de la cátedra de Introducción al Derecho", en "Juris", 1.41, págs. 289 y ss. También v. la crónica forense que surge de las págs. 389 y ss.
- (2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico v. por ej. GOLDSCHMIDT, 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.
- (3) De manera análoga a la ubicación axiológica de la Universidad en el conjunto social.
- (4) Puede v. BRUGI, Blaggio (Prof.), "Per la Storia della Giurisprudenza e delle Università Italiane", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1915, págs. 41 y ss.
- (5) Una buena formación jurídica es un aporte muy destacado para la amplitud de miras que ha de caracterizar a un verdadero universitario, entre otros motivos por la capacidad del jurista para comprender la plenitud compleja de los problemas. La experiencia universitaria nos ha mostrado la fuerte limitación que presentan con frecuencia los egresados de otras Facultades.

## UN AVANCE EN EL DERECHO COMUNITARIO CULTURAL EUROPEO (La Directiva -C.E.E.- N°93/7 del Consejo, del 15 de marzo de 1993)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*)

En su número 2 (abril-junio de 1993, t.82, págs. 354 y ss.) la “*Revue critique de droit international privé*” da cuenta de la Directiva 93/7 del Consejo de las Comunidades Europeas del 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan sido sacados ilícitamente del territorio de un Estado miembro (*J.O. des Communautés européennes*, n° L 74 del 27 de marzo de 1993, pág. 80). La referida directiva, que con el reglamento (C.E.E.) n° 3911/92 viene a instituir un sistema comunitario de protección de los bienes culturales de los Estados miembros, refleja el nítido sentido de integración pluralista propio de un régimen comunitario.

Teniendo en cuenta que se ha previsto el establecimiento, a más tardar el 1º de enero de 1993, de un mercado interior que comporta un espacio sin fronteras, en el cual es asegurada la libre circulación de mercaderías, personas, servicios y capitales, la directiva 93/7/CEE tiende a establecer un sistema que permita a los Estados miembros obtener la restitución a su territorio nacional de los bienes culturales clasificados como “tesoros nacionales”.

El artículo 2 de la directiva dice que los bienes culturales que hayan dejado ilícitamente el territorio de un Estado miembro serán restituidos conforme al procedimiento y en las condiciones previstas por la misma. Se establece, en el artículo 3, la designación por cada Estado miembro de una o varias autoridades centrales para ejercer las funciones -principalmente de cooperación y favorecimiento de la consulta- previstas en la directiva y, según el artículo 5, el Estado requirente puede presentar, contra el poseedor o el detentor, una acción de restitución de un bien cultural en las condiciones previstas, ante el tribunal competente del Estado miembro requerido. Según el art. 9, en el caso en que sea ordenada la restitución del bien el tribunal acordará al poseedor una indemnización que estime equitativa, a condición de que se convenza de que el poseedor tuvo la diligencia requerida en el momento de la adquisición. La carga de la prueba es regida por la legislación del Estado requerido y la propiedad del bien después de la restitución es regida por la legislación del Estado miembro requirente. Para facilitar la restitución se establecen largos plazos de prescripción para la acción de restitución (artículo 7).

Los Estados miembros, destinatarios de la directiva, tienen un plazo de nueve meses para adoptar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para conformarse a la misma, salvo Bélgica, Alemania y los Países Bajos, países para los cuales el plazo es, en cambio, de doce meses.

Es importante que el progreso comunitario se realice, como en este caso, respetando el patrimonio cultural de cada país. Sólo integrando las exigencias de unicidad e igualdad con las de comunidad puede lograrse un verdadero régimen de justicia.

(\*) Investigador del CONICET, Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

# UN CASO DEPORTIVO Y ALGUNOS DE SUS SIGNIFICADOS JUSFILOSOFICOS (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*)

1. El reciente planteo del Club Atlético Talleres ante la justicia contra una decisión de la Asociación del Fútbol Argentino y la resolución del juez al respecto han motivado numerosas discusiones y medulosos análisis desde el punto de vista jurídico, en los que se han expuesto - como era de esperar dadas las pasiones en juego- posiciones diversamente fundadas (1). Nuestro propósito es hacer -principalmente a través de interrogantes- algunas consideraciones jusfilosóficas vinculadas en sobre todo al papel del Estado y a la conversión de las ramas del mundo jurídico.

2. El planteo del club y la decisión judicial adoptada significan profundos interrogantes acerca de la tarea del Estado y del espacio de desenvolvimiento que corresponde a las asociaciones y a la autonomía de los particulares. Por ejemplo, cabe preguntarse si el Estado es la "justicia encarnada" y tiene el monopolio último del Derecho, de modo que a través de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial le corresponde pronunciarse, aunque sea en última instancia, sobre todos los problemas dikelógicos, o si tiene una función más reducida, v.gr., de mero encargado de solucionar los conflictos más significativos de la vida social. No cabe duda que a partir de la Edad Moderna y sobre todo en el siglo XIX ganó espacio la idea de "justicia encarnada", pero en nuestro tiempo de la "postmodernidad" -o sea principalmente a partir de la finalización de la Guerra Mundial- (2) parece estar en crisis esa concepción estatal y los criterios de legitimidad son menos profundos y también más fragmentados.

Si el Estado exagera su función, puede caerse en el estatismo y hasta en el sentido fascista del Estado mussoliniano que "vigila todas las fuerzas que operan en el seno de la Nación" (3). Si el Estado claudica en lo que le corresponde se puede caer en la desviación de la mafia (4).

En este caso, el problema se plantea con otras características fácticas relevantes porque, según suele invocarse, la intervención judicial o administrativa del Estado en las decisiones de la Asociación del Fútbol Argentino podría ocasionar reacciones negativas de la Federación Internacional, que la llevarían al fracaso por lo menos al restringir las posibilidades de participación del fútbol argentino en competencias en el fútbol internacional. En otros términos: la intervención estatal podría encontrar límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas (5), que responderían a un régimen "internacional" paraestatal, tal vez en el área más poderoso.

3. Una perspectiva también importante es la de la conversión de las ramas del mundo jurídico y, en este caso, el posible paso del Derecho Privado a Derecho Público. El Derecho Privado está signado en última instancia por las exigencias de justicia particular y el Derecho Público es identificable en definitiva por los requerimientos de justicia general, que se refieren al bien común (6). Cabe interrogarse en qué momento una asociación, pese a ser fundada en el marco jusprivatista, pone en juego el bien común hasta el punto de convertirse en institución juspública. ¿Hay un servicio público de esparcimiento como lo hay de educación, y en qué medida ese servicio público está en juego en el caso de un deporte popular como el fútbol? (7). Pese a la crisis de lo "público" y lo "privado" en la "postmodernidad" e incluso a la tendencia privatizadora de nuestros días, el tema no deja de tener significación.

(\*) Homenaje del autor al profesor doctor Mario E. Chaumet, por su profundo interés jusfilosófico en la función del Estado y en la tarea de la administración de justicia.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Cabe tener en cuenta, por ej., el valioso estudio jurídico de BREBBIA, Roberto H., "La Constitución, AFA y el régimen de asociaciones", en "La Capital" (Rosario), 14 y 15 de julio de 1993.

(2) En relación con la crisis del Estado en nuestro tiempo, v. desde diversas perspectivas por ejemplo: LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antolín Rato, 2a. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; NOZICK, Robert, "Anarquía, Estado y utopía", trad. Rolando Tamayo, 1a. reimpr. arg., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 1990.

(3) MUSSOLINI, Benito, "El espíritu de la revolución fascista" (rec.), Mar del Plata, Informes, 1973, pág. 33 ("Si avanza seguidme...", 7 de abril de 1926). Hegel había dicho que el Estado tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros de él y había señalado la absoluta autoridad y majestad del mismo (HEGEL, Guillermo Federico, "Filosofía del Derecho", trad. Francisco Messineo - Angélica Mendoza de Montero, 3a. ed., Bs. As., Claridad, 1944, págs. 210/211).

Ferrater Mora señaló que "La discusión sobre el Estado se mueve durante casi todo el siglo XIX dentro de los rieles de la lucha entre el individualismo y el colectivismo. En ambos casos es concebido el Estado como un equilibrio, pero mientras para el primero es el equilibrio de la tensión entre las voluntades particulares, para el segundo es el equilibrio resultante de la supresión de estas voluntades, cuya presencia y actuación se suponen nocivas para el Estado." (FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, t. I, pág. 580 - "Estado").

(4) Puede v. por ej. SCIASCIA, Leonardo, "A futura memoria (se la memoria ha un futuro)" (rec.), 2a. ed., Milano, Bompiani, 1990, pág. 19 ("Se poi si tiene presente che la mafia non è mai stata considerata - se non dal fascismo - come fatto eversivo dell'ordine costituito ma piuttosto come sistema parallelo o speculare rispetto all'altro e con l'altro connivente o addirittura integrato..." - L'Espresso, 27 de abril de 1980).

(5) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 71 y ss.

(6) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, págs. 40 y ss., en especial pág. 57.

(7) En relación con el tema puede tenerse en cuenta por ej. HERRERA FIGUEROA, Miguel, "Sociología del Espectáculo", Bs. As., Paidós, 1974.

## UN ENFOQUE DE LA UNIVERSIDAD EN LA POSTMODERNIDAD (\*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*\*)

1. En su libro “La condición postmoderna” Jean-François Lyotard (1) formuló hace unos años consideraciones acerca de la crisis de la Universidad y la investigación en la postmodernidad que todavía conservan interés. La obra es un informe acerca del saber en las sociedades más desarrolladas propuesto al “Conseil des Universités” del gobierno de Quebec que está dedicado “al Instituto politécnico de filosofía de la Universidad de París VIII (Vincennes), en el momento muy postmoderno en que esta universidad se expone a desaparecer y ese instituto a nacer.” (2)

2. Sostiene Lyotard que “En el contexto de la deslegitimación, las universidades y las instituciones de enseñanza superior son... solicitadas para que fueren sus competencias, y no sus ideas: tantos médicos, tantos profesores de tal o cual disciplina, tantos ingenieros, tantos administradores, etc. La transmisión de los saberes ya no aparece como destinada a formar una élite capaz de guiar a la nación en su emancipación, proporciona al sistema los “jugadores” capaces de asegurar convenientemente su papel en los puestos pragmáticos de los que las instituciones tienen necesidad.” (3) Reconoce además la subordinación de las instituciones de enseñanza superior a los poderes, e indica que desde que el saber ya no tiene su fin en sí mismo, como realización de la idea o como emancipación de los hombres, su transmisión sale de la responsabilidad exclusiva de los ilustrados (4).

El interrogante planteado de manera explícita o implícita por el estudiante profesionalista, por el Estado o por la institución de enseñanza superior no es ya si algo es verdad sino para qué sirve; en el contexto de mercantilización esto significa en la mayoría de los casos si se puede vender y, en el contexto de argumentación del poder, si es eficaz (5). Destaca Lyotard que la enciclopedia del futuro son los bancos de datos, que exceden la capacidad de cada usuario y constituyen la “naturaleza” para el hombre postmoderno (6), y señala que en nuestro tiempo de adaptación interdisciplinaria y de valoración del trabajo en equipo, con alcances utilitarios, se produce la agonía del profesor, superado por las redes de memorias y los grupos (7).

Pese a reconocer que en la Universidad hay jóvenes que son parados no contabilizados en las estadísticas (8), señala que la tendencia de las instituciones del saber en todo el mundo es separar la reproducción de competencias profesionales, que puede ser masificada, y la promoción de espíritus “imaginativos”, cuya integración oficial en las universidades importa poco (9).

Expresa asimismo Lyotard que fuera de las universidades el saber no es y no será transmitido en bloque, de una vez y por todas, a jóvenes antes de su entrada en la vida activa, sino que será entregado "a la carta" a adultos ya activos o a la espera de convertirse en tales para mejorar su vida profesional y articular su experiencia técnica y ética (10).

3. En cuanto a la **investigación**, tarea tan integrada a la Universidad del siglo XIX, dice Lyotard que no se compran "savants", técnicos y aparatos para saber la verdad, sino para aumentar el poder (11); que la gestación de los fondos de investigación obedece a la lógica del incremento del poder y los sectores de la investigación que no pueden defender su contribución, aunque sea indirecta, a la optimización de las actuaciones del sistema, son abandonados en el otorgamiento de créditos y destinados al fin a la decrepitud (12).

4. Aunque la interpretación general de nuestro tiempo brindada por Lyotard pueda ser discutible, los datos que expone acerca de la Universidad y la investigación reflejan en gran medida la realidad de esta época. Hasta ahora en cambio, en países como el nuestro, se han producido algunos de estos rasgos, pero en mucho lo que hay es una caricatura desformada por la mediocridad. Países que no alcanzaron a ser plenamente modernos no parecen llegar tampoco a una real postmodernidad.

- (\*) Nota para el Seminario acerca de la problemática de la educación jurídica de postgrado y de la investigación jurídica de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (\*\*) Investigador del CONICET. Director de la Maestría.
- (1) LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna Informe sobre el saber", trad. Mariano Antolín Rato, 2a.ed., Bs. As., R.E.I., 1991.
- (2) Id., pág. 11.
- El libro referido refleja un momento del pensamiento de su autor en el que se continúa su estudio anterior "Economie libidinale" (puede v. al respecto "Encyclopédia Universal Ilustrada Europea-Americana", Suplemento anual, 1979-1980, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, pág. 843 -"Literatura").
- (3) LYOTARD, Jean-François, "La condición..." cit., pág. 90.
- (4) Id., pág. 93.
- (5) Id., págs. 94/95.
- (6) Id., pág. 95.
- (7) Id., págs. 96 y ss.
- (8) Id., pág. 91.
- (9) Id., págs. 97/98.
- (10) Id., pág. 92.
- (11) Id., pag. 86.
- (12) Id., pág. 88.

# PERSPECTIVAS JURIDICAS "DIALECTICAS" DE LA MEDIEVALIDAD, LA MODERNIDAD Y LA POSMODERNIDAD (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)  
Mario Eugenio CHAUMET (\*\*\*)

1. Aunque la "postmodernidad" significa cierta crisis de las posibilidades de la "filosofía de la historia" es posible reconocer entre la juridicidad y la cultura medievales, modernas y postmodernas una relativa "dialéctica" histórica que se muestra con especial claridad desde las perspectivas de la teoría trialista del mundo jurídico. Pese a que no creemos en una dialéctica cerrada, reconocemos que en casos como éste la realidad muestra cierta dialecticidad.

2. Desde el punto de vista filosófico básico, la medievalidad fue escenario de tensiones entre el predominio del realismo genético (que afirma que el sujeto descubre al "objeto") y cierta tendencia al idealismo genético teocéntrico (según el cual Dios está creando el mundo permanentemente). Pese al avance de este idealismo en la Reforma, la fe en las ciencias naturales de la modernidad en sentido estricto se apoyó considerablemente en una perspectiva realista genética. En cambio, radicalizando las líneas contemporáneas, en nuestro tiempo de postmodernidad, la "socialización" de todas las ciencias revela un nuevo idealismo genético, no ya teológico sino antropológico (de acuerdo con el cual el sujeto humano es el creador colectivo de los "objetos", incluso su propio creador).

3. En la dimensión sociológica la juridicidad y la cultura medievales se caracterizaron por una fuerte pretensión de naturalidad, vinculada al fin a la sobrenaturalidad, que desde el punto de vista trialista significa el juego de las "distribuciones". La juridicidad y la cultura modernas desarrollaron un importante sentido de conducción subjetiva que, desde la perspectiva trialista, corresponde a un mayor despliegue de los "repartos". A su vez, la juridicidad y la cultura postmodernas se refieren más a las influencias humanas difusas, que provienen de la intervención humana, pero de personas no determinadas, y configuran otra vertiente de las distribuciones. Pese a que los repartos y las distribuciones están siempre presentes, su importancia real y la conciencia que de ellos tiene la sociedad varían según las circunstancias. No queremos desconocer que nuestro tiempo está también notoriamente signado por la pretensión casi suprema de conducir y repartir, al punto que nos encaminamos a decidir las características genéticas de los seres humanos, pero entendemos que uno de los rasgos de esta época, que se ha dado en llamar de la postmodernidad, es el predominio de las influencias humanas difusas.

La modernidad puso especial énfasis en la delimitación de las características de los repartos, tratando de identificar nítidamente lo que hoy reconocemos como repartidores,

recipientes, objeto, forma y razones de los repartos, pero en la postmodernidad todas estas características se presentan relativamente difusas. La consideración de las influencias -incluso determinantes- de la sociedad sobre los repartidores, la proyección social de lo que cada uno recibe y de lo que se adjudica, la disolución de las formas del proceso, de la mera imposición, de la negociación y de la adhesión y la difusión de la razonabilidad social, a menudo liberada de las razones de los repartidores, son rasgos frecuentes de la vida postmoderna.

La medievalidad estuvo signada por una fuerte limitación de la capacidad repartidora del hombre, también alimentada por un sentido religioso, que la modernidad trató de hacer ceder con una fe creciente en los resultados de la ciencia y hoy, pese a que el credo científico en parte se mantiene, hay una nueva conciencia, no teocéntrica pero sí cósmica, de las limitaciones humanas. La problemática ecológica es una muestra de esto.

La medievalidad se desenvolvió con un fuerte sentido de ejemplaridad y costumbre que el pensamiento moderno en gran medida intentó encauzar mediante el plan de gobierno en marcha. A la relativa horizontalidad de la vida medieval le sucedió así una verticalidad moderna que culminó en las formalizaciones constitucionales y en los códigos. Sin embargo, la postmodernidad es escenario de una transformación en la planificación, ya que ésta -claramente diluida- no proviene tanto del gobierno como de fuerzas sociales no siempre identificadas. La fuerte racionalidad que pretendieron las planificaciones modernas ha sido limitada e incluso sustituida por esta nueva manera de la planificación relativamente difusa. Además, en los ámbitos tradicionalmente dependientes de la legislación, la crisis de racionalidad se manifiesta en un mayor espacio para la ejemplaridad, sobre todo a través de la intervención judicial.

La medievalidad se desenvolvió en un régimen de regiones, pero a su vez con una vocación universal de características religiosas. La modernidad se desarrolló con fuerte participación de regímenes particulares nacionales. Hoy hay una vocación universal, a menudo en forma de Derecho Comunitario, pero con fuerte sentido utilitario y cierto resurgir de los regionalismos.

4. En la dimensión normológica la dialéctica histórica que señalamos se ha manifestado, por ejemplo, en la construcción de las normas jurídicas. El Derecho medieval se valió de normas individuales (entendiendo por tales las que se refieren a sectores sociales pasados y como tales concretos) y normas meramente generalizadas (considerando con esta expresión a las que se refieren a sectores sociales futuros y como tales abstractos, pero que quedan abiertas a la inclusión de casos diferentes de los que en ellas se resuelven). En la modernidad ganaron desarrollo las normas generales (referidas a sectores sociales futuros, pero cerradas a la inclusión de nuevos casos). La pertinente sed de tipificación fue una de las características predominantes de la juridicidad contemporánea. En cambio hoy, en las normas de la llamada postmodernidad, la vocación generalizadora y tipificadora se diluye, por lo menos en cuanto no esté en juego la reserva del liberalismo penal, y hay una nueva expansión de la individualidad y de la mera generalización. La delimitación conceptual ha perdido presencia normativa.

También se muestra la dialéctica en las fuentes predominantes. La juridicidad medieval tuvo una fuerte referencia al Derecho Natural y, en el marco del Derecho Positivo desarrolló, junto a los Derechos particulares -sobre todo de fueros, costumbres y estatutos- y al Derecho

común romano justiniano, el Derecho común canónico. En el Derecho moderno fueron ganando importancia las manifestaciones positivizadas de la ley particular de cada país y el contrato, entendido como compromiso constitutivo formulado por las partes, hasta llegar a su máxima consagración en el período contemporáneo. Hoy las fuentes positivas que parecen cobrar relieve son las sentencias y las resoluciones administrativas, donde el protagonismo se difunde; el contrato es concebido con una proyección más social y se desarrolla una nueva uniformidad en el marco de los tratados internacionales. Se pretende que la relativa vacancia de racionalidad legal sea suplida por una racionalidad judicial cuyo éxito no se muestra seguro.

Los comentarios medievales fueron reemplazados en la modernidad y sobre todo en la contemporaneidad por la elaboración de tratados, con un alto grado de desarrollo de la confianza en la capacidad de la ciencia, pero en la postmodernidad la doctrina se expresa nuevamente en comentarios formulados de manera principal en artículos y textos de actualidad, con una relativa crisis de la fe en el desarrollo científico.

El limitado desarrollo de la expresión escrita en la medievalidad fue sustituido en la época moderna por la difusión del libro impreso y con él de una razón que se suponía al alcance de cada sujeto y “unilinealmente” dirigida. Los medios de expresión actuales, en los que se destaca la computación, conducen a una razón menos individualizada y “plurilineal”.

En el funcionamiento de las normas, la distinción entre interpretación y elaboración en el período medieval no fue intensa, al punto que la glosa pudo agregar contenidos que en nada concordaban con los textos comentados. En cambio, en el período moderno y sobre todo en la etapa contemporánea llegó a hacerse muy marcada la diferenciación entre interpretación y elaboración, al grado que la escuela de la exégesis tendió a desnaturalizar la interpretación con el ánimo de deslindarla tajantemente de la elaboración, y al respecto cabe recordar la referencia a la histórica intención del legislador manifestada en la ley y al procedimiento silogístico para su aplicación. Hoy nuevamente se debilitan las fronteras entre interpretación y elaboración y gana espacio la mera interpretación literal, dejando más ámbito para la decisión del intérprete.

El período medieval era un tiempo de pluralidad de Derechos, en todo caso sólo recopilados, en los que -como ya señalamos- convivían conflictivamente los Derechos particulares y el Derecho común. En la época moderna se prefirió crecientemente la sistematización de los Derechos particulares, al punto que la contemporaneidad fue el tiempo de la codificación. Hoy, en la postmodernidad, hay de cierto modo una tendencia a la descodificación, tal vez porque a semejanza de la época medieval hay un nuevo “código” más allá de las normas legales, no ya religioso sino utilitario.

5. En la dimensión dikelógica, la medievalidad y la modernidad fueron escenarios de una tensión entre ser y deber ser quizás creciente, que en cambio en la postmodernidad se debilita, al punto que el ser parece absorber al deber ser.

La medievalidad estuvo signada por un fuerte sentido de ejecución colectiva de los valores, al punto que se desarrolló en gran medida en la institución eclesiástica. En la modernidad el desafío de la ejecución de los valores tendió a dirigirse más a cada individuo. En la postmodernidad la ejecución de los valores vuelve a tener una referencia colectiva, casi difusa.

En la época medieval hubo fuerte integración del valor justicia con el valor santidad, el

que a veces adquirió un papel arrogante, atribuyéndose el material estimativo del primero, e incluso se subvirtió contra el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). En la modernidad la justicia, relativamente independizada, tuvo sin embargo una integración creciente con la utilidad. Hoy, pese a la fuerte crítica que recibe, la utilidad a menudo se arroga el material estimativo de la justicia y se subvierte contra la humanidad.

En la medievalidad hubo un fuerte sentido de Derecho Natural objetivo, la modernidad fue conduciendo a la subjetividad, culminante en la época contemporánea, pero hoy la denominada postmodernidad pone en crisis a la subjetividad axiológica contemporánea en una nueva objetividad “débil” y oculta a través de la intersubjetividad.

La medievalidad fue escenario de un conflicto en que el sentimiento racional de las valoraciones dio lugar a tendencias más rationalistas o más voluntaristas y apegadas al sentimiento. La modernidad se caracterizó por el fuerte incremento del despliegue racional, que culminaba en la consagración voluntarista positivizante. Hoy, en la llamada postmodernidad, la rationalidad disminuye en aras de cierta intersubjetividad y se incrementa la referencia al sentimiento, con crisis de la fuerte positividad.

En el tiempo medieval y en la época moderna pueden reconocerse de manera creciente criterios generales orientadores respecto de la justicia, pero en la postmodernidad, quizás por el limitado lapso de ella transcurrido, sólo se advierte con claridad la crisis de los criterios anteriores. La crisis de la rationalidad se manifiesta, también, en cierto empleo entrecruzado y difuso de las diversas clases de justicia como caminos para el descubrimiento del valor.

La medievalidad brindó gran atención a las influencias de justicia provenientes del pasado, la modernidad -con su espíritu incrementadamente progresista- se refirió con especial fuerza a las influencias del porvenir y la postmodernidad parece centrada en las influencias del presente, como si la gran tensión histórica moderna hubiese llegado a un grado de agotamiento, tal vez, porque la falta de rationalidad impide una proyección futuriza.

La medievalidad desarrolló significativos sentidos de legitimación aristocrática, sobre todo en términos de santidad y poder. La modernidad cambió estas perspectivas, desenvolviendo títulos de verdad, belleza y utilidad, esta última jerarquizada sobre todo en la época contemporánea. Asimismo reconoció importantes despliegues de legitimación autónoma, de manera principal a través de la democracia desarrollada a partir del siglo XIX. En la postmodernidad los criterios de legitimación se hacen difusos y a menudo la aristocracia se debilita y falsifica en la tecnocracia y la plutocracia. El papel de la superioridad científica es con frecuencia reemplazado por la opinión. A su vez, sin perjuicio de los permanentes sondeos de ésta, la participación democrática se hace cada día más difícil.

La época medieval se ocupó, aunque de manera relativamente débil, de los méritos de los recipientes y esa preocupación se incrementó en la modernidad, que trató de individualizarlos con la mayor precisión. La postmodernidad pone en crisis la misma idea de mérito individual.

La medievalidad se ocupó de la vida humana como objeto repartidero legitimado de manera sobrenatural. En gran medida la modernidad dio por sentada la legitimidad de la vida de modo natural. La postmodernidad replantea la legitimidad del dar vida a través de problemáticas como las del aborto y la ingeniería genética. La medievalidad tuvo idea de la vida humana

integrada en la creación, la modernidad aisló la importancia de nuestra vida y la postmodernidad integra naturalmente a la vida humana en la conservación del cosmos en general.

La época medieval propiamente dicha tuvo en diversos aspectos un sentido comunitario de la propiedad. La modernidad la concibió de manera crecientemente individualizada. La postmodernidad pone en crisis esa individualización.

La medievalidad tuvo grandes dificultades para comprender el proceso, resuelto a veces en términos meramente fácticos como por ejemplo el éxito en el combate. La modernidad pretendió racionalizar el proceso hasta el punto de independizarlo del contenido y lo puso en manos de individuos aislados. La postmodernidad pone en crisis la racionalidad del proceso, buscando mecanismos alternativos de solución de conflictos y abre cauces a las legitimaciones difusas.

En la medievalidad había reducido espacio para la negociación. El sentido de negociación se incrementó en el período moderno. En la postmodernidad la adhesión desplaza a la negociación al punto de encubrir a menudo adjudicaciones autoritarias.

El período medieval ejerció un fuerte humanismo intervencionista, de carácter paternalista, que corría los peligros inherentes de desviarse al totalitarismo. En la modernidad se desarrolló un fuerte sentido de humanismo abstencionista, con el respectivo peligro de individualismo. En la postmodernidad la crisis de la autonomía se muestra en un nuevo humanismo intervencionista, con motivo del cual cabe estar en guardia respecto del desvío totalitario. Incluso se habla de una crisis del humanismo.

La época medieval estuvo signada por un sentido de comunidad. La modernidad desarrolló sobre todo el sentido de unicidad y dio cauces a la igualdad. Hoy está en crisis la unicidad y predominan la igualdad y un sentido de comunidad "débil".

La medievalidad se ocupó de proteger al individuo, fuertemente integrado en la comunidad, respecto de los demás individuos y también contra sí mismo, amparándolo en este sentido contra el "pecado". La modernidad, cultora de un sujeto claramente delimitado, se interesó más en resguardar al individuo frente al régimen. Hoy la denominada postmodernidad, referida a un sujeto cada día más "difuso", vuelve a atender de cierto modo centralizado al amparo contra los demás y se proyecta al resguardo frente a "lo demás" (degradación del medio ambiente, pobreza, enfermedad, etc.).

6. En la medievalidad el Derecho estaba relativamente sometido a la política religiosa, pero a partir de entonces, durante la modernidad, fue ganando espacio paralelamente con la política económica y ésta se convierte en dominante en la postmodernidad.

Queda al misterio de la historia revelar cuál será el curso de los acontecimientos (\*\*\*\*).

(\*) Ideas básicas de la comunicación presentada por los autores para las VIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

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

(\*\*\*\*) En relación con la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Bs.As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FJ, 1982-84.

En cuanto al horizonte histórico es posible ver CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, FIJ, 1985; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, FIJ, 1991 y 1993; "Presentación de las "Instituciones Jurídicas de actualidad""", en "Investigación y Docencia", N°18, págs. 81 y ss. También puede ver CIURO CALDANI, Miguel Angel - ARIZA, Arlel - CHAUMET, Mario E. - HERNANDEZ, Carlos A. - MENICOCCI, Alejandro Aldo - SOTO, Alfredo M. - STAHLI, Jorge, "Las ramas del mundo Jurídico en la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", 21-XII-1992. Acerca de la postmodernidad pueden ver c. por ej. VATTIMO, Gianni, "El fin de la modernidad", trad. Alberto L. Bixio, 3a. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; JACKSON, Michael C., "Modernism, Post-Modernism and Contemporary Systems Thinking", en "Critical Systems Thinking", ed. por R.L. Flood y M. C. Jackson, 1992, John Wiley & Sons Ltd., págs. 279 y ss. (nota de M.A. Cluero Caldani en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°16, págs. 89 y ss.); JAMESON, Fredric, "El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado", trad. Pardo Torio, 1a. reimp. en Argentina, Bs. As., Paidós, 1992; CHEAL, David, "Unity and Difference in Postmodern Families", en "Journal of Family Issues", vol. 14, N°1, Marzo 1993, págs. 5 y ss.; REIJEN, Willem van, "Labyrinth and Ruin: The Return of the Baroque in Postmodernity", en "Theory, Culture & Society", vol. 9, págs. 1 y ss.

Cabe recordar que en los albores de la crisis postmoderna y del cuestionamiento de la historia decía Nietzsche: lo antihistórico y lo suprahistórico son los antídotos naturales contra el sofocamiento de la vida por medio de lo histórico, contra la enfermedad de la historia (NIETZSCHE, Friedrich W., "Sull'utilità e il danno della storia per la vita", en "Sulla storia", a cargo de Angelo G. Sabatini, Fratelli Melitta, 1981, pág. 164). Recomendaba, en suma, la calda de la cultura decorativa (op.cit.).

# DISCRIMINACION Y ALIENACION EN EL ESTADO DE DERECHO

Comentario al “Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres” de Jean-Jacques Rousseau

María Isolina DABOVE

## A modo de advertencia preliminar:

A fin de poder aproximarnos al tema que nos ocupa: Discriminación y alienación en el Estado de Derecho, consideramos que el análisis del célebre Discurso de Rousseau, “Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres” (1) nos resulta sumamente útil. Y ello por muchas razones, de las cuales expondremos sólo éstas por considerarlas las más relevantes:

1) Razones en cuanto al sujeto: Se trata de un autor clave no sólo para el pensamiento político sino también para el devenir histórico. No pocas revoluciones anti-discriminatorias y anti-alienantes han estado influidas por su otras, en no pocos países. Bástenos con recordar sólo éstas: la revolución americana, la francesa y la sudamericana: en Argentina, Chile, Colombia, Bolivia, Perú, etc. (2).

2) Razones en cuanto al objeto: (tema de estudio) Porque este Discurso nos aporta aún hoy elementos esclarecedores tanto para la reflexión acerca del Estado Democrático de Derecho, como para la acción dentro de los parámetros de aquél.

3) Razones en cuanto al método: Por considerar que, de esta forma, podemos precisar mejor el tema a desarrollar.

## I. Notas biográficas sobre Rousseau

Jean Jacques Rousseau nació en Ginebra en 1712 y murió en París (en Ermenonville) en 1778. Su vida fue bastante desordenada, azarosa e inquieta, llena de experiencias heterogéneas y confusas. Su espíritu, no menos complejo y contradictorio que su vida, se mostró siempre agitado por sentimientos y pasiones respecto a lo externo, en un mundo interior introvertido y solitario (3). Gran parte de sus vivencias, narradas por él mismo en “Confesiones”, nos muestran la necesidad imperiosa que tenía de encontrar algún modo de armonizar vida y doctrina, sentimiento y razón; dejando al descubierto los prejuicios propios y los del entorno (4). De origen plebeyo, tuvo una infancia nada tranquila, más bien anárquica, deambulando de un lugar a otro (Turín, Annecy, Chambéry, Venecia, Ginebra, L’Ermitage, Môtiers, Escocia -como huésped de

Hume, Inglaterra, Suiza, París), y realizando diversos oficios (desde sirviente en Turín, instructor de música, hasta haber comenzado la carrera eclesiástica. Fue recién a partir de 1741 en París cuando su vida comienza a estabilizarse. Amigo de Diderot, colabora en la "Encyclopédie" y se presenta a los concursos de la Academia de Dijon. En 1750 su trabajo "Discours sur les sciences et les arts" (Discursos sobre las ciencias y las artes), resultó premiado por aquélla. Este fue el punto de partida de la consolidación de su pensamiento filosófico-político.

La intensa labor intelectual de Rousseau se desarrolló en diversos campos que van desde el literario: "La nouvelle Héloïse" (La nueva Eloísa, 1761), el pedagógico: "Emile ou de l'éducation" (Emilio, 1762), el lingüístico: "Essai sur l'origine des langues" (Ensayo sobre el origen de las lenguas, 1761) hasta el musical y el botánico. Más, respecto a sus obras principales en el ámbito de la filosofía política, es menester recordar esta otra, la más célebre (además de los Discursos ya nombrados): "Du contrat social ou Principes du droit politique" (El contrato social, 1762). Entre sus escritos políticos menos considerados destacamos éstos: "Discours sur l'économie politique" (Discurso sobre la economía política, 1755, publicado en "La Encyclopédie", tomo V), "Lettres écrites de la montagne" (Cartas desde la montaña, 1764), "Projet de constitution pour la Corse" (Proyecto de constitución para Córcega, 1765), "Considérations sur le gouvernement de Pologne" (Consideraciones sobre el gobierno de Polonia, 1772), "Que l'état de guerre naît de l'état social" (El estado de guerra nace del estado social, 1772), "Des lois" (1772).

Aunque el pensamiento de Rousseau creció dentro de la filosofía iluminista de la época, se convertiría pronto en uno de sus mayores opositores. Su afán por comprender la naturaleza humana desde el punto de vista más integral que el del racionalismo, lo llevará a ahondar en los aspectos instintivos y afectivos del ser humano. En este sentido, su visión de la vida humana y de la libertad tanto en el plano político como en el social e individual, resulta marcadamente antropológica (a ello volveremos posteriormente en este trabajo). Para Rousseau, los sentimientos, los deseos y los institutos (dados en el estado de naturaleza en forma espontánea y primigenia) junto con la razón (y no solamente con ella) constituyen la esencia del hombre libre. Esta concepción de la persona humana, tan distante de las ideas mecanicistas del racionalismo, parece ser el mensaje central que tan polémico autor nos deja a lo largo de esta obra que analizamos y de su vida (5).

## II. Comentario al Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres

Este segundo "Discurso" de Rousseau, escrito en 1753 para un concurso de la Academia de Dijon, representa el inicio de la madurez de su pensamiento político en tanto que sienta las bases sobre las cuales luego desarrollará "el contrato social", su obra cumbre. Las preguntas que se formula como punto de partida de su reflexión nos dan una muestra cabal de ello y nos indican el sentido de sus ideas:

“...cómo conocer la fuente de la desigualdad entre los hombres si no se empieza por conocerlos a ellos mismos?

“Y cómo el hombre llegaría a verse tal como la naturaleza lo ha formado en medio de todos los cambios que la sucesión de los tiempos y las cosas ha debido producir en su constitución original?

“Cómo separar lo que le pertenece por su propio fondo, lo que las circunstancias y los progresos han añadido o cambiado en su estado primitivo?...”(6)

Parecería, pues, que la preocupación principal de Rousseau en este “Discurso” es aproximarse al tema de la desigualdad (y por consiguiente, al de la igualdad) desde un enfoque existencial-antropológico (conocer al ser humano en su estado “natural”, como igual a sus semejantes) para luego llevarlo al campo de la filosofía política (conocer al ser humano en la “sociedad civil”, convertido en desigual al resto). Para realizar este paso, utiliza el método que le ofrece la historia. Este le permite desarrollar sus ideas acerca de los cambios producidos en los hombres y mujeres, desde el estado de naturaleza a la sociedad civil. Mas esta evolución no tiene por qué entenderse como realmente acaecida (7). Aunque en la primera parte del “Discurso” Rousseau presenta al estado de naturaleza como un estado ~~histórico~~, el estado primitivo de la humanidad (8), él mismo afirmará después que:

“No se deben tomar las investigaciones que se pueden hacer sobre este tema como verdades históricas, sino tan sólo como razonamientos puramente hipotéticos y condicionales, mucho más adecuados para esclarecer la naturaleza de las cosas que para mostrar su verdadero origen...”(9)

Con ello, queda zanjada la cuestión, que otros autores ya habían planteado (10), acerca de si el estado de naturaleza fue un hecho histórico o meramente conjetural.

¿Por qué decimos que Rousseau parte de una perspectiva antropológica para comprender el origen y los fundamentos de la desigualdad? Pues bien, porque a lo largo de todo su “Discurso” resalta los aspectos biológicos y afectivos de los seres humanos con mayor intensidad que los elementos racionales, “A fin de separar lo que hay de original y de artificial en la actual naturaleza del hombre...” (11). Sin embargo creemos que ello no debe ser interpretado negativamente en relación a los elementos racionales. No hay que considerarlos con carácter secundario, dentro del pensamiento de Rousseau. Lo que nuestro autor pretende con este enfoque es, precisamente, hacer comprender que la racionalidad se constituye a partir de aquellos otros aspectos biológicos (sexo, edad, constitución física fuerza, debilidad, necesidades, habilidad, etc.) y afectivos (deseos, instintos, pasiones, virtudes naturales, necesidades, etc.), puesto que son, simplemente, anteriores (12). Y al respecto él:

“...creo vislumbrar dos principios anteriores a la razón de los cuales uno nos interesa sobremanera en nuestro bienestar y en la conservación de nosotros mismos, y el otro nos inspira una repugnancia natural a ver perecer o sufrir todo lo sensible y, de modo especial

nuestros semejantes.

... de éstos dos principios, sin que sea necesario incluir el de sociabilidad, me parece que se deducen todas las reglas del derecho natural; reglas que la razón está forzada luego a restablecer sobre otros fundamentos cuando, a través de desarrollos progresivos, llega hasta recubrir la naturaleza". (13)

Si profundizamos un poco más en este enfoque antropológico que Rousseau le otorga a su exposición, podremos incluso advertir su veta mitológica respecto a su estructura y temática. En efecto, la comparación que realiza entre el estado de naturaleza y la sociedad civil, para referirse al origen y al fundamento de las desigualdades, parece más propia de un relato mítico que de una teoría de filosofía política. La relación que establece entre naturaleza y cultura es muy similar (por no decir igual) a las preocupaciones centrales y más universales de los mitos especulativos (14). Bástenos con señalar, a modo de ejemplo, algunas de las afinidades que existen entre las ideas de Rousseau y la "Epopeya de Gilgamesh", uno de los mitos mesopotámicos más importantes del tercer milenio a. de C. (15).

1) En el "Discurso" aparecen contrapuestos el hombre salvaje y el hombre civilizado; en la "Epopeya" serán Enkidu y Gilgamesh (16).

2) Los atributos del hombre salvaje se corresponden con los de Enkidu, al comienzo de su historia, y los del hombre civilizado con los de Gilgamesh.

3) Rousseau describe los cambios operados en el hombre salvaje que se civiliza y en la Epopeya se narran los de Enkidu en la civilización (17).

4) En el Discurso, Rousseau analiza los *cambios que se producirían* señala lo que sucedería al hombre civilizado *si volviera* al estado de naturaleza (18). En la Epopeya se relatan tanto las quejas de Enkidu (maldiciones por su transformación al mundo de la cultura), al querer volver a su estado primigenio; como la postura de Gilgamesh respecto a su deseo de ser como Enkidu en el estado de naturaleza.

5) La postura de Rousseau en relación a los hombres que como él no pueden ya retornar al estado de naturaleza es, en cierto modo, similar a la de Gilgamesh frente a su vuelta a la civilización (19).

Rousseau partirá desde esta perspectiva para realizar la distinción entre la desigualdad natural o física, establecida por la naturaleza (edad, salud, fuerzas, etc.) y la desigualdad moral o política, determinada por convención y establecida o autorizada por el consentimiento de los hombres (20). Esta distinción le permitirá dar el paso hacia el campo de la filosofía política y, dentro de éste, a su crítica de la sociedad civil (21). En efecto, a lo largo de toda su obra, Rousseau admite a la desigualdad natural como una cuestión inevitable y buena en sí misma, en el estado de naturaleza. Mas también señala que, es en la desigualdad moral o política donde reside el principal problema de la sociedad civil. Con ella comienza la corrupción del hombre; naturalmente igual, libre y bueno. Con ella nacen las relaciones de opresión y discriminación: la dominación del rico y la servidumbre del pobre (22), la violencia y la rapiña, la astucia, las guerras, asesinatos y represalias, los prejuicios y el supuesto honor (23). Para evitar, de algún modo, el horror de esta situación -nos dice Rousseau- el rico y poderoso inventó razones audibles:

“Unámonos- les dice- para garantizar a los débiles frente a la opresión, contener los ambiciosos y asegurar a cada uno la posesión de lo que le pertenece; instituyamos reglamentos de justicia y de paz a los que todos estén obligados a atenerse, que no hagan excepción respecto a nadie y que de algún modo reparen los caprichos de la fortuna sometiendo por igual al poderoso y al débil a deberes mutuos. En una palabra, en lugar de volver nuestras fuerzas contra nosotros mismos, unámosla en un poder supremo que nos gobierne según sabias leyes, que proteja y defienda a todos los miembros de la asociación, rechace los enemigos comunes y nos mantenga en eterna concordia” (24).

Dentro del caos y la corrupción que reinaba en la sociedad civil, y frente a estas razones garantizadoras, todos los seres humanos

“corrieron detrás de sus cadenas, creyendo asegurar su libertad. Tal fue o debió ser el origen de la sociedad y de las leyes que dieron nuevas trabas al débil y nuevas fuerzas al rico, destruyeron sin posible retorno la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y de la desigualdad, de una astuta usurpación hicieron un derecho irrevocable y, para el provecho de algunos ambiciosos, sometieron desde entonces todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria.” (25)

Finalmente, y ya para concluir, podríamos decir que, en este Discurso, Rousseau sienta las bases de su concepción política dentro de las posturas contractualistas, como el único remedio alternativo a la ley del más fuerte (26). Por ello dirá que:

“...el establecimiento del cuerpo político debe constituirse como un verdadero contrato entre el pueblo y los jefes que él elige, contrato por el cual las dos partes se obligan a observar las leyes que en él se estipulan y que forman los lazos de su unión. Habiendo reunido el pueblo, respecto al punto de las relaciones sociales, todas sus voluntades en una sola, todos los artículos en los que esa voluntad se expresa conviértanse en otras tantas leyes fundamentales que obligan a todos los miembros del estado sin excepción y una de las cuales regula la elección y el poder de los magistrados encargados de vigilar la ejecución de las restantes. Este poder se extiende a todo lo que puede mantener la constitución sin llegar a cambiarla” (27).

Para Rousseau esta ley, así constituida, representa la esencia del Estado (de Derecho, agregaríamos nosotros). Unicamente a través de su mediación, se logra la integración de los factores naturales y culturales de los seres humanos, en su conjunto. Dentro de la sociedad civil, sólo con ella se puede alcanzar el retorno a la libertad natural (28).

### III. A modo de conclusión

Más allá de las críticas que pueda suscitar esta visión del ser humano, un tanto maniquea,

resulta sumamente útil comprenderla hoy, dentro de los parámetros en los cuales fue concebida. En este sentido, y como decíamos al principio de este trabajo, el "Discurso" representó una nueva forma de acercamiento a la cuestión de la naturaleza humana y de la libertad. Representó una forma que pretendió ir más allá de las ideas mecanicistas del racionalismo de su época. Significó, en suma, un enorme esfuerzo de comprensión del ser humano desde una perspectiva más integral que la vigente hasta ese momento. Y en ello, creemos, reside su principal valor.

- (1) V. ROUSSEAU, J.J., "Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos", estudio preliminar, traducción y notas de Antonio Pintor Ramos, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, págs. 95 y ss.
- (2) Respecto al grado de influencia de la obra de Rousseau en la Revolución de 1776 y de 1789 ver, por ejemplo: DIAZ, E., "Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático", Madrid, Civitas, 1978, págs. 69 y ss.; PESES BARBA, G., "Curso de Derechos Fundamentales", Teoría General, t. I, Madrid, Eudema, 1991; "Introducción a la filosofía del Derecho", Madrid, Debate, 1983; "Escrítos sobre Derechos Fundamentales", Madrid, Eudema, 1988; FERNANDEZ GARCIA, E., "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos", Madrid, Debate, 1984, págs. 77 y ss.
- (3) Acerca de la vida de Rousseau, con carácter general, puede verse: FASSO, G., "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. J. F. Lorca Navarrete, t.2, Madrid, Pirámide, 1982, págs. 239 y ss.; TRUYOL Y SERRA, A., "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", t.2, 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1988, págs. 344 y ss.; DEL VECCHIO, G., "Filosofía del Derecho", 9a. ed. española, revisada por L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1989, págs. 82 y ss.; MONDOLOFO, R., "Rousseau y la conciencia moderna", trad. Vicente P. Quintero, Bs. As., Imán, 1943.
- (4) V. el estudio preliminar de PINTOR RAMOS en ROUSSEAU, op. cit., págs. XXI y ss.
- (5) Sobre el pensamiento de Rousseau, además de las obras señaladas en las citas anteriores, puede v.: BOBBIO, N., "Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci", trad. J.C. Bayon, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1985, págs. 99 y ss.; CASSIRER, E., "El mito del Estado", trad. E. Nicol, 1a. ed. 5a. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 208 y ss.
- (6) V. ROUSSEAU, "Discurso sobre el origen...", cit., págs. 109 y 110.
- (7) V. BOBBIO, op. cit., págs. 107 y ss. Y también: FERNANDEZ, E., op. cit., págs. 135 y ss.
- (8) Esta identificación que hace Rousseau parece inspirarse en la literatura del "buen salvaje". Mas se trata de una historia imaginaria que asume una función ejemplar. Ella le sirve, tan sólo, para demostrar la decadencia de la humanidad desde que salió del estado primitivo hasta que entró en la sociedad civil. Al respecto v.: BOBBIO, op. cit., pág. 108.
- (9) V. ROUSSEAU, op. cit., pág. 120 y también, en la segunda parte del Discurso v. págs. 160 y ss.
- (10) Nos estamos refiriendo a HOBBS ("Questions concerning liberty", necessity and chance"), PUFFENDORF ("De iure natura et gentium") y LOCKE ("Two Treatises of Government") puesto que ellos se preguntan, expresamente, si hubo alguna vez hombres en estado de naturaleza y en qué lugares, tal como lo hace Rousseau, aunque sus respuestas son diferentes a las de este último. V. también respecto a estas líneas BOBBIO, N., op. cit., págs. 105 y ss.
- (11) V. ROUSSEAU, op. cit., pág. 111

- (12) V. ROUSSEAU, op. cit., págs. 113 y ss., págs. 121 y ss. Y también FASSO, op. cit., págs. 241 y ss.
- (13) V. ROUSSEAU, op. cit., pág. 115. Esta idea luego será retomada por Rousseau en la segunda parte del discurso, v. págs. 162 y ss.
- (14) Respecto al significado de los mitos y su relación con la teoría de Rousseau puede verse: KIRK, G.S., "El mito: su significado y funciones en las distintas culturas" trad. A. Plgrau Rodríguez, Barcelona, Barral Editores, 1973, págs 163 y ss.; WITTEGENSTEIN L., "Observaciones a "La Rama Dorada" de Frazer", Introducción y traducción de J. Sádaba, edición y notas de J. L. Velázquez, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 60 y ss.; CASSIRER, op. cit., págs. 7 y ss. y 208 y ss.
- (15) V. KIRK, op. cit., págs. 164 y ss. Aunque ROUSSEAU no realiza esta asociación, resulta interesante ver las afinidades que se encuentran entre estos dos relatos, especialmente en las citas: c, d, e, f, g, h, i, k, de su "Discurso..." cit., págs. 206 a 229. La versión más completa de la "Epopéya de Gilgamesh" que sobrevive es la asiria, y procede de la biblioteca de Asurbanípal, en Nínive. La Epopéya relata las historias de Gilgamesh, rey de la Uruk sumeria, que ocurren en la primera mitad del tercer milenio a. de C., al comienzo de la edad histórica. Básicamente, la narración nos cuenta lo siguiente: Gilgamesh, rey de Uruk, era hijo de un padre mortal y de una madre divina. En Uruk, se comporta abominablemente, llevando una vida licenciosa y explotando a todos sus súbditos. Su pueblo pide ayuda a los dioses para que remedien aquella situación. La diosa Aruru crea entonces una imagen o doble de Gilgamesh, Enkidu. Este nace en la estepa, en el yermo del desierto. Tiene todo el cuerpo cubierto de pelo, y sus cabellos son muy largos. Se alimenta de hierba junto a las gacelas y bebe en sus abrevaderos. Es un hombre salvaje. Finalmente, un lacero humano lo ve por tres días en la charca y se horroriza de su presencia. El lacero le cuenta esto a su padre y él le aconseja que vaya a la ciudad, le informe a Gilgamesh y le traiga una prostituta como señuelo. Y así lo hace. Enkidu se une a la prostituta durante seis días y siete noches, pero cuando regresa junto a los animales, éstos echan a correr y Enkidu, sintiéndose débil, no puede alcanzarlos. Sin embargo, con la debilidad, crece su entendimiento. La prostituta, junto a la cual vuelve, le dice que es sabio "como un dios", y que debería cesar de errar por la estepa con las criaturas salvajes e irse con ella a Uruk, donde Gilgamesh goberna despóticamente, como un toro salvaje. Enkidu acepta y quiere ser amigo de Gilgamesh. La prostituta continúa la culturalización de Enkidu: lo viste, lo conduce a la casa de los pastores, le enseña a tomar alimentos sólidos. Enkidu toma una bebida fuerte, se alegra, se arranca los pelos que le cubren el cuerpo y unge su piel. Y, como último servicio a sus nuevos amigos, expulsa y captura a sus amigos anteriores: los leones y lobos. Ya preparado, Enkidu marcha a Uruk, muy disgustado por la conducta desenfrenada e inmoral de Gilgamesh. El pueblo lo reconoce con la contrapartida natural de Gilgamesh y se siente aliviado. Llegada la noche, Enkidu se cruza con el rey y lucha. Mas vence Gilgamesh y Enkidu entonces lo reconoce como un verdadero rey. Pronto se hacen amigos. Con el tiempo, Gilgamesh hace pública su intención de emprender viajes al bosque de cedros del gigante Huwawa, para matarlo y así lograr el renombre y la inmortalidad. Enkidu lo previene contra su decisión pues conoce los peligros de la naturaleza, pero van igual. Matan al gigante pero Enkidu cae enfermo por la maldición de Enlil (dios). Previendo la muerte, Enkidu maldice las sucesivas etapas que lo condujeron a la ruina: la puerta del bosque que paralizó su mano, el lacero que lo vio antes que nadie, la prostituta que lo sedujo y lo venció civilizándolo. Luego muere (aunque cambiando las maldiciones en bendiciones). Gilgamesh inicia el luto por su amigo vagando por las estepas y viviendo como lo había hecho Enkidu antes. Mas, angustiado por la muerte, intenta evadirla buscando la fuente de la inmortalidad. Para ello decide ir a ver a Utnapishtim y su esposa, los únicos sobrevivientes del diluvio que consiguieron la inmortalidad. Vestido como un hombre salvaje, emprende el camino. Tras muchas peripecias, los encuentra y ellos lo someten a algunas pruebas. Gilgamesh no logra superar ninguna. Comprende que su búsqueda es vana, se resigna, en su lucha y vuelve a Uruk, a su cultura, a su ciudad. Para una exposición más detallada de esta Epopéya v.: KIRK, op. cit., págs. 164 y ss.
- (16) Enkidu es creado en la estepa. Es peludo de pies a cabeza, como un animal y vive como tal. Pero en algunos aspectos se conduce con más astucia que ellos. Así, Enkidu, aunque hombre, es también la mismísima antítesis del hombre y de sus obras; v. KIRK, op. cit., pág. 177. Respecto al hombre salvaje de Rousseau v. su "Discurso..." cit., págs. 122 y ss. y citas c y d, págs. 206 a 212. Gilgamesh es un hombre civilizado, que vive en la cultura, bajo techo, en compañía, con vestidos, alimentos cocidos, bebidas fuertes, etc. Es rey y debería ser júdicio mas se comporta como un "toro salvaje" por la corrupción en la cual está sumido. V. KIRK, op. cit. El hombre de la sociedad civil de Rousseau es igual que él. V. "Discurso..." cit., págs. 123 y ss. y cita l, págs. 214 y ss.
- (17) Debido al proceso de civilización, Enkidu "se olvida del lugar donde nació" y, tomando un arma, expulsa o captura a los leones y lobos, para que los ganaderos y pastores puedan estar tranquilos. Se ha convertido al mundo de la cultura y por ello ahora se ha vuelto en contra del mundo de los animales salvajes, del mismo modo que ellos lo habían rechazado antes. V. KIRK, op. cit., pág. 178. Al hombre salvaje de Rousseau, ya civilizado, le ocurre otro tanto, aunque Rousseau lo expresa en relación a la dominación (apropiación) que éste ejerce respecto a la tierra (y no respecto a los animales como en el caso de Enkidu): "El primero que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir: Esto es mío, y encontró gentes lo bastante simples para creerlo, ése fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores no habría evitado al género humano aquel que, arrancando las estacas o allanando el cerco, hubiese gritado a sus semejantes: "Guardaos de escuchar a este impostor; estás perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra".
- (18) V. ROUSSEAU, op. cit., cita l, pág. 220: "...buscad de nuevo -ya que de vosotros depende- vuestra antigua y primera inocencia; marchad a los bosques para perder la vista y la memoria de vuestros contemporáneos y no temáis envilecer vuestra especie por renunciar a sus crímenes al renunciar a sus luces..."
- (19) V. ROUSSEAU, op. cit., cita l, pág. 220: "En lo que toca a los hombres semejantes a mí, cuyas pasiones han destruido para

siempre la simplicidad primera, que ya no se pueden alimentar de hierbas y bellotas, ni privarse de leyes y de jefes; los que fueron honrados en su primer padre con lecciones sobrenaturales; aquellos que verán en la intención de dar de golpe a las acciones humanas una moralidad que no han conseguido en largo tiempo el fundamento de un precepto indiferente en sí mismo e inexplicable en cualquier otro sistema; aquellos, en una palabra, que están convencidos de que la voz divina llama a todo el género humano hacia las luces y la dicha de las Intelléncias celestes; todos ellos alcanzarán por el ejercicio de las virtudes que se obligan a practicar aprendiendo a conocerlas a merecer el premio eterno que deben esperar, respetarán los lazos sagrados de las sociedades de que son miembros; amarán a sus semejantes y les servirán con todo su poder, obedecerán escrupulosamente a las leyes y a los hombres que son sus autores y sus ministros; honrarán, sobretodo, a los buenos y sabios príncipes que sepan prevenir, curar o paliar este triple de abusos y de males siempre dispuesto a alcanzarlos..." En este texto se puede ver también la relación que existe entre la Epopeya y el Discurso respecto al tema de la Inmortalidad y del reconocimiento.

- (20) V. ROUSSEAU, op. cit., págs. 117 y 118.  
(19) V. TRUYOL Y SERRA, op. cit., págs. 346 y ss.

- (22) V. ROUSSEAU, op. cit., págs. 179 y ss.: "...el rico forzado por la necesidad, concibe finalmente el proyecto más reflexivo que haya surgido jamás del espíritu humano: se trata de emplear en favor suyo las fuerzas mismas de aquellos que le atacaban, de convertir a sus adversarios en defensores suyos, de inspirarles otras máximas y darles otras instituciones que le fuesen tan favorables como le era contrario el derecho natural. En esta perspectiva, después de haber expuesto a sus vecinos al horror de una situación que los armaba a unos contra otros, que les hacía tan onerosas sus posesiones como sus necesidades y donde nadie encontraba su seguridad ni en la pobreza ni en la riqueza, inventó fácilmente razones audibles para conducirlos a tal meta."

- (23) Para ROUSSEAU, op. cit., tan sólo el hombre salvaje es el poseedor de las virtudes naturales: la piedad y todas las que se derivan de ella (ternura, compasión sensibilidad, benevolencia, amistad, etc.). "...es ella quien en el estado de naturaleza ocupa el lugar de la ley, de las costumbres y de la virtud, con la ventaja de que nadie se siente tentado de desobedecer a su dulce voz", págs. 152 y ss. En cambio en la sociedad civil: "...de libre e independiente que antes era el hombre, helo ahí por una multitud de necesidades nuevas sometido, por decirlos así, a toda la naturaleza y, sobre todo a sus semejantes, de los cuales en un sentido se volvió esclavo, incluso convirtiéndose en su dueño". Y más adelante dirá: "Esto lo vuelve bribón y artificioso con los unos, imperioso y duro con los otros, y pone en la necesidad de abusar de todos aquellos que él necesita cuando no puede hacerse temer y no encuentra su interés en servirlo útilmente", págs. 176 y ss. Por tanto, en este ámbito, aquellas virtudes naturales se convertirán en ambición devoradora, ardor por agrandar la fortuna, envidia, competencia, rivalidad, oposición de intereses, deseo oculto de conseguir provecho a expensas del otro, etc., págs. 177 y ss. V. también al respecto: TRUYOL Y SERRA, op. cit., págs. 347 y ss.

- (24) V. ROUSSEAU, op. cit., pág. 180.  
(25) V. id., págs. 180 y ss.  
(26) V. FERNANDEZ, op. cit., págs. 135 y ss.  
(27) V. ROUSSEAU, op. cit., págs. 190 y 191.  
(28) V. id., págs. 191 y ss.

# KIRCHMANN DESDE KIRCHMANN: LA CRITICA ENTRE EL RELATIVISMO Y EL ESCEPTICISMO (\*)

María Isolina DABOVE

En el año 1847 Julius Hermann von Kirchmann pronunciaba su aún hoy célebre conferencia: La jurisprudencia no es ciencia (1), que se convertiría, a partir de entonces, en uno de los más polémicos cuestionamientos acerca de la ciencia jurídica y de los juristas. Esta conferencia que tanta conmoción provocara en aquel momento y que, aún hoy provoca, sería publicada en 1848 y reeditada dos veces en ese año. Desde entonces se unirá a la serie de manifiestos jurídicos resonantes -como lo ha señalado Truyol Serra- lanzados por el pensamiento alemán -desde Savigny en adelante, pasando por Ihering, Stammler, Gierke, Zitelmann, Kantorowicz y Kelsen-, a lo largo del siglo XIX y XX (2).

Es precisamente esta repercusión la que suscita hoy nuestra reflexión, más allá incluso del contenido de este discurso -aunque sin obviarlo, naturalmente-. Esta reflexión discutirá fundamentalmente por tres carriles:

**I.-** El entorno -histórico, político, jurídico y científico- en el que se llevó a cabo esta conferencia.

**II.-** La actitud de Kirchmann que se desprende del análisis de su pronunciamiento.

**III.-** La actitud de los Juristas hoy ante la ciencia jurídica.

En definitiva, nos preguntamos: ¿Por qué tuvo tanta resonancia esta conferencia?, ¿cuáles fueron las causas contextuales -y no sólo jurídicas- que lo motivaron?. ¿Por qué Kirchmann dijo lo que dijo?, ¿por qué se quedó sólo con el problema?. Y más aún, ¿cuál es la actitud de los juristas frente a la ciencia jurídica?, ¿es posible hoy construir algún modelo que nos sirva de paradigma científico en el Derecho?.

## **I.- El entorno**

Los años 1847 y 1848, durante los cuales se produce el “fenómeno Kirchmann”, constituyen años sumamente claves en la historia para el desenvolvimiento político y jurídico. Debemos por tanto recurrir a aquel pasado a fin de comprender el sentido de la crítica de Kirchmann y los cambios que se fueron operando en el Derecho hasta nuestros días. Estos años están enclavados en el corazón mismo de todo el “movimiento social” que imprimirá su sello innegable en el mundo jurídico.

Durante esos años Marx y Engels reciben el encargo por parte de la Liga Comunista de

redactar las bases y fines de esta asociación, encargo que sería cumplido en febrero de 1848 con la redacción de *El manifiesto comunista* (3). Con ello se anunciaba no sólo una doctrina con "aspiración científica" (4) sino que, además, se proclamaba la consolidación de una clase social -la proletaria- como una nueva protagonista en el juego del poder político (5). Dentro de este proceso influirán, junto a las ideas marxistas, otras corrientes socialistas. Por ejemplo, las obras de Sismondi, Saint Simon, Proudhon, Babeuf, Fourier, Owen, Luis Blanc o Carlos Grün. También habría que mencionar las corrientes anarquistas como la encabezada por Bakunin y a los representantes de la filosofía de la praxis: Moses Hess, Bruno Bauer, A. Cieskowski, entre otros (6). De la interacción entre estas ideas y aquella nueva fuerza del proletariado, cobraría cuerpo institucional su organización política como clase, a través de la Asociación Internacional de Trabajadores (Primera Internacional) en 1864 (7). En este marco se gestarán también hechos como la Revolución Industrial parisina -en febrero de 1848- o la alemana -en marzo-, que luego se extenderán rápidamente a otros países. Esta manifestación abierta del pensamiento socialista en la acción política abrirá el camino de la crítica y de la lucha frente al sistema jurídico-político imperante. El pueblo, la mayoría social, habrá tomado conciencia de su fuerza y luchaba por llevar "directamente" las riendas de sus pretensiones. Esta batalla se libraba no sólo contra quienes detentaban el poder político sino también contra aquellos que se interponían como "mediadores" en la defensa de sus derechos. Ya no querían intermediarios, llámense éstos "burgueses", "Estado", "poder político" o "juristas" puesto que habían desvirtuado el sentido originario de aquella empresa. En suma, durante esta época en que Kirchmann pronuncia su célebre conferencia aparece una nueva forma de conciencia, la "conciencia social" que repercutirá en la visión del Derecho que tenían los juristas de entonces. Kirchmann lo anuncia sagazmente cuando dice:

"He aquí, pues, el triunfo de la ciencia jurídica: un derecho que el pueblo ya no conoce, que ya no vive en su alma y que se equipara a las fuerzas ciegas de la naturaleza" (8).

Y más adelante será aún más explícito al respecto cuando afirma:

"El país está harto de los juristas científicos. Existe la sospecha, el oscuro presentimiento de la contradicción entre el derecho y la ciencia; lo único que falta aún es, en el pueblo, la idea clara de esta contradicción.... Pero cuando se llegue a la clara conciencia del hecho, será difícil contentarse con el recurso a estos medios fragmentarios y defectuosos, -se está refiriendo al recursos a los árbitros, a las sutilezas procedimentales, etc.- y los gobiernos no menos cansados de los juristas que el pueblo, acudirán gustosos en su ayuda con mano caritativa. Se le devolverá al pueblo su jurisdicción, no sólo en la cuestión de hecho, sino también en la de derecho; no sólo en asuntos criminales, sino también en civiles... las sentencias... traducirán el sentido del derecho que vive en el pueblo..." (9).

Profundizando en este análisis vemos en Kirchmann a uno de los más directos expositores de una línea crítica no sólo respecto a la jurisprudencia sino también respecto al papel que

desempeñan los juristas en ella. Esta línea francamente adversa hacia los juristas arranca desde finales de la Edad Media y no precisamente de la intelectualidad. Era el pueblo el que efectuaba esta crítica repetida en sus poesías satíricas, volantes, coplas callejeras, xilogravías y hasta en las Danzas Macabras. Hay una copla muy expresiva de ello que recoge Erich Wolf en su libro *El carácter problemático y necesario de la ciencia del Derecho*:

“Procuró ante el tribunal  
y a menudo defiendo a una mala causa,  
con mentira, argucia e intrigas,  
con delaciones, glosas e incisos  
hago demorar el derecho.  
Al final, sin embargo, da la desgracia  
de que mi cliente lleva  
la peor parte.  
Pero a menudo, yo ya tengo  
llenas la bolsa y la boca.

(Maul)” (10)

Esta tradición será expresada en el Renacimiento por los humanistas: Petrarca, Ulrico de Hutte, Erasmo, como también en las sátiras de Rabelais, Quevedo o Racine, en las obras de Goethe y en los escritos de Montaigne y Pascal (11).

Además de estas cuestiones, es menester recalcar aún otra más, tan decisiva como las anteriores. Durante este período las ciencias naturales se desarrollan a un ritmo vertiginoso. Los éxitos logrados en esta área producen el fuerte deseo de aplicar sus métodos a las ciencias sociales. Surge entonces el positivismo filosófico y tras él el anhelo de construir una ciencia que responda exclusivamente al paradigma empírista (12). Representantes de esta corriente son, especialmente, Saint Simon (1760-1825) y Comte (1798-1857). Kirchmann recoge esta línea de pensamiento en su crítica al comparar la evolución, el progreso y el objeto de estudio de la jurisprudencia con otras disciplinas propias de las ciencias naturales y exactas. Por ello dirá -más que como una realidad, como una expresión de lo que debería ser- que:

“el contenido de la jurisprudencia es el mismo que el de todas las demás ciencias: la jurisprudencia tiene que aprehender su objeto, descubrir sus leyes, crear los conceptos hasta sus últimas implicaciones, darse cuenta de la afinidad y la conexión de las distintas formas y estructuras, y finalmente ensamblar su saber en un sistema sencillo” (13).

Este entorno que envuelve a Kirchmann hará de él un “hombre del problema más que de la solución” (14). Un hombre que plantea con brillante lucidez las deficiencias de un sistema pero que a la hora de superarlas resulta desbordado por su propia crítica. Un hombre que, al final, queda atrapado entre el relativismo y el escepticismo precisamente por la visión que ofrece del

## II.- La actitud de Kirchmann

“El mundo está fuera de juicio... ¡Suerte maldita!  
Que haya tenido que nacer yo para enderezarlo”.

Hamlet (15)

Estas palabras pronunciadas por el inmortal Hamlet bien podrían haber sido dichas por Kirchmann dada su actitud semejante frente a un problema que ve. En efecto, es que a Kirchmann en su discurso le ocurre, en gran medida, lo que al personaje shakesperiano. Ambos advierten la irregularidad, el desfasaje, la desnaturalización, la usurpación que se da en una situación. En el caso de Hamlet, respecto al ejercicio del poder del Rey y a los medios que éste empleó para obtenerlo (16). En el caso de Kirchmann, la denuncia está dirigida al ejercicio del Derecho que se efectuaba a partir de la ciencia jurídica de entonces (17). Asimismo devela a los propios juristas las relaciones ilegítimas y abusivas de poder por parte de éstos -los que “saben”- respecto del pueblo -los que “ignoran” hasta su propio derecho- (18). Hamlet también hará lo propio y se valdrá para hacer su denuncia al rey de la representación de unos versos provocativamente delatores (19). Ambos pretenden descubrir una verdad y desenmascarar una injusticia y, ambos, terminan siendo sus víctimas. En ambos la denuncia tiene tono de tragedia. En ambos el deseo de verdad y de justicia los hace incapaces de lograr una reconstrucción acorde a aquellos anhelos. Y en ambos existe el sufrimiento por una restauración imposible, no porque ésta no pudiese darse sino porque los denunciantes no pudieron remontarse por encima de aquello que veían.

No obstante esta actitud de Kirchmann, propia del espíritu romántico de la época, justo es señalar que su crítica fue certera y altamente positiva ya que señaló defectos reales en los que incurría la jurisprudencia de entonces (20). He aquí los más significativos. Kirchmann denuncia la falta de valor práctico de aquella ciencia al diluirse en disquisiciones estériles, carentes de soportes fácticos. Por ello afirma que, ésta convierte a la administración de justicia en un “juego de azar” y a la obra del legislador en una tarea puramente experimental y arbitraria (21). Respecto de la ley positiva nuestro autor resalta el carácter rígido de ésta, en contraposición al Derecho -objeto de la ciencia jurídica- que es progresivo y cambiante (22). La ciencia jurídica llega siempre tarde en relación con aquella evolución y, por esta razón se produce una contradicción entre aquellas formas rígidas y la libre movilidad, entre un rigor literal y una equidad sin trabas (23). Kirchmann criticará también los excesos de leyes y de lagunas ya que, en definitiva evidenciaban la limitada capacidad comprensiva de la jurisprudencia (24). Otra cuestión que se desprende del planteo de Kirchmann es que sus críticas están apoyadas en una visión altamente iusnaturalista del Derecho. Así lo evidencia cuando dice que el contenido de la ley positiva abarca también la lucha del derecho natural contra ésta- como derecho injusto- (25). En este mismo sentido afirmará que el Derecho -natural, como objeto de la ciencia jurídica- no

se halla sólo en el saber sino también en el sentimiento (26). Pero éste nunca es criterio de verdad, por tanto: "la verdad espera en vano a una investigación sin prejuicios" (27). Sólo el transcurso del tiempo puede liberar a la ciencia de éstos, pero casi siempre ocurre demasiado tarde (28). Por otra parte la jurisprudencia, tal como estaba construida, no hacía más que disociar aquel sentimiento del pueblo del saber requerido, convirtiendo al derecho en el patrimonio exclusivo de una clase (29).

Todas estas cuestiones señaladas hacen llegar a Kirchmann a la conclusión de que la jurisprudencia no puede tener un valor científico. Este escepticismo es expresión de sus contradicciones internas, propias del positivismo metodológico que adopta, de la influencia que sobre él ejerció la escuela histórica del Derecho y de las insuficiencias de su planteo que surgen a raíz de aquellos condicionamientos (30). No cuestiona en su crítica el concepto de ciencia en sí. Simplemente se limita a tomar el paradigma positivista ya elaborado y lo utiliza como referente científico en su comparación. Como consecuencia de ello, sale a la luz su imposibilidad para proponer un modelo alternativo que satisfaga aquellos grandes ideales que lo animaban. Resulta presa pues, -¿por qué no decirlo?- de su relativismo ya que, en definitiva, su excesiva apertura crítica le impide hacer proposiciones constructivas de alguna verdad científica (31).

### III. La actitud de los juristas, hoy

Mucha agua corrió, con el tiempo, bajo la crítica de Kirchmann. Muchos debates se generaron, hasta nuestros días, respecto al carácter "científico" del Derecho. Y también, muchas respuestas se adoptaron. Bástenos con recordar a Rickert, Weber y Kelsen en relación a ellas (32). Estas distintas soluciones respecto al carácter problemático de la ciencia jurídica fueron siguiendo el compás de los cambios paradigmáticos operados en las ciencias naturales. Pero aún no lograban construir un concepto de ciencia social propio. En el fondo existía siempre el debate entre positivismo e historicismo, entre razón e historia, entre ciencia y conciencia, entre racionalidad e irracionalidad (33), entre lo general y lo particular, entre lo abstracto y lo concreto, entre ser y deber ser, entre materia y forma, entre idealismo y realismo (34).

Hoy, con la aparición de la Epistemología como disciplina autónoma del saber, estas cuestiones han variado sensiblemente. Hoy, el propio concepto de "ciencia" es investigado y pensado como objeto de estudio en sí mismo, independientemente de a cual rama del conocimiento se aplique (35). En esta edad contemporánea vemos que la concepción del universo del ser humano se funda, en medida creciente, sobre los resultados de la ciencia: "el dato reemplaza al mito, la teoría a la fantasía, la predicción a la profecía" (36). Hoy, con el importante caudal de conocimientos de los que se dispone, es casi imposible afirmar que el Derecho no puede tener carácter científico. ¡Hasta la vida cotidiana, tanto en el ámbito personal como en el social, está impregnada de ciencia!" ¿por qué, entonces, -como expresa Bunge- oponer las humanidades a las ciencias, como si éstas fuesen menos humanas que aquéllas...?" (37).

Las ciencias, sean éstas naturales, exactas o sociales y humanas, procuran alcanzar la verdad a través de un conocimiento formulado lógicamente (38), es decir -como le gustaría expresar a Popper- mediante hipótesis y conjeturas, probabilidades y refutaciones. Mas este

conocimiento no importa una verdad acabada ya que ``no hay respuestas definitivas porque no hay preguntas finales'' (39). Creemos que, desde esta perspectiva abierta es posible construir una ciencia jurídica que responda a la cultura científica de nuestro tiempo. Una ciencia que asuma e integre plenamente sus despliegues normativos, fácticos y valorativos (40). Una ciencia que no oculte la verdad en el área que le corresponde. En suma, una ciencia que impida convertir al Derecho en ``el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador o a la pasión del déspota'' (41).

- (1) V. KIRCHMANN, J. H. von, "La Jurisprudencia no es ciencia", trad. y escrito preliminar de A. Truyol Serra, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Puede v. también, por ejemplo, la traducción de esta conferencia realizada por W. Goldschmidt "El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho", en SAVIGNY - KIRCHMANN - ZITELMANN - KANTOROWICZ, "La ciencia del Derecho" (rec.), Bs. As., Losada, 1949, págs. 249 y ss.
- (2) V. en "La Jurisprudencia no es ciencia" cit. el estudio preliminar realizado por Antonio TRUYOL SERRA, págs. X y ss. Y también: FASSO, G., "Historia de la Filosofía del Derecho", t.3, trad. J. F. Lorca Navarrete, 5a. ed., Madrid, Pirámide, 1988, págs. 140 y ss.; CIURO CALDANI, M.A., "Acerca de la crítica de Kirchmann", en "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 161 y ss.
- (3) V. MARX, K. - ENGELS, F., "El manifiesto comunista", trad. W. Roces, intr. R. Blanco, Madrid, Endymión, 1987, págs. 13 y ss. y 23 y ss.; RUSSELL, B., "Los caminos de la libertad", trad. García Paladín, Barcelona Orbis, 1982, págs. 33 y ss.
- (4) Aspiración propia del positivismo filosófico imperante sobre el cual nos referiremos posteriormente.
- (5) Recordemos que la participación de la clase obrera en la lucha por los derechos fundamentales data ya desde la época jacobina. Operaban a través de pequeños grupos aglutinados en sociedades secretas, fomentando la conspiración y la propagación ideológica. Con ello, buscaban apoyar a los burgueses radicales a fin de derribar los sistemas absolutistas de gobiernos surgidos con la Santa Alianza y, lo consiguieron. Mas, a pesar de tal unión, como expresa Rogelio BLANCO en la Introducción a "El manifiesto comunista" cit., pág. 14, "Los burgueses toman el poder, practican los métodos del viejo régimen para reprimir y niegan cualquier participación de las clases proletarias en las instituciones".
- (6) V. FASSO, op. cit., t. 3, págs. 107 y ss.; RUSSELL, op. cit., MARX - ENGELS, op. cit., págs. 66 y ss.; VILAR, Gerard, "Marx y el marxismo", en "Historia de la Ética", t.2, ed. Dirigida por Victoria Campos, Barcelona, Crítica, 1992, págs. 550 y ss.
- (7) V. FROMM, E., "Marx y su concepto del hombre", trad. J. Campos, 1a. ed., 1a. reimp., Bs. As., Fondo de Cultura Económica 1990, págs. 233 y ss.; MARX - ENGELS, op. cit., pág. 32.
- (8) V. KIRCHMANN, op. cit., págs. 43 y 44.
- (9) V. id.
- (10) V. WOLF, E., "El carácter problemático y necesario de la ciencia del Derecho", trad. E. A. Vásquez, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1962, págs. 24 y ss.
- (11) V. TRUYOL SERRA, escrito preliminar cit., págs. XII y ss., CIURO CALDANI, op. cit., págs. 163; WOLFF, op. cit., págs. 28 y ss.
- (12) V. FASSO, op. cit., págs. 133 y ss.; BERLIN, I., "El concepto de historia científica", en "Conceptos y Categorías", trad. F. González Aramburo, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, págs. 179 y ss.; BURKE, P., "Sociología e Historia", trad. B. Urrutia Domínguez, Madrid, Alianza Editorial, 1990, págs. 11 y ss.; WELZEL, H., "Introducción a la filosofía del derecho", trad. F. González Vicén, 2a. ed., Madrid, Aguilar, 1971, págs. 191 y ss.; GOLDSCHMIDT, W., "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 101 y ss.
- (13) KIRCHMANN, op. cit., págs. 10 y 11; 12, 18 y 20; TRUYOL SERRA, escrito preliminar cit., págs. X y ss.; CIURO CALDANI,

- op. cit., pág. 163 y ss
- (14) V. CIURO CALDANI, op. cit., págs. 163 y ss
- (15) SHAKESPEARE, W., "Hamlet" ed. bilingüe realizada por M.A. Conejero y J. Talens, Madrid, Cátedra, 1992, págs. 219.
- (16) V. Id., págs. 195 y ss.
- (17) V. KIRCHMANN, op. cit., págs. 6 y ss
- (18) V. Id., págs. 29 y ss.; 33 y ss., 43 y ss.
- (19) V. SHAKESPEARE, op. cit., págs. 309 y ss
- (20) V. CIURO CALDANI, op. cit., pág. 164; puede verse también en SAVIGNY - KIRCHMANN - ZITELMANN - KANTOROVICH, "La ciencia..." cit., el prólogo de Lorenzo CARNELLI, págs. 12 y ss.
- (21) V. KIRCHMANN, op. cit., págs. 41 y ss.
- (22) V. Id., págs. 14 y ss., 26 y ss.
- (23) Id., págs. 19 y ss.
- (24) V. Id., págs. 7 y ss.; CIURO CALDANI, op. cit., pág. 166.
- (25) V. KIRCHMANN, op. cit., págs. 26 y ss.
- (26) V. Id., págs. 20 y ss.; 40 y ss.
- (27) V. Id., pág. 22.
- (28) V. KIRCHMANN, op. cit., pág. 23.
- (29) V. Id., págs. 40 y 41.
- (30) V. FASSO, op. cit., pág. 141; CIURO CALDANI, op. cit., pág. 171.
- (31) V. respecto al relativismo y escepticismo NINO,C.S., "Ética y Derechos Humanos", Barcelona, Ariel, 1989, págs. 49 y ss.
- (32) V. FASSO, op. cit., t.III, págs. 141 y ss.
- (33) V. WEBER, M., "El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales", trad.L. Simon y J.M. García Blanco, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, Tecnos, 1985, y el estudio preliminar realizado por J. M. GARCIA BLANCO, págs. XII y ss.; FARIÑAS DULCE, M. J., "La sociología del Derecho de Max Weber", Madrid, Civitas, 1991, págs. 68 y ss.; 154 y ss.
- (34) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 21 y ss.
- (35) V. POPPER, K., "Sociedad abierta, Universo abierto. Conversaciones con Franz Kreuzer", trad. S. Mas Torres y A. Jimenez Perona, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1988; "El universo abierto. Un argumento en favor del indeterminismo", vol II, trad.M. Sansigre Vidal, 1a. ed., 1a. reimp., Madrid, Tecnos, 1986; BUNGE, M., "La ciencia, su método y su filosofía", Bs.As., Siglo Veinte, 1985.
- (36) V. BUNGE, op. cit., pág. 100.
- (37) V. Id., pág. 102.
- (38) V. CIURO CALDANI, M. A., "Notas sobre metodología de la investigación", en "Investigación y Docencia", N° 18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, págs. 68 y ss.
- (39) V. Id., pág. 71.
- (40) Creemos que, en este sentido, hay que destacar los aportes brindados: en Argentina, por Werner Goldschmidt y Carlos Cossío; en Brasil, por Miguel Reale; en Italia, por Norberto Bobbio y en el mundo anglosajón, por H. L. Hart, entre otros. Todos ellos, desde sus respectivos enfoques, han abierto caminos que se ofrecen hoy como paradigmas a todos aquellos que estén dispuestos a seguir construyendo esta inacabable ciencia jurídica.
- (41) V. KIRCHMANN, op. cit., pág. 27.

## DERECHO Y MORAL Y NUESTRO DERECHO POSITIVO

Blanca DI SALVO (\*)

En la historia de la Filosofía del Derecho de los países europeos, tanto los del common law cuando los del Derecho romano-germánico, ha habido una evolución desde el Derecho Natural al positivismo, proceso que demandó siglos de conflictos religiosos y políticos. La culminación se dio a partir de la elaboración del Código Napoléon, y la escuela de la exégesis, la cual consagró a la ley como expresión de un Derecho Natural absoluto, sin indagar costumbres condiciones históricas, sociales, políticas. En lo filosófico, ha habido siempre un paralelismo con lo jurídico.

Tal ocurre desde la rebelión que comienza en el Renacimiento y permitiera a René Descartes crear su racionalismo a partir del “je pense, donc je suis”. Este tema del sujeto libre es lo más alto en Kant: “obra de modo que tus actos puedan servir de máxima de legislación universal”, dirá el imperativo kantiano. Y será Kant quien dentro del Iluminismo separe definitivamente las esferas de Etica y Derecho. Las distinciones son célebres: unilateralidad, bilateralidad; interioridad, exterioridad; autonomía, heteronomía. Y surge así la nota específica del Derecho como regulación: la coactividad. En el siglo XX la Filosofía del Derecho positivista europea culmina con el genio de Kelsen y su “teoría pura”.

¿Tiene relación lo relatado hasta ahora con el Derecho positivo argentino?

¿Qué decir de un país como el nuestro, sin homogeneidad cultural, con una herencia secular española, la de la España contrarreformista de la conquista “con la cruz y la espada” y una refundación realizada por la generación del Ochenta con los ideales del positivismo?

Ese positivismo significó nuestro ingreso en la modernidad. Pero no una modernidad filosófica, cartesiana, kantiana, sino una modernidad pragmática: poblamiento por inmigración, ferrocarril, telégrafo y la introducción del pensamiento anglofrancesado, para la creación de las instituciones.

Llegamos así a nuestro Derecho positivo y la moral.

Nuestra moral jurídica fue la del iusnaturalismo más tradicional, la del tomismo cristiano, y pertenece a la primera época de la historia nacional, separada de la que aludimos anteriormente, por graves conflictos de poder.

El positivismo será construido por la fracción ganadora de acuerdo al modelo europeo de Codificación, más precisamente del Código Napoléon y su corolario, la Escuela exegética. A partir de allí, la legalidad será siempre en Argentina una legalidad formal.

Esto explicaría el éxito de Kelsen en nuestros medios doctrinarios y la vigencia entre nosotros de su "teoría pura". Esto explicaría también, aunque parezca paradojal, la quiebra tantas veces observada en las distintas ramas de nuestro Derecho entre ley escrita, realidad social y ética.

Yo terminaría con una cita del "Espíritu de las Leyes" de Montesquieu: "Deben ser tan propias al pueblo para el cual han sido hechas que es una gran casualidad si las de una Nación pueden convenir a otra. Deben ser relativas al territorio físico del país, al clima, frío, caluroso o templado, a la calidad del terreno, a su situación, a su grandeza, al género de vida de los pueblos, campesino, cazadores o pastores, deben referirse al grado de libertad que la Constitución puede soportar, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus modos." (\*\*).

Y a ella agregaría las tres preguntas kantianas: ¿Qué podemos hacer? ¿Qué deberíamos saber? ¿Qué cabe esperar?

(\*) Profesora adjunta con dedicación semiexclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario afectada parcialmente a la realización de tareas de investigación en el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(\*\*) MONTESQUIEU, "El espíritu de las leyes", trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, pág. 55

## LAS ANOMALIAS DE LA CONDUCTA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO (\*)

Blanca DI SALVO (\*\*)

Anormal. Anómalo.

La sinonimia griega es a-nomos, sin ley. Ya la semántica muestra la unión entre conducta y norma. Vínculo de ligamen forzoso que se da en todas las grandes instituciones de regulación: religión, derecho, moral.

Todos los pueblos, en todas las épocas, no importa su grado de evolución, las han tenido como base de su organización social. La ley mosaica establece el tabú “no matarás”. Luego los mandatos sobre la propiedad: “no robarás”, “no codiciarás los bienes ajenos”. Por último regulará el orden de los sentimientos: “no fornicarás”, “no codiciarás la mujer de tu prójimo”.

Sobre esta misma base ha asentado la religión cristiana sus principios de gobierno, a lo largo de casi dos milenios. En la época contemporánea, en el siglo pasado, la ley positiva plasmó en el movimiento de codificación, cuyos principios fueron los del iluminismo y la revolución francesa.

De uno de los grandes teóricos, Kant, podemos citar el imperativo categórico: “obra de modo que tus actos, puedan servir como máxima de legislación universal”, síntesis de un obrar ideal.

¿Qué lugar ocupará en los ordenamientos civil y penal la regulación de las conductas anómalas?. ¿Cuál fue el criterio clasificador de lo anormal en nuestro derecho?.

Tomemos a los dementes y a los pródigos en el Código Civil. El criterio a que aludimos es la racionalidad y más precisamente una racionalidad mensurable. El sujeto normal posee discernimiento, intención y libertad. El sujeto anormal es inimputable.

La transgresión de la conducta anormal se mide. Se mide la violencia en los actos del demente. Se mide la cantidad del gasto en los actos del prodigo. La reforma de la ley 17711 extiende el ámbito de protección a otros incapaces: los adictos al alcohol y a las drogas, blandas y duras, nueva y avasallante forma de afección que es casi una especificidad dentro del derecho penal, además de ser un tema que conmueve política y socialmente a los países en él involucrados, ya sea como productores o como consumidores de estupefacientes.

El Código Penal conserva el positivismo filosófico general (no el específicamente penal) de la época de su sanción y allí también el comportamiento se tipifica, la disensión se castiga,

la sanción se mensura.

Podemos exemplificar con los delitos contra la honestidad, que describen las desviaciones de la conducta sexual aceptada por la sociedad: el estupro, la violación, la corrupción, el ultraje al pudor.

En ambos regímenes, civil y penal, producida la conducta anormal se da la sanción. El criterio retributivo de la pena también es mensurable. Si el castigo es pena privativa de libertad, se mide en períodos de tiempo. Si el castigo consiste en la entrega de una suma de dinero, la medida es la cantidad.

¿De qué se priva al que no adecúa su conducta a la norma, es decir al cumplimiento de los actos que ella expresa?. Puede ser de la libertad personal; ésta se mide en tiempo: de meses, de años, tal vez por toda la duración de su vida.

¿Hay premio para la conducta normal, la que se adecúa a la descripción normativa?. Sí. El sujeto normal es dueño de su tiempo, de su vida, de su libertad.

(\*) Comunicación presentada a la Jornada sobre Anormalidad y Derecho.

(\*\*) Profesora con dedicación semiexclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario afectada parcialmente al cumplimiento de tareas de investigación en el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

## LA POSICION ORIGINAL EN JOHN RAWLS. ALGUNAS COINCIDENCIAS CON KANT (\*)

Elisa DIBARBORA (\*\*)

Generalmente se ha considerado, como lo hace el mismo Rawls en su teoría de la justicia, el punto de unión con la filosofía crítica kantiana tomando como piedra de toque sus estudios éticos; principalmente la Fundamentación para la Metafísica de las Costumbres.

En este trabajo faremos un estudio comparativo en relación a las condiciones en que se da la posición original en la obra de Rawls, y algunos capítulos de la obra "Filosofía de la Historia" de Kant.

Hemos encontrado seis supuestos comunes que analizaremos a través de textos de los mismos autores.

Respecto a los cinco primeros, en lo que se refiere a Kant, están tomados del artículo "Comienzo verosímil de la Historia Humana" y el último punto corresponde al capítulo "Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita".

Aludiendo a Rawls, el análisis está hecho en base a su libro "La Teoría de la Justicia". Estos puntos de coincidencia son:

- Situación no real
- Racionalidad
- Facultad de elegir
- Planes respecto al futuro
- Igualdad de la esencia humana
- Situación inicial conflictiva

### 1. Situación no real

#### Kant

"En verdad, es lícito introducir conjeturas dentro del desarrollo de una historia, con el fin de llenar los huecos que dejan los documentos." (1)

Como hilo conductor tomará el texto del Génesis, del cual hará una interpretación filosófica, partiendo de presupuestos teológicos traducidos a un lenguaje laico y racional.

## **Rawls**

“Es claro entonces que la posición original es una situación puramente hipotética. No es necesario que algo parecido a tal posición haya existido nunca” (2)

Este punto de partida no pretende explicar la conducta humana, sino el hecho de que todos los hombres poseen un sentido de la justicia.

### **2. Racionalidad**

#### **Kant**

El hombre es considerado en su pleno desarrollo, independiente de los cuidados maternales. Se sirve de sus propias fuerzas.

“El primer hombre (...) podía hablar e inclusive discurrir, es decir hablar mediante el encadenamiento de conceptos, es decir, pensar (...) de otro modo, no podría estimar el desarrollo de la conducta moral en su hacer y omitir, que supone necesariamente aquella habilidad”. (3)

#### **Rawls**

Respecto a la época de la vida, en el punto cuatro de la descripción de la posición original, nos habla del tiempo de ingreso, circunscribiéndolo a la mayoría de edad.

“En todo momento he asumido que las personas en la posición original son racionales.” (4)

### **3. Facultad de elegir**

#### **Kant**

Tomando el ejemplo bíblico de la elección del fruto prohibido, nos relata la aparición en el hombre de esa facultad, al estar dotado de razón, entra en conflicto con el mandato de la Naturaleza.

“Dentro de sí mismo descubrió una facultad para elegir, un modo de vivir, en vez de quedar ligado a uno sólo, como los animales (...) una vez conocido tal estado de libertad le fue imposible retroceder a una condición de servidumbre (bajo la dominación del instinto).” (5)

### **Rawls**

Al igual que en Kant, la facultad de elegir es una consecuencia lógica, deducible de la racionalidad.

En la posición original, los hombres tienen conocimiento de su situación particular, respecto a sus libertades.

“Sus deliberaciones no serán ya el mero producto de la adivinación. Pueden tomar decisión racional en el sentido ordinario de la palabra.” (6)

#### **4. Planes respecto al futuro**

##### **Kant**

Considera que la cualidad del hombre de tener una reflexiva expectación de lo futuro...

“Constituye el signo mas decisivo de la preeminencia humana: la de preparar su destino conforme con fines remotos”. (7)

Esta condición de poder prever situaciones relacionadas con el porvenir, en realidad no es del todo lo positiva que parece en un principio, ya que lo lleva a estar afligido y lleno de incertidumbre, lo lleva en última instancia a tomar conciencia de la muerte.

##### **Rawls**

Partiendo del supuesto de la racionalidad y la libertad del hombre en la posición original, parece natural que éste prevea el futuro.

“Llevará a cabo el plan que satisfaga el mayor número de sus deseos no el que satisfaga menor o, al mismo tiempo, el que tenga más probabilidad de ejecutar con éxito.” (8)

#### **5. Igualdad de la esencia humana**

##### **Kant**

El hombre sintió que constituía, merced a su razón, el fin de todo el proceso natural, era superior a los animales, y por lo tanto, igual a los demás hombres. El puede servirse de lo que la naturaleza le ofrece, usarlo como medios o instrumentos para sus fines, pero no así con los otros hombres.

“... lo debe considerar como un asociado que participa por igual de los dones de la naturaleza (...) De este modo, el hombre se puso en un plano de igualdad con todos los seres racionales, cualquiera fuese la jerarquía de los mismos”. (9)

Aquí vemos claramente el mismo principio que guía la segunda enunciación del imperativo categórico con respecto a tomar a todos los hombres como fin y nunca como medio.

### **Rawls**

Por supuesto que comparte ampliamente esta afirmación. Los principios de la justicia que son elegidos deberán ser aceptados por otros seres semejantes.

“Ya que todos son libres y racionales de modo similar (...) He supuesto que los grupos saben que están sujetos a las condiciones de la vida humana (...) están situados en el mundo con otros hombres.” (10)

### **6. Situación inicial conflictiva**

#### **Kant**

En el artículo “Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita”, el cuarto principio está enunciado de la siguiente mantera:

“El medio de que se sirve la naturaleza para alcanzar el desarrollo de todas las disposiciones consiste en el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, por cuanto éste llega a ser finalmente la causa de su orden regular. En este caso entiendo por antagonismo: la insociable sociabilidad de los hombres”. (11)

Por naturaleza el hombre tiende a vivir en sociedad pero, también por naturaleza, constantemente siente la inclinación de individualizarse, aislarse y hacer prevalecer su modo de pensar por sobre el de los demás. Por impulso de inclinaciones individuales entra en conflicto con los demás miembros de la sociedad y agudiza su intelecto para lograr una superación personal.

“Sin la mencionada cualidad de la insociabilidad (...) todos los talentos hubiesen quedado ocultos por la eternidad en sus gémenes”. (12)

La finalidad y el afán de poder incentivan el uso de nuestras facultades racionales.

“El hombre quiere concordia, pero la naturaleza, que sabe mejor lo que es bueno para la especie, quiere discordia”. (13)

Es interesante la reflexión que sobre este tema hace un estudioso de Kant, Ernst Cassirer:

“La verdadera idea del orden social no consiste en hacer que las voluntades individuales desaparezcan en una nivelación general, sino en mantenerlas en su propia peculiaridad y, por lo tanto, en su antagonismo, pero, al mismo tiempo, en determinar la libertad de todo individuo de tal modo que termine allí donde empiece la libertad de los demás”. (14)

### Rawls

En el tema de la situación conflictiva debemos apelar a las circunstancias de la justicia en la posición original. Estas:

“...pueden describirse como las condiciones normales bajo las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria.” (15)

En una sociedad todos los hombres se comportan como en una cooperativa donde los beneficios serán mutuos. La vida en común dará mayores ventajas que si se viviera aislado. Sin embargo estos intereses entran en conflicto.

Las circunstancias se dividen en dos clases:

- objetivas: Las que tienen en común los individuos que viven juntos y simultáneamente, a saber: comparten espacio geográfico, poseen capacidades físicas y mentales semejantes y poseen riesgos comunes frente a otros. Están bajo la condición de escasez moderada, por ejemplo, respecto a recursos naturales y no naturales.
- subjetivas: sus planes de vida son diferentes y existe diversidad de creencias filosóficas y religiosas y de doctrinas políticas y sociales.

Todo esto lleva a situaciones conflictivas ya que las personas no están dispuestas a sacrificar sus intereses en pro de los demás.

Sin embargo estas circunstancias son las que dan ocasión a la virtud de la justicia.

“Así, la justicia es la virtud de la práctica allí donde existen intereses competitivos y cuando las personas se sienten facultadas para hacer valer sus derechos unas frente a otras.” (16)

Por lo tanto la situación conflictiva que se va generando al ir descorriéndose el velo de la ignorancia es realmente la condición natural y necesaria para dar ocasión al surgimiento de la justicia. Así:

“En una sociedad de santos en la que todos convinieran en un ideal común, si es que tal comunidad pueda existir, no habría disputas acerca de la justicia”. (17)

(\*) Comunicación presentada por la autora a las Jornadas de Filosofía, Historia y Teoría General del Derecho organizadas por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario.

(\*\*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) KANT, Immanuel, “Filosofía de la Historia”, trad. Emilio Estiú, Bs.As., Nova, 1964, pág. 117.

- (2) RAWLS, John, "Teoría de la Justicia", trad. María Dolores González, México, FCE, 1979, pág. 145
- (3) KANT, op. cit., pág. 119.
- (4) RAWLS, op. cit., pág. 169.
- (5) KANT, op. cit., pág. 121.
- (6) RAWLS, op. cit., pág. 170.
- (7) KANT, op. cit., págs. 122/3.
- (8) RAWLS, op. cit., pág. 170.
- (9) KANT, op. cit., pág. 124.
- (10) RAWLS, op. cit., pág. 293.
- (11) KANT, op. cit., pág. 43.
- (12) KANT, op. cit., pág. 44.
- (13) KANT, op. cit., pág. 45.
- (14) CASSIRER, Ernst, "Kant, vida y doctrina", trad. Wenceslao Roces, México, F.C.E., 1968, págs. 266/7.
- (15) RAWLS, op. cit., pág. 152.
- (16) Id., pág. 155.
- (17) Id.

## DE LA CORRUPTIO UNIVERSITIS

Ada Lattuca(\*)

La voz *corruptio-onis*, significa alterar, trastocar la forma de una cosa, depravar, dañar, podrir, echar a perder (*Diccionario de la Lengua Latina*, Luis Macchi, 6ºed., Don Bosco, Bs.As., 1966). Cicerón adopta, preferentemente, esta última acepción al referirse al capítulo de los Jueces de la Magistratura (sg. COSTA, Emilio *Il Giurisconsulto*, Zanichetti, Bologna, 1928). En el área penal es común su referencia para analizar la figura de quienes corrompen a niños, mujeres, parientes, en especial alrededor del siglo XVI, mientras que la legislación hispánica medieval comprende con aquel término y pena “... *de los que corrompen los siervos de otros haziendolos malos e de los malos peores*” (L.XXIX, t. 14, P.7).

- Si bien el término posee larga data su uso se ha tornado, en la actualidad, un referente común del ámbito político adquiriendo, con celeridad, *status universal*. Las denuncias sobre tal comportamiento que asombran al mundo agregan las más variadas denominaciones: concusión, cohecho, malversación y el casi consagrado patronímico de “*tangente*”, elegante creación del ingenio septentrional italiano para destacarlo del primitivo vocablo sureño “*mafia*”.

Sin embargo de aquella aceptación masiva, la aplicación del término corrupción no ha sido utilizado en el ambiente universitario con la misma extensión y frecuencia, apelándose a crisis cuando se subrayan sus aspectos disvaliosos y se puntualizan las alteraciones producidas en el seno de la Institución.

No obstante, es probable, que dicha terminología se adecue a la vigente situación universitaria producto de un histórico proceso en el que se confundieron y alteraron sus fines (ORTEGA Y GASSET, José. *Ensimismamiento y alteración*, t.7, pág.79) y se trastocaron las relaciones de ubicación y correspondencia entre sus protagonistas esenciales docentes y alumnos.

- En el devenir histórico argentino se puede inferir, merced a la vasta bibliografía circulante, la manifestación de explicaciones opuestas en la evaluación de los acontecimientos que lo conformaron. En líneas generales se exterioriza de manera, a veces velada, una pendular justificación de los hechos basados en una actitud hispanófila o anglófila, que disminuye cada vez más la tarea integradora por la cual aún espera ser estudiada la historia argentina. Con ello

se ahonda, cada vez más, la escisión de la conciencia jurídica política en el país y se alteran o disfrazan los ritmos de su verdadera historicidad (CIURO CALDANI, Miguel Ángel "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina". Publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, en Revista de la Universidad de Buenos Aires, 1983, vol. VI, págs. 21 y ss.)

- En las referencias al pretérito universitario se suele, ignorar, combatir o ensalzar lo concerniente al legado hispánico en la materia. La formación, con gravitantes influencias anglofrancesas-das en el sector académico, han producido oleadas de oposición y descontento al legado hispánico en la materia, aumentadas quizás, por el cariz inicial del paradigmático movimiento de la Reforma estudiantil en abierta contradicción con la "*claustral enseñanza cordobesa*" (SARMIENTO, Domingo, F. *Facundo*. Bs. As., Tor, 1938, pág. 63).

Sabido es que, en innumerables aspectos del acontecer argentino se ha desdibujado o sepultado el conocimiento de las fuentes hispánicas con el objeto deliberado de apresurar el desarraigamiento metropolitano abrevando, en otras, los orígenes de nuestra cultura. Sin que su referencia signifique la asunción de la postura inversa, fuerza es recordar los parámetros que condujeron la creación y funcionamiento de la Universidad de Salamanca (1220), "*tesoro donde proveo gobierno y justicia*" según gustaba decir Carlos V con el propósito de captar su idiosincrasia y establecer el grado de influencia de su ordenamiento que acreditó una asombrosa concepción moderna. (MERCADAL GARCIA, J., "*Estudiantes, sopistas y pícaros*", Espasa-Calpe, Bs. As., 1954).

La organización de estos Estudios que así se llamaban por ser, "*Ayuntamiento de maestros et de escolares que es hecho en algun lugar con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes*", fue creada según el ejemplo de la "*universitas scholarium*" de Bolonia. Las normas que estructuraron su funcionamiento concebían el trazado, ambientación y funcionalidad con una clara conciencia de la jerarquía de los mismos, así como su autonomía y autarquía, temas en los que se asientan aún, muchas de las reclamaciones universitarias. Quizás, resultaría probable obtener, plenamente, las últimas puesto que sobre "*calidad de vida*" en los recintos universitarios sería utópico, hablar en un medio con aulas superpobladas, deficientemente ventiladas en verano, o en exceso cuando apremia el rigor invernal. La ley II, título XXXI de la Partida 2 fijaba que, "*De buen ayre e de fermosas salidas deue ser la Villa do quisieren establecer el Estudio, porque los Maestros que muestran los saberes, e los Escolares que los aprenden, biuan sanos en el, e puedan folgar e recibir placer en la tarde cuando se levantaren cansados del estudio. Otrosí deue ser abondada de pan, e de vino, e de buenas posadas en que puedan morar e pasar su tiempo sin gran costa*". Es decir todo un programa donde se atendía el aspecto ecológico ambiental, incluido en un tipo de ciudad universitaria que nos recuerda a los "campus" de las universidades norteamericanas así como la recomendación para que pudieran aprender y morar "*sin gran costa*".

Sus protagonistas fueron los estudiantes quienes proveían al gobierno de la institución, ejercían el cargo de Rector, audacia incomprensible en nuestros días, y designaban a los docentes. La dedicación exclusiva de ambos estamentos tornaba el ámbito de los Estudios en un lugar común donde se debatían y aprendían los saberes. La función de impartirlos se asimilaba

a la labor de crianza, “que es crear alguna cosa de otra: e esta pueden los omes fazer por el saber” (1.1,t.XX,p.4) Al hilo de lo cual se establecía que el maestro debía nutrir al alumno porque, “enseñamiento es el que fazen los maestros a los discipulos, a que muestran su sciencia, o su menester, enseñandoles buenas maneras” (1.2,t.XX,p.4).

En América se erigió según este modelo la Universidad de San Marcos, en Lima (1555), si bien la complicada burocracia y los recelos coloniales recortaron la “inadmisible” independencia de la institución que se arrogaba, al igual que la salmantina su propio fuero. En la jurisdicción de la gobernación del Tucumán, la Compañía de Jesús implantó en 1614, “los Estudios Mayores o Universitarios”, en la ciudad de Córdoba sin la independencia y autonomía de la española, en un medio saturado de escaseces y penurias, y donde la infraestructura mínima poblacional estaba aún en germen. En tanto que el espíritu liberal e iluminista fascinado por el desarrollo de la cultura francesa “ideó”, en 1821 la Universidad de Buenos Aires bajo el modelo napoleónico en una etapa de desgarrantes luchas civiles, desgobierno, frustrados intentos constitucionales y ávidos deseos de dominación extranjera. Se importó el modelo francés pero sin la articulación que el sistema francés tenía con el Estado.

- Sin olvidar los movimientos huelguísticos universitarios producidos en las primeros años de este siglo, fue en 1918 el año del estallido de un conflicto que reclamaba por una reforma total en el gobierno, los planes y programas de los estudios superiores. La oposición se originó en Córdoba, ciudad que no acompañaba su ritmo académico con el correr de las nuevas ideas que estaban conmoviendo al mundo y continuaba, a porfía, en un sistema dogmático que definiera Sarmiento en la obra citada: “*La ciudad es un claustro encerrado entre barrancas, la ciudad es un claustro con verjas de fierro, cada manzana tiene un claustro de monjas o frailes, los colegios son claustros toda la ciencia escolástica de la Edad Media es un claustro en que se encierra y parapeta la inteligencia contra todo lo que salga del texto y el comentario. Córdoba no sabe que existe en la tierra otra cosa que Córdoba*” (Ver. Informe del dip. Juan B. Justo, elevado a la C. de Diputados, 24/07/1918). En jornadas memorables sus universitarios, con la positiva respuesta de los estudiantes de otras universidades del país, y el apoyo de partidos políticos, gremios, docentes y la aquiescencia del Presidente Hipólito Yrigoyen ondearon sus banderas de lucha por la autonomía, asistencia libre, periodización en la cátedra, superación de los meros fines profesionalistas, participación estudiantil en el gobierno, para cumplir con el principio: “*El porvenir del pueblo depende de la cultura y la moralidad de sus clases dirigentes y la universidad es la que forma, la que modela, la que orienta sus elementos conductores*” (Primer Congreso Nacional Estudiantil, discurso de apertura, 1918). Propósitos ya declarados en el Manifiesto Liminar dirigido a los hombres libres de Sudamérica, “*para la redención espiritual de las juventudes americanas*”.

- El ardor, la pasión de los primeros momentos se fueron entibiando a medida que el movimiento comenzó a ser instrumentalizado por el partido oficial de turno y sus fines, en parte, comenzaron a desvirtuarse, a corromperse con otros disvaliosos. De allí, que los teóricos de la problemática universitaria comenzaran a escribir acerca de la necesidad de una “reforma de la Reforma”.

Alejandro Korn, defensor a ultranza de aquellas jornadas de junio del '18 expresó con desazón, sin menoscabar su trascendencia histórica y continental, 15 años después: “*¿Cuál ha sido el resultado de ese movimiento con sus alternativas unas veces intensas y otras más apaciguadas?. Lo que ha conseguido es mantener la Universidad argentina en inquietud perpetua pero sin llegar a fecundar el anhelo de la Reforma Universitaria?*” (Quinto Congreso Nacional de Medicina. Actas y Trabajos. T.II, Pedagogía y Asuntos Universitarios, Pomponio, Rosario, 1934). Los participantes de esta importante reunión manifiestan la duda y otros la convicción que se estaban “*derrumbando*” los cimientos de una universidad nacida frágilmente, el reemplazo de nuevas cuestiones que no afectaban el fondo sino la forma de la institución y el acelerado “*pathos político*” que se apoderaba de ella la “*han convertido en un organismo burocrático que expide títulos*”.

En líneas generales, se reivindicó la autonomía de las casas de estudio y con ello se ahondó el aislamiento y el rol político de los universitarios que promocionó la politización e ideologización de los movimientos universitarios. Así, la función “*política*” de estos movimientos fue la que tuvo mayor resonancia en Argentina y Latinoamérica. “*Los modelos de pensamiento dominantes, racionalismo e iluminismo, positivismo e idealismo fueron asumidos sin un modelo cultural que asegurara la autonomía intelectual de las universidades*” (PEREZ LINDO, Augusto, “*Universidad, política y sociedad*”, Eudeba, Bs.As, 1985.)

La constante instrumentalización en que ha caído víctima la universidad es de tal magnitud, que su historia debe rehacerse acompañada con los ciclos y programas impuestos desde los niveles políticos oficiales. En líneas generales se ha dado el fenómeno que grupos políticos e ideológicos de la sociedad global se han dedicado, alternativamente, a apropiarse del patrimonio universitario cual “*bottín ideológico*”. (PUIGGROS, Rodolfo, “*Pueblo*”, Crisis, Bs.As., 1974, tb. FRONDIZI, Rizieri, “*La Universidad en un mundo de tensiones*”, Paidós, Bs.As., 1971). Ello es cierto para la universidad argentina y también para la del Litoral de la cual dependían las facultades de la ciudad de Rosario hasta el '68 en la que se creara, en pleno período de la “*Reconstrucción Argentina*”, la Universidad Nacional de Rosario. En su breve existencia ha debido desarrollar, sin embargo, los avatares de unos mandatos presidenciales- de facto o constitucionales- que quisieron imprimir, el espíritu del orden para erradicar de su seno la subversión; la proclamación del retorno a la temática populista, donde los claustros fueron tribunas de excesos de izquierdas y derechas y la voz de mando sería el impuesto por la “*reconstrucción universitaria*” o la “*restauración del orden*” según proviniera del ministro Taiana o Ivanissevich. El enfrentamiento de “*tirios y troyanos*” alteró también la labor científica y los programas de investigación, especialmente en el área de las ciencias sociales, que debieron abordar, compulsivamente la temática específica de la nueva realidad nacional. Quienes no se alineaban corrían, en gran medida, el riesgo de no atravesar las horcas caudinas en la aprobación de los Informes anuales elevados al Consejo de Investigaciones. Desde la preocupación por los movimientos latinoamericanos y de los países no alineados, hasta las protestas obreras, el desabastecimiento o la inflación, todo cabía en el generoso cuerpo universitario mientras se sucedían renuncias o cesantías, huelgas y asambleas para las que “*recomendaba*”, el delegado estudiantil, se suspendieran las clases con el propósito de asegurar

una mayor asistencia de sus pares.

El disloque universitario se consumó en momentos que el terrorismo de estado se apoderó del gobierno, en 1976, cumpliéndose así la última etapa de la constante histórica y social padecida por la universidad argentina y que se inicia con la intolerancia ideológica, sigue por el terrorismo y la exclusión y finaliza con el terrorismo de Estado. El vaciamiento científico argentino fue tal durante aquel período que el Presidente de la Comisión de Investigaciones Científicas, doctor Alberto Taquini declaraba a la prensa que el éxodo científico se había detenido porque la comunidad científica ha quedado reducidísima y los que quedan permanecen y no están dispuestos a irse "*por miles de razones*". En realidad, alguna vez debería abordarse la real situación de los que debieron quedarse, por esas miles de razones desafiando las angustias e inestabilidades permanentes y que sin embargo, el juicio de una microhistoria, quizás intencionada, los integra a la extendida denominación: "*los del Proceso*", sin advertir ni conocer los ejemplos de muchos docentes e investigadores comprometidos a no resignar el deber ser de cada uno frente a la presión que ejercieron en ellos.

- Con el retorno de la democracia, en 1983 se produjo, como primera medida la intervención a las universidades, en la de Rosario, se designó en tal carácter al doctor Artemio L. Melo y, salvo excepciones, en el resto de las universidades argentinas y en el espíritu del decreto que las produjo- nº 154/83, fue caracterizadamente radical. Se postuló también en él un regreso a los principios de la Reforma. Se inició una febril actividad "*revisora*" de los nombramientos, debidos a la etapa precedente, se intentó su impugnación masiva si bien, luego de largas discusiones y de superar la presión de los centros estudiantiles se acordó realizarse en los casos "*puntuales y fundados*". La representación mayoritaria del estamento estudiantil recayó en Franja Morada, de tendencia radical cuya primacía, según los últimos comicios, se mantiene en casi todas las facultades de la Universidad de Rosario.

El proceso de normalización tuvo como respaldo un Reglamento de concursos que despertó no pocas oposiciones debido al magro porcentaje asignado para antecedentes y tarea científica, en un 30%, lo cual comportó la desnaturalización de los atributos que el docente debe poseer para aspirar a una cátedra. Asimismo, al decretarse la superación del sistema de control ejercido desde el '76, se abrieron las compuertas del ingreso irrestricto y los órganos de gobierno avanzaron más aún que la Reforma al establecer su integración con delegados del sector de los no docentes.

- Una referencia a la vida de la institución universidad deberá comprender en su análisis todos los componentes que contribuyen a considerarla como tal. Sin embargo, y con el riesgo de que la selección de algunos aspectos pueda significar su mutilación, abordaré el tratamiento de uno de ellos por considerarlo esencial en la conformación del espíritu universitario y cuya alteración y quizás corrupción resulta en estos momentos un síntoma preocupante: el docente y el alumno en una función integradora y coadyuvante del proceso de formación universitaria.

Hace más de tres siglos Bacon subrayó como elemento necesario para el progreso de las ciencias que los profesores fueran los más hábiles y suficientes, "pues están ordenados para

engendrar y propagar las ciencias, no para uso transitorio". Henrich Becker denunciaba, en 1920, todo docente universitario que se limite a ser un simple repetidor de conocimientos debe ser excluido de la universidad. Julio V. Gonzalez clamaba por las personas doctas y no doctores titulados, en tanto que el profesor Juan T. Lewis incitaba, en 1930, desde su cátedra en la Facultad de Medicina de Rosario, a cultivar las relaciones continuadas, permanentes, entre maestros y discípulos basadas siempre en la verdad, requisito que no podía cumplirse, "Mientras los profesores sean, como hasta ahora, profesores que ejercen la docencia al margen de sus actividades, profesores improvisados sin una comprensión cabal de su misión, ningún sistema dejará de tener defectos" (Quinto Congreso...cit). De donde se infiere la importancia de la capacidad, la creatividad y la permanencia continuada.

No resulta infrecuente advertir los denodados esfuerzos de algunos profesores universitarios, empeñados en distribuir, no siempre equitativamente, el tiempo de sus variadas ocupaciones docentes y profesionales, corriendo el riesgo que comporta el priorizar una en desmedro casi siempre, de la otra actividad. En tanto, los alumnos esperan pacientemente se desocupe de sus obligaciones que, en suma, le reditúan un beneficio varias veces mayor al producido en sus labores docentes. Tal dispersión de esfuerzos no resulta privativa de un sólo ámbito, puesto que en diversas facultades se han comprobado similares falencias las que sumadas a un "dilettantismo" verdaderamente audaz brindan, a veces, una imagen distorsionada y corrompida de la que debe asumir el docente y que ha resultado, a veces, la causa de censura y repudio fundado de los estudiantes.

Además cabe señalar, en algunos casos, la incomprensible indiferencia que anima a algunos docentes en el desarrollo de tareas muy específicas como son las relativas al denominado Ciclo Básico en la Facultad de Derecho. Los altos fines que motivaron su creación en 1984 se hallan, en gran parte, desvirtuados. Se manifiesta en cambio una ausencia programática unívoca, que debería funcionar como elemento aglutinante en la evolución de los objetivos a alcanzar. Es necesario comprender que el Ciclo Básico debería funcionar como una verdadera propedéutica al estudio del Derecho y, por ende, la vinculación entre las diversas cátedras debería ser armónica. Ello no significa "homogeneización" o uniformidad de las ideas sino unicidad de criterios en los requerimientos que su estructura requiere. Cuando tal función se desconoce o se ignora, el Ciclo Básico se convierte en un empeño frustrado, siempre que en su desarrollo se aplique una metodología similar al resto de las asignaturas que integran la currícula de la Carrera por cuanto, precisamente, a este Ciclo le compete el centrar el interés en la estructura del campo de la Carrera. (V. CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Notas para una axiología de la Universidad" y "Sobre la introducción a los estudios universitarios", en "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t.I, F.I.J., Rosario, 1982, págs. 236 y 245). Probablemente, la superación de tal estado de cosas podría superarse con una "afiatada" organización y funcionamiento de los Departamentos que, lamentablemente, en muchos casos padecen de ciertas fallas estructurales o se convierten en una entelequia.

Suele creerse que la improvisación y el "reclutamiento" como defectos universitarios se han desterrado merced al sistema de concursos, sin embargo, lamentablemente, ha contribuido, en algunos casos a otorgar una especie de "bill de indemnidad oficial" a ciertos profesores con

limitadas calidades científicas y quizás con un gran poder político. El Ministro de Educación Pizarro advertía, en 1881, lo peligroso de mantener la enseñanza superior bajo la influencia y control de los poderes públicos porque afectaba la independencia absoluta en la especulaciones de ese orden, el espíritu de la investigación libre y exento de trabas con que lo liga la intervención oficial.

Un destacado profesor, el doctor Rafael Bielsa, solía decir a sus alumnos: El valor de una universidad depende del valor de su cuerpo docente, la excelencia de éstos da el grado de perfección y sus defectos ocasionan los mayores y casi todos los males de la universidad. Claro está que, en la medida que no pueda ella atraer y sí expulsar a sus profesores debido a ciertos problemas congénitos, la universidad continuará convertida en una institución dispensadora de títulos profesionales. La dignidad y excelencia del cuerpo de profesores que deben ser necesariamente investigadores para no caer en el oficio de repetidores, se ha buscado desde la época colonial. En las Actas del Cabildo, del siglo XVIII, se refleja la preocupación por lograr maestros que “*lucieran*” alta capacidad. Pero todo ello va unido a un programa, a una verdadera y continuada política cultural y científica en la que el docente sea valorado y remunerado razonablemente para poder desempeñar, adecuadamente, sus funciones específicas como maestro e investigador. “Nadie es universitario si no investiga, y el investigador de carrera es sólo quien vive ese despliegue de la vida universitaria como una vocación especial” (CIURO CALDANI, Miguel Angel. “*Estudios de filosofía jurídica...*” cit., pág. 239).

Un motivo de preocupación aportaría el hecho de comprobar la reducida proporción de profesores con dedicación exclusiva en el seno de la Universidad Nacional de Rosario, hecho extendido además a numerosas universidades del país. Lo cual nos induciría a analizar, en futuros estudios si ello se debe a la carga de responsabilidades emergentes de tal situación o a la escasa atracción que ejerce su remuneración comparada con la percibida en la ocupación profesional del docente.

Según los datos proporcionados, gentilmente, por el personal de la Dirección de Estadística Universitaria, se advierte que: del total de docentes de la universidad cuyo número ascendía en 1988 a 5.413, un 7,16 % figura en categoría exclusiva, con 388 docentes de los cuales 99 son profesores titulares y el resto en las subsiguientes, desde profesor asociado a auxiliares de 1ra. Mientras que para el año 1992, sobre 5.777, el porcentaje descendió a 6,73% (Boletín Estadístico, nº 38, marzo 1993, cuadro nº 2. No se consideró el rubro, “Otros docentes” porque no se especifican en él las categorías)

Siempre teniendo en cuenta ambas fechas, la comparación con las dedicaciones simples arroja notables diferencias: del total de docentes para el año 1988, es decir, 5.413, 3.752 corresponden a esa dedicación, un 69,31 %, de los cuales 538 son profesores Titulares (14,33%) y 3214 (85,66 %) ingresan en las categorías restantes más Auxiliar de 2da. En tanto que para el año 1992, de los 5.777 la categoría se halla integrada por 3.931 docentes: 567 Titulares y 3.364 el resto.

Siempre para el año 1992, tendríamos según dedicación y categorías, una marcada superioridad de Jefes de Trabajos Prácticos.

	Exclusiva	Media	Simple
Prot. Tit.	106	335	567
Asoc. Adj.	134	341	867
Aux. Ira.	49	182	893 (y Aux. 2da.)
J.T.P.	100	599	1.604

Mientras que si apreciamos, el personal docente, las dedicaciones exclusivas por facultades y comparamos con el nº de alumnos (nuevos inscriptos y reinscriptos) tendremos, en orden decreciente:

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Tt.doc:	989	873	685	499	333	331	320	314	216	196	191
D.Excl:	67	75	15	6	7	7	10	10	57	95	25
Nº Alum:	9828	3520	3500	8173	2109	1785	2859	3396	1394	3889	642

En tanto que en Derecho la relación es: 453- 3- 7853 para cada ítem señalado.  
 Ref.: Medicina(1), Exactas(2), Humanidades(3), Económicas(4), Odontología(5), Políticas(6), Arquitectura(7), Psicología(8), Agrarias(9), Bioquímicas(10), Veterinaria(11).

*Fuente:* Boletín Estadístico, nº 38, cit., cuadro nº1.

Una rápida visión de las cantidades estaría marcando, en algunas facultades, un crecido número de docentes respecto de la población estudiantil. De donde, tendríamos la situación “ideal” de un docente para 5 alumnos. Quizás, este sobredimensionamiento obedezca, a un nuevo enfoque metodológico de la enseñanza personalizada.

- Hacia 1983 se desterró de las universidades el sistema de cupos y el régimen del Curso de Ingreso, establecido por las autoridades militares en el gobierno nacional que resultó un paliativo distorsionado debido, en gran parte a la brevedad del tiempo asignado y la circunstancia de ser único.

Hacia 1975, la U.N.R. tuvo la primera experiencia de ingreso masivo con 10.000 alumnos- se inició con 3.000- según lo establecido por la restauración del gobierno populista, cifra que se redujo en el período de los militares a los niveles originarios. La vuelta al gobierno democrático en el '83 produjo un nuevo incremento llegando al punto de inflexión en el '85 con 14.000 ingresantes, producto del arrastre de aquellos que no pudieron ser incluidos como tales en los años de la dictadura militar. A partir del '90 su número tiende a estabilizarse en torno a los 12.000, llegando en el '92 a 12.598, alumnos. El total de su población universitaria, considerados los nuevos inscriptos y los reinscriptos, asciende a 48.948 estudiantes (*Boletín...* cit, nº37, D.E.U., diciembre, 1992).

Tal superpoblación se aloja en insuficientes y a veces precarias instalaciones, excepto las facultades de Arquitectura, Psicología y Ciencias Políticas, si bien en esta última sus investigadores informan sobre la carencia de adecuados espacios para desarrollar sus tareas específicas. Carencia

compartida, sin embargo, por sus pares de otras facultades.

No obstante, a fuerza de ingenio y buena voluntad se procede a “*calzar*” en su ámbito a todos los que manifiesten vocación de inscribirse en ellas. De allí, el espectáculo no muy placentero de clases con un hacinamiento increíble, a tal punto desbordadas que se advierte la presencia, frecuente, del “*alumno-pasillo*”, desafiando las inclemencias del tiempo, empeñado en aguzar su capacidad auditiva para escuchar algunas deshilvanadas frases de un docente que no llega, desde su incómoda posición, a divisar. Cabe señalar, además, que los padecimientos de estas fallas estructurales- y vaticinadas desde las primeras décadas de este siglo para la U.N.L.- motivan las quejas de los alumnos ya ingresados revirtiendo así, su originaria opinión cuando eran postulantes.

Claro está que el término cupo conlleva en la comunidad universitaria la calidad de antidemocracia, simplificando con ello, apresuradamente, la cuestión. La estipulación del “*numerus clausus*” funciona, de hecho y de derecho, en todas las universidades del mundo capitalista y socialista, o comunista aplicándose en Estados Unidos y Cuba, en Bélgica, Rusia y Japón, entre otros países, claro que ello va unido a una actividad y presupuestos programáticos de los cuales se carece en la mayoría de las universidades latinoamericanas. El principio del ingreso irrestricto parece ser el menos injusto, al evitar que un solo examen ampute la sincera y decidida vocación de un futuro alumno. Sin embargo, no se puede ignorar por más tiempo, la problemática que un sistema abierto origina para los mismos recipientes del proceso educativo.

Se debe señalar que, en parte se han intentado morigerar los inconvenientes suscitados por la masividad del ingreso universitario implementando, en casi todas las facultades de la U.N.R., Ciclos Introductorios con el objeto de producir una nivelación de los ingresantes cuyo grado de conocimiento sobre cultura general es muy dispar y cada vez más deficiente. Tal carencia se apuntaba ya, en los sucesivos Congresos Pedagógicos organizados por la U.N.L., en la década del '30 y se advertía la escasa preparación del alumno para los estudios universitarios. Es de esperar que estos Ciclos continúen en la medida que ellos tiendan a suministrar, en especial, al ingresante una base formadora porque cada paso que dé en su vida será a favor o en contra de la realización particular de la humanidad que le toca concretar.

En general, los estudiosos de las cuestiones universitarias señalan la presión demográfica como factor estimulante en el crecimiento de la población estudiantil superior que, es sabido, ello no resultaría aplicable a la realidad argentina. Quizás habría que buscar en la relación surgida entre el menor nivel de ocupación de la población económicamente activa y la tasa de crecimiento de la población en edad económicamente activa, cuyo resultado daría, muy probablemente, la búsqueda de una actividad para enmascarar la situación de real desocupación, sin minimizar, además, la búsqueda de rédito social que aún significa el ser universitario.

Luego, se podrían analizar algunos indicadores y a través de ellos, los resultados que aquella masificación está produciendo en el seno de la comunidad universitaria, referidos también, en parte, a la Facultad de Derecho en la medida que se posean los datos pertinentes. Se señalarán los siguientes indicadores: número de graduados, de alumnos pasivos, que trabajan y sus edades.

Los datos relativos al nº. de graduados arrojan para el año 1991, la cantidad de 1.984 para todo el ámbito universitario, en tanto que en la Facultad de Derecho se obtienen los siguientes guarismos:

AÑOS	GRADUADOS
1985	183
1986	181
1987	181
1988	197
1989	223
1990	199
1991	215
1992	199

Si se considera como período normal de duración de la Carrera seis años se infiere que de los inscriptos en 1985 se recibieron en 1990, 199, es decir un 9%, mientras que tal relación para los del año 1986 estaría dada por 215 graduados, un 12,15%. Claro está que ello sería lícito determinarlo con exactitud si los inscriptos en aquellos dos años hubieran permanecido el tiempo estipulado. Ocurre que el sistema de reinscripción altera tales cifras por el efecto lógico de arrastre. Esta obligación anual no aportaría un verdadero estado de la cuestión, tanto referido a los graduados como al número real de estudiantes considerados en la categoría de Activos. A través de los datos proporcionados anualmente por el alumno, y según las facultades, se obtiene información, además de otros aspectos, sobre el estado socio cultural de los progenitores, la ocupación actual del estudiante por rubros y carga horaria, la clasificación de sus estudios secundarios y año de ingreso. En otras facultades el requerimiento es más limitado. Nada se menciona acerca de cantidad de materias cursadas o rendidas. Sin embargo los datos se utilizarán para determinar, junto a los nuevos inscriptos, la dimensión de la población universitaria Activa aunque su presencia en el ámbito de una facultad se limite a visitas esporádicas o cuando le anime la intención, repetida año a año de reinscribirse (o reempadronarse). Si bien, tal obligación es imprescindible para continuar normalmente- o algún día reiniciar- los estudios y para emitir el voto en los actos eleccionarios estudiantiles. Luego, tal sistema habilitaría a pensar en un especial servicio cumplido en la universidad cual sería el de "*"universidad parking"*".

De todos modos se podrá convenir que ello configura una situación bastante atípica en el contexto de la comunidad universitaria internacional y un derroche de tiempo y material repetido todos los años.

TOTAL	ALUMNOS	NUEVOS INSCRIP.	REISNC.	NO REINSC.
U.N.R.:	48.948	12.598	36.350	13.817
DERECHO:	7.853	1.690	6.163	2.484

*Fuente:* Boletín...ibídem.

También resultaría atípica la edad de la población universitaria. Se considera la escolarización universitaria más allá de la edad 18-24 como síntoma de retraso, lo cual, según las siguientes cifras, darían esta tendencia en la U.N.R. con el agravante de hallarse, a partir del año 1985 una aceleración en la componente 30 o más años, y por ende un alargamiento en los años de estudios. De donde podría pensarse en una nueva función de la universidad como centro de educación permanente o de "colectora" de aspiraciones y vocaciones frustradas en la etapa juvenil. Tomando en consideración el año 1991, y sumando los alumnos cuyas edades oscilan entre 25 y más de 30 años, el porcentaje está en torno del 21 % - 10.096 sobre 49.755 - con una superioridad para dicho año del estudiantado femenino. El avance del sexo femenino es constante y adopta en su comportamiento las siguientes modalidades, según las facultades. En Derecho, Cs. Médicas, Políticas y Odontología, mayoritario elemento femenino. En Psicología, Humanidades y Cs. Bioquímicas esa superioridad lleva los más altos porcentajes respecto de los varones: 78% y 22%; 70% y 30%; 68% y 32%, respectivamente. Mientras que en Cs. Económicas se igualan, en Cs. Exactas, Agrarias, Arquitectura y Veterinarias su porcentaje es menor, siendo el más bajo de todos el de la primera: 88% varones y 12% mujeres (Información Estadística, Secretaría General, D.E.U., 1992, págs. 34 y 35).

- Para la variable, estudiantes que trabajan se ha consultado el excelente trabajo titulado: "*Perfil social de los estudiantes de la Universidad Nacional de Rosario*" de Moscoloni, N.; Conti, O.; Tuttolomondo, I. y Meinardi, B; Dirección de Estadística Universitaria, octubre, 1992. En el mismo se concluye que la relación de alumnos en esa categoría, es para la U.N.R. de un 44% respecto del 56% de los que no trabajan y que siempre figuran en la categoría de Activos.

Las facultades donde predominan los alumnos que trabajan son: Cs. Económicas, Derecho, Humanidades y Artes y Psicología, debido a que su estructura académica y horario permiten el alumno libre. De los que trabajan, algunos son casados, proceden de la ciudad de Rosario o zonas aledañas, alguna vez fueron pasivos y alargan la duración de sus Carreras.

Es decir, si se considera la situación de pasividad, el riesgo de abandonar estaría relacionado con el nivel socio económico familiar y afecta, por ende, a los alumnos de menores recursos. Cabe aclarar que el mayor número de deserciones se produce durante el primer año. En Derecho, ingresaron en 1990, 2.053 alumnos y abandonaron al año siguiente, un 42%. No siempre resultaría único factor la carga horaria de sus respectivos empleos, aunque predominante, en la deserción operada. En otros casos obedece a la falta de interés y definida vocación por los estudios o a la dispersión, en la organización de sus tareas, al participar, simultáneamente, en dos facultades. El índice de pasividad estaría dado en las siguientes proporciones, a partir del año 1985:

#### Pasividad en el primer año\*

Facultad	Años					
	1985	1986	1987	1988	1989	1990
Derecho	43%	43%	48%	47%	45%	46%

\* El índice de pasividad, en primer año significa la relación porcentual entre los alumnos que por algún motivo no continúan estudiando al año siguiente (no reinscriptos), respecto al número de ingresantes del año. La relación es dentro del mismo grupo de alumnos (Información Estadística. cit., págs., 49 y 53).

Los datos aportados, "...ponen de manifiesto una de las situaciones dramáticas que vive la U.N.R. desde hace bastante tiempo cualquiera sea el ingreso, restricto o irrestricto, el abandono resulta alarmante y el porcentaje de egresados escasos" (Perfil...cit., pág. 30. V. TEDESCO, Juan C., "Calidad y democracia en la enseñanza superior: un objetivo posible y necesario", FLACSO, Bs., As., 1985).

Todo lo cual estaría señalando un apreciable grado de deserción que implica, sin duda, un alto porcentaje de frustración personal y de esfuerzo e inversión educativa malgastada. La anómala situación llevaría a señalar dos factores principales en su producción: la deficiencia - o carencia total- de mecanismos que permitan el estudiante de tiempo completo y la relación con el mercado del empleo. En el fondo, se repite, quizás, como una constante la incapacidad o inhabilidad para aprovechar socialmente la producción de conocimientos, convirtiendo a la universidad más que en productora de desarrollo en productora del subdesarrollo.

En síntesis la comunidad universitaria padecería de una "disfuncionalidad" crónica. Docentes sin dedicación plena, carentes de tareas de investigación, remuneración inadecuada, distribución no equilibrada según algunas facultades respecto del número de alumnos, masificación estudiantil, alarmante número de abandonos, elevada proporción de alumnos que trabajan, egresos limitados. La explicación a tantas alteraciones se justificaría, apresuradamente, apelando al argumento del escaso recurso presupuestario. Sin embargo, es preciso señalar que sus valores ajustados a precios constantes en el año 1993 ha sido de 70 millones de pesos, superando en 15 millones al del año anterior. De lo cual, aproximadamente, más del 90% se aplica al pago de sueldos.

Persiste pues, en el área universidad un alarmante derroche de recursos humanos en una institución que aún no ha podido armonizar, adecuadamente, su organización para servir al progreso socioeconómico ni como medio para el avance del conocimiento científico pleno. Es de desear que en un futuro próximo la universidad y en ella la facultad de Derecho, sensibilicen su orientación para que se conviertan en un verdadero "ayuntamiento de maestros et de escolares" para no continuar a la deriva ni alimentar la corrupción de sus fines.

Además debe señalarse, en muchos casos, la falta de asunción por parte de docentes y estudiantes del compromiso histórico que significa la Universidad. Este compromiso, expresa Pérez Lindo, es una cosa diferente de la agitación corporatista de los estudiantes o la movilización ideológica en torno a propuestas partidistas. El compromiso de toda la comunidad universitaria debe ser un vínculo de solidaridad y de servicio con el pueblo en general, con la sociedad, con la nación.

(\*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario

## APORTES PARA LA JURISTICA SOCIOLOGICA DE LOS MODELOS JURIDICOS (\*)

Alfredo Mario SOTO (\*\*)

Se ha sostenido, en varias disciplinas, como por ejemplo en Economía y en Lingüística, que las explicaciones de los fenómenos producidos en ellas por la llamada "mano invisible" (inflación, cambios del lenguaje, etc.), son parcialmente causales y parcialmente finales. Es decir que, además de los fenómenos naturales (que se explican causalmente) y los artificiales (que son el resultado de acciones humanas dirigidas a un solo fin), existen fenómenos de un tercer tipo o clase, que son productos causales de intenciones humanas, pero no dirigidos a la producción de tales resultados, esto es, se manifiestan como la acumulación causal de las consecuencias de acciones intencionales. Así, su semejanza con los fenómenos naturales se da porque se explican en términos de causa-efecto, y se parecen a los fenómenos artificiales pues son el resultado de acciones humanas, incluyendo por supuesto la acción humana racional. Tales serían, en definitiva, los fenómenos a los que se refiere la explicación de la "mano invisible", cuyo proceso se estructura, en resumen, de la siguiente manera: hay un micro nivel en que los individuos tratan de comunicarse bajo ciertas condiciones llamadas ecológicas; dichas acciones intencionales, mediante la "mano invisible", provocan consecuencias causales sobre el lenguaje, que se mantendrán mientras las condiciones ecológicas no cambien y la estructura preferencial de los operadores del lenguaje permanezca (1).

Así también, en el Derecho, al lado de las distribuciones de la naturaleza (causales) y de las adjudicaciones provenientes de hombres determinables, o sea, los repartos, están las distribuciones por influencia humana difusa, que se asemejan, por cierto, a los fenómenos de la llamada mano invisible. Cabe agregar que existen además las distribuciones del azar, regidas por la casualidad (la causalidad no descubierta). Destacamos, obviamente, que el núcleo de las adjudicaciones jurídicas está constituido, para el trialismo, por los repartos (donde el hombre conduce), mientras que el unidimensionalismo sociológico entiende que el Derecho es un fenómeno natural, causal, y, por el contrario, el unidimensionalismo normológico afirma que dichas relaciones no pertenecen al Derecho (2). Es dable recordar asimismo la inclusión del Derecho dentro de la categoría de los objetos culturales (con un sustrato y un sentido), más precisamente los objetos egológicos, por la teoría homónima (3), que remarca de esta manera que lo jurídico se identifica con la conducta humana.

A la explicación mencionada en el primer párrafo se ha sumado el funcionalismo,

entendiéndose por tal la idea de un subsistema, que tiene una función dentro de un sistema que a su vez tiene una finalidad. Es precisamente la persecución de la función del subsistema, la explicación de tal finalidad. La estructura que se genera es una consecuencia de acciones humanas que no estaban dirigidas, sin embargo, a generar dicha estructura. Su aplicación en el lenguaje y en los cambios del mismo se ha desarrollado a partir de la comprensión del hombre como un sistema, es decir, un organismo humano que persigue el suceso o la supervivencia social y esto dependería del lenguaje, que trata de influir. Esto último, o sea, la función que tiene el lenguaje de influir, ha sido objetada pues la explicación funcional individual no encuadraría en el ámbito del lenguaje. Este, se afirma, es un fenómeno social que no tiene por fin influir (ninguna sociedad podría influir más que otra por su lenguaje), sino que trata de hacer más expeditiva la comunicación. Más bien, la fórmula funcional individual satisfaría la comprensión, quizás, de los cambios del lenguaje, pero no, se reitera, el lenguaje en sí.

Así como los fenómenos de la llamada "mano invisible" se explican por ejemplaridad y por la influencia psicológica, en el Derecho merecen atención los modelos jurídicos (4), que son modelos ético-funcionales que comprometen la realización de valores en un tiempo y espacio determinados, es decir, que son operativos y no meros esquemas ideales, cuyo proceso estructural es similar al descripto más arriba en cuanto a los cambios del lenguaje. Se sugieren, mediante un mecanismo psicológico, proposiciones normativas con el propósito de influir sobre la conducta de los destinatarios y a su vez son instrumentos aptos para superar la causalidad y la finalidad objetiva y subjetiva de la jurística sociológica, confiriendo valor paradigmático a una estructura normativa dada. Estamos, de esta manera, en presencia de fuentes formales para el desenvolvimiento de la ejemplaridad, con el esquema modelo-seguimiento.

Otra semejanza de los modelos jurídicos con el fenómeno funcional de los cambios del lenguaje se daría por la importancia que adquiere por ejemplo la semántica jurídica en cuanto a las mutaciones en sentido temporal de las reglas de derecho. No obstante lo manifestado en el segundo párrafo, la espontaneidad propia de las distribuciones jurídicas no es acentuada por los modelos jurídicos que, en cambio, destacan la conducción característica de los repartos.

(\*) En base a la comunicación presentada por el profesor José Pinto de Lima (Facultad de Letras de Lisboa) al Congreso Europeo de Filosofía Analítica, llevado a cabo en Aix-en-Provence (Francia) del 23 al 26 de abril de 1992. Puede verse el abstract de la comunicación "Functionalism in invisible-hand explanations of language change" en Abstract del ECAP (1st European Congress of Analytic Philosophy), pág. 72. El autor ha tomado en cuenta y agradece las observaciones hechas por el profesor portugués.

(\*\*) Becario externo del CONICET.

(1) KELLER, Rudi, "Invisible-Hand Theory and Language Evolution", en "Lingua", North Holland, vol. 77, 1989, págs. 113/127. Quizás lo expresado en el último párrafo pudiera asemejarse a los principios de justicia de que habla John Rawls, los cuales se conciben en una situación imaginaria en la que individuos autointeresados y bien informados, aunque ignorantes del concreto lugar que ocupan en el mundo, se ponen de acuerdo sobre aquéllos. Puede verse al respecto RAWLS, John, "A Theory of Justice" 10a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980. Mas como esto escaparía a los objetivos de este trabajo, lo dejamos planteado para desarrollos futuros.

- (2) Acerca del trialismo y las nociones expuestas, pueden v. GOLDSCHIMDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a.ed., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, FIJ, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986.
- (3) Sobre la Egología ver 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; "La "causa" y la comprensión en el derecho", 4a.ed., Bs. As., Juárez, 1969; "El derecho en el derecho judicial", 3a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963; CUETO RUA, Julio César, "Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University, 1981; "Métodos judiciales de Interpretación del Derecho", trad. Clío Luciano Ciliberto Infante, en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°8, págs. 37 y ss.; "La Egología", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario", Nos. 7/9, págs. 68 y ss.
- (4) En relación a los modelos jurídicos, puede verse REALE, Miguel, "O Direito como Experiencia", São Paulo, Saraiva, 1968; "Teoría de las fuentes y de los modelos jurídicos", trad. J. O. Chiappini, en "Zeus", entrega diaria, 13-3-87, pág. 5; nuestro "Los modelos jurídicos en la complejidad pura", en "Investigación y docencia", N°5, Rosario, FIJ, 1988, págs. 39 y ss.

## IDEAS EN TORNO A “EL EXISTENCIALISMO” DE NORBERTO BOBBIO(\*)

Alfredo Mario SOTO (\*\*)

1. En esta obra que sirve de punto de partida a nuestro comentario, el autor señala que el pensamiento filosófico decadente de nuestro tiempo se manifiesta sobre todo bajo dos formas: a saber, el decadentismo, con el que se acepta y se exalta la crisis y por otro lado el manierismo que consiste en la utilización de formas retóricas, con las que la crisis se cubre de abstracciones (1). Podríamos decir al respecto que dos de las corrientes filosóficas predominantes en nuestra época, esto es, la filosofía analítica y el movimiento crítico, corresponderían respectivamente al manierismo y al decadentismo, pues la primera se abstrae de la crisis y la segunda se disuelve en ella (2).

Bobbio sostiene que el pensamiento decadente asume posturas antinaturalistas y antipositivistas (3), mas nos parece, junto a varios autores, que no obstante, por un lado, la filosofía analítica al dejar entrever la posibilidad de existencia de un mundo del que, de todos modos no se puede hablar, esconde cierto jusnaturalismo (4), y por su parte, el movimiento crítico, según hemos afirmado en otro trabajo, se acerca bastante a lo que se ha dado en denominar positivismo ideológico y metodológico o conceptual (5) de acuerdo a la terminología del mismo profesor italiano cuya obra inspira estas reflexiones (6).

Continúa el autor destacando la cualidad esotérica de la cultura decadente (y con ella del existencialismo) al ser hermética, esto es, cerrada, debido al “andamiaje” conceptual que es, de todas maneras, vital. Dice Bobbio: “la oscuridad del existencialismo no es una oscuridad fortuita sino deliberada, y deliberada por ser necesaria” (7). Nos parece que asimismo el trialismo participa, no de la filosofía decadente, claro está, sino de la conceptualización de una teoría con categorías propias muy significativas que constituyen su eje. Pretender, quizás, simplificarlas, desnaturalizaría el núcleo central de aquélla so pretexto de su más amplia difusión y comprensión (8).

Otra idea que nos mueve a profundizar sobre ella, es la de que tanto el individuo o la corriente de pensamiento que se disuelve en la crisis como el que se hace hereje o rebelde (consagrándose como una excepción) no resuelven la crisis sino que la corroboran (9). En verdad, tanto lo banal como lo excepcional (el caso del idealismo, por ejemplo, que se aparta de lo concreto) se aíslan en lugar de transformarlo todo en comunión con los demás.

Por lo demás se señala en la obra la diferencia tradicional entre el “existencialismo”

espiritualista, más personalista (en la vertiente francesa, de Gabriel Marcel, por ejemplo) y el laico (vertiente alemana, Heidegger, Jaspers), subrayando, por otra parte, que no obstante presentar un marcado individualismo, lo que aporta un argumento más a la prueba de su postura decadentista (10) el personalismo puede ser espiritual (cuando toma al individuo como tal y éste recibe su valor de afuera -Dios) o laico (cuando el individuo en sociedad recibe porque da - historicismo). Ciertamente, concluye Bobbio, que el genuino existencialismo es el laico, pues no puede ser personalista (11). Al respecto cabe recordar las fórmulas de integración de las tres dimensiones jurídicas señaladas por Goldschmidt, vale decir, la idealista genética y la realista genética, la primera con sus vertientes antropológica (existencialista o historicista) y teológica y la segunda con su perspectiva creacionista cristiana o sin ella (12).

2. Abordando ahora un tema específico de Filosofía del Derecho Privado, y en particular, el tema del principio general de la aplicación integral del derecho extranjero y el sistema jurídico (13), nos parece que la justificación de la aplicación de este último podría fundarse, en parte, en el existencialismo, ya que se daría entre el “yo” y el “otro” una comunicación existencial (más bien diríamos coexistencial) en que el otro (derecho extranjero) no es un medio, un objeto, un instrumento del yo (*lex fori*) sino que se realiza él mismo. En realidad la *lex fori* no se degrada, por el contrario se integra con el derecho extranjero recíprocamente sin perder, obviamente, cada uno su particularidad. Se asegura de este modo el reconocimiento cabal tanto del derecho propio como del extranjero. Recordemos en este sentido que Goldschmidt en principio se basó precisamente en la vertiente coexistencial jurídica representada por la egología para sostener su “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado” (14).

Por último, y ahondando en el problema del sistema jurídico y la aplicación integral del derecho extranjero como un todo, se podría exponer que a pesar del carácter antisistemático del existencialismo, puesto de manifiesto en la obra de Bobbio (15), esta filosofía podría ayudarnos en el referido cometido que nos hemos propuesto.

(\*) Versión de Lore Terracini, 1a. ed. en español, 7a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

(\*\*) Becario externo del CONICET.

(1) BOBBIO, op. cit., págs. 25 y ss.

(2) Recordamos en este punto la discusión sostenida entre los filósofos analíticos hispanoparlantes y los críticos norteamericanos de la “Critical Legal Studies”, en el marco del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en 1992.

(3) BOBBIO, op. cit., pág. 38.

(4) V. SANTOS CAMACHO, Modesto, “Ética y filosofía analítica”, Pamplona, Eunsa, 1975.

(5) V. nuestro “La teoría crítica como positivismo ideológico y metodológico o conceptual”, en “Investigación y docencia”, N° 17, 1990, págs. 153 y ss.

(6) BOBBIO, “El problema del positivismo jurídico”, trad. Ernesto Garzón Valdés, Bs. As., Eudeba, 1965, págs. 39 y ss.

(7) BOBBIO, “El existencialismo” cit., págs. 41 y ss.

(8) Tarea que quienes estamos en el extranjero muchas veces nos vemos tentados a acometer.

(9) BOBBIO, “El existencialismo” cit., págs. 57 y ss.

(10) El libro tiene un apéndice titulado “El decadentismo de Sartre”, por lo que no se lo incluye obviamente en la vertiente personalista francesa. V. págs. 84 y ss.

(11) BOBBIO, “El existencialismo” cit., págs. 67 y ss.

(12) GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 4a. ed., Bs. As., Depalma, 1973, págs. 21 y ss.

(13) Tema de nuestra tesis en preparación para el Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, bajo la dirección de los doctores Miguel Ángel Ciuro Galdani y Noemí Lidia Nicolau.

(14) T. I., Barcelona, Bosch, 1948, págs. 30 y ss.

(15) BOBBIO, “El existencialismo” cit., pág. 38.

## RESEÑAS

## ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

### Tomo 37, "Droit et économie", 1992

El tomo 37 de los "Archives de Philosophie du Droit", dedicado a "Derecho y economía", se refiere a uno de los temas de alta significación para la juridicidad de nuestro tiempo, de cierto modo ya abordado monográficamente por la prestigiosa publicación, aunque desde una perspectiva más referida a los valores, cuando en 1981 dedicó el tomo 26 de la colección a lo útil y lo justo.

El tomo 37 se inicia con un artículo de Julien Freund dedicado a Michel Villey y el rebrote de la Filosoffa del Derecho. Luego aborda monográficamente el tema general señalado precedentemente, con artículos de Bruno Oppettit ("Droit et économie"), Gérard Farjat ("La notion de droit économique"), René Sèze ("Droit et économie: quatre paradigmes"), Catherine Larrère ("Droit naturel et physiocratie"), Didier Deleule ("De l'individualisme libéral à la sociologie: un intermédiaire paradoxal"), Jean-François Niort ("Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon"), Frédéric Zenati ("Le droit et l'économie au-delà de Marx"), Pier Paolo Ottonello ("Droit, politique et économie dans la philosophie de Sciacca"), Alain Strowel ("Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit"), Richard Janda ("État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents"), Jean-Robert Massimi ("Ethique de l'entreprise ou commercialisation de l'éthique?"), Olivier Godard ("L'économie, l'écologie et la nature des choses") y Luc J. Wintgens ("Les possibilités et les limites du langage libéral").

Los "Estudios" corresponden a Christian Debuyst ("Raison, communication et délinquance. La notion d'"homme raisonnable" et sa complexité chez Condillac"), Christophe Jamin ("Relire Labbé et ses lecteurs"), Klaus Günther ("Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale"), Hervé Pourtois ("Théorie sociale et jugement juridique. A propos de J. Habermas et de Kl. Günther"), Jacques Bidet ("Pour une réinterprétation métastрукturelle du contractualisme") y Francesco Viola ("Herméneutique et droit").

Luego el tomo se integra con las habituales secciones "crónicas internacionales" (dedicadas a Alemania -por Valentin Petev-; España -por Consuelo Martínez-Sciluna y Angel Sánchez de la Torre- y Estados Unidos -por Leslie Francis-) y "reseñas", y se cierra con una selección bibliográfica de artículos de Filosoffa del Derecho aparecidos en francés desde enero de 1991 a junio de 1992 (confeccionada por Daniel Gutmann).

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

(\*) Investigador del CONICET

## REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ

### Año 45, Nos. 1 y 2, Enero-marzo y Abril-Junio de 1993

El número 1 del año cuadragésimo quinto de la "Revue internationale de droit comparé" está dedicado monográficamente a la enseñanza del Derecho nacional a los estudiantes extranjeros, con una presentación del tema debida a Xavier Blanc-Jouvan y artículos dedicados a Alemania, Inglaterra, Italia, Suiza, la experiencia del Instituto Universitario Europeo, los Estados Unidos (Tulane) y Francia y a la contribución del programa Erasmus.

En la sección "Études - Variétés" se publican los artículos "Le rôle du "Commissioner for Rights of Trade Union Members" une fonction unique au monde" de Jo Carby-Hall; "L'assurance de responsabilité civile du professionnel en droit italien" de Guido Alpa y "L'adoption au Sénegal et en Afrique francophone" por Amsatou Sow Sidibé.

El número 2, del mismo año, está dedicado monográficamente a nuevos aspectos del Derecho rumano, o sea referidos a un país situado entre Occidente y Oriente, entre la latinidad y el eslavismo, entre la ortodoxia y el catolicismo y en una Europa Central que a veces parece haberse quedado en el siglo XIX, pero a su vez un país que ha elegido la economía de mercado fundada sobre la propiedad privada.

La sección dedicada a estudios se integra con los trabajos "Les droits économiques dans la Constitution américaine" de Louis Henkin y "Réforme du droit du travail en ex-URSS lors du passage de l'économie centralisée vers l'économie de marché" por Sémion Ivanov.

En ambos casos aparecen las secciones actualidades e informaciones, Boletín de la Sociedad de Legislación Comparada y bibliografía. Es destacable, por ejemplo, el informe que contiene el número 1 sobre la preparación de la Convención Europea de Bioética, surgido de una conferencia pronunciada por C. Byk.

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

(\*) Investigador del CONICET.

**“La convention du Conseil de l’Europe sur certains aspects internationaux de la faillite”**,

de Jean-Luc VALLENS, en "Revue critique de droit international privé",  
n°1 janviers-mars 1993 trimestrielle tome 82 pp. 136.

I. El autor comienza señalando que, no obstante el creciente número de reglamentaciones que acompaña las relaciones económicas internacionales de los estados europeos, las quiebras aún no habían sido objeto de una normativa común. Así, el tema de la quiebra había sido excluido expresamente de la Convención de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial. El proyecto elaborado por la C.E.E. en 1981, que determinaba la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra y la unidad de procedimientos concursales, no pudo entrar en vigencia por falta de consenso entre los principales países integrantes de la comunidad. De este modo, en Francia -en lo que a fuentes internacionales se refiere- el panorama estaba formado exclusivamente por tratados bilaterales celebrados con Bélgica, Italia y Suiza entre otros.

La “Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite” es el fruto del trabajo realizado por el Consejo de Europa desde 1981, que culminó con la elaboración del proyecto que fue aprobado en la reunión del Consejo de Ministros realizada en Estambul durante los días 19 a 23 de Febrero de 1990.[1]

2. El examen de la convención se inicia con su ámbito de aplicación y las reglas de competencia establecidas, correspondiente al título primero de la misma: “Dispositions générales”.

A diferencia del proyecto de la C.E.E., la Convención brinda una definición funcional de los procedimientos comprendidos, análoga a la que diera la Corte de Justicia de la Comunidad. [2]

Se trata de una definición genérica, que se completa con una exhaustiva lista integrada como Anexo A a su texto. En ella se evita definir la situación de insolvencia y mencionar las posibles diferencias entre procedimientos civiles y comerciales, materias que quedan libradas a las leyes internas, y se excluye expresamente de su ámbito a las compañías aseguradoras y a las entidades crediticias.

El desapoderamiento del deudor y la designación del síndico -de distintos alcances en los diferentes ordenamientos de los estados parte- es motivo de un nuevo listado, que se integra al instrumento como anexo B.

Si bien la liquidación de los bienes se enuncia como un efecto posible de estos procesos, esto puede significar la exclusión de procedimientos puramente conciliatorios (como el que conlleva la suspensión de los pagos en España).

La Convención trae normas indirectas para dilucidar la competencia internacional para la declaración de procedimientos concursales, encaminadas a facilitar el reconocimiento y ejecución de las sentencias. La primera es el centro de interés principal (asiento principal de los negocios) del deudor, que se presume -salvo prueba en contrario- es la sede indicada en el Estatuto. El establecimiento del deudor puede suplir a la primer regla si el deudor careciera de un asiento principal, o si ningún Estado pudiera declarar su quiebra en virtud de la calidad que éste reviste [3], lo que -afirma el autor- presenta un limitado interés práctico por ser de aplicación facultativa.

3. El capítulo segundo de la convención -"Exercice de certains pouvoirs du syndic"- describe los problemas relacionados con la actuación del síndico en el extranjero, y los reglamenta con el fin de facilitar el ejercicio de los poderes del síndico, evitando el *exequatur*, e imponiendo a los estados parte el deber de colaboración sin que esto traiga aparejado un reconocimiento implícito de la sentencia de quiebra extranjera.

Se busca entonces posibilitar las medidas precautorias que pueda adoptar el síndico para evitar la disminución de la masa, sea por el deudor o a causa de las ejecuciones particulares por los acreedores.

El ejercicio de sus poderes por el síndico está sujeto al cumplimiento de requisitos procesales, formales y de fondo. Así, la decisión de apertura de quiebra deberá ser dictada por juez competente según las normas de la Convención, tener el carácter de ejecutoriada, no afectar el orden público, cumplir con la publicidad y deberá además expedirse una copia certificada de la misma -a diferencia del proyecto de la C.E.E. que establecía un formulario tipo-.

Las medidas de protección y preservación de los bienes del fallido son reglamentadas por la ley local -*lex fori* y *lei rei sitae*-, con la debida adecuación a las normas del concurso. Explica el autor que esto no es una innovación de la Convención, por cuanto en la jurisprudencia estas reglas son pacíficamente aceptadas desde tiempo atrás [4]. Sí constituye una innovación de la Convención el establecer en cabeza del síndico la facultad de disponer de los bienes situados en el Estado extranjero y desplazarlos de éste, sin necesidad de *exequatur* ni de apertura de concurso local. Esto reconoce ciertas limitaciones, que el autor señala como destinadas a la protección del acreedor local, tales como el período de "suspensión" de los poderes -de dos meses a partir del día siguiente al de la publicación-, diferenciando situaciones especiales (privilegios), y consagrando para los acreedores el derecho de solicitar la apertura de un concurso "local".

4. "Faillites secondaires" es el tercer capítulo de la Convención, en el que se establece un régimen específico para las quiebras secundarias o derivadas [5].

Estas tienen como presupuesto, además de los requisitos procesales y de fondo habituales, la existencia de bienes del deudor en el territorio del Estado, dato que no reconoce límites por la naturaleza del bien, salvo la obvia exigencia de que dichos bienes puedan ser objeto de

## ejecución forzosa

El capítulo se orienta por un principio rector: el mantener -o re establecer- la igualdad entre los acreedores, que concretan sus disposiciones sobre la información que deberá brindarse al síndico de la quiebra principal.

En lo que el comentarista estima una concesión al principio territorial, se reglamenta el pago preferencial a los acreedores cuyos créditos tengan privilegios, garantías reales, estén ligados a la explotación del negocio del fallido y a los derivados de las relaciones de trabajo [6]. La unidad tiene luego su momento, cuando el activo excedente se transfiere a la quiebra principal, y queda a cargo del síndico de ésta formando una masa única.

Con el mismo fin de garantizar la igualdad de los acreedores del fallido sin distinción del asiento espacial de sus acreencias, se incluyen en el capítulo IV (destinado a reglar la comunicación al síndico del detalle de los créditos, en un procedimiento que guarda cierta similitud con la verificación local) disposiciones que permiten el idioma de origen del acreedor en dichas comunicaciones, y respecto de las formas que éstas deben guardar, que podrán efectuarse según la ley local, desplazando así a la ley del concurso. Este capítulo se aplica inclusive a los procesos que no entrañen la posibilidad de liquidar los bienes del fallido.

5. Concluye el autor valorando favorablemente la "Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite" como la mejor expresión de voluntad común de promover una cooperación efectiva en materia de concursos, que influirá en la C.E.E. para que se reinicien las tareas en pro de una reglamentación obligatoria en la materia.

Jorge STÄHLI \*

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

[1] Una copia del texto en francés de la Convención puede verse en *Revue critique de droit international privé*, n°1 Janvier-mars 1993 trimestrelle tome 82 pp. 121 y ss.

[2] El párrafo primero del artículo 1º de la Convención contiene la fórmula: "procédures collectives fondées sur l'insolvenabilité, qui entraînent un dessaisissement du débiteur et la désignation d'un syndic, et qui sont susceptibles d'entraîner la liquidation des biens."

[3] VALLENS, Jean-Luc, "La convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite", en *Revue critique de droit international privé*, n°1 Janvier-mars 1993 trimestrelle tome 82 pág. 145.

[4] Id., pág. 149.

[5] Id., pág. 155.

[6] Explica el autor que la norma -en el aspecto referido a los salarios- guarda relación con la reglamentación europea que consagra sobre el particular la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros (Regl. C.E.E. del 15 de Octubre de 1968, Art. 7)

# NOTICIAS DEL CENTRO

## JORNADAS INTERDISCIPLINARIAS SOBRE EL SISTEMA JURIDICO

Se llevaron a cabo en la Casa del Foro los días 20 y 21 de agosto de 1993 -encontrándose en prensa el presente número- las Jornadas Interdisciplinarias sobre el Sistema Jurídico organizadas por la Cátedra Interdisciplinaria "Prof. Dr. Werner Goldschmidt" dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario, con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, en homenaje al profesor doctor Werner Goldschmidt con motivo del sexto aniversario de su fallecimiento, que se produjera el 21 de julio de 1987.

Además de considerar diversas comunicaciones relacionadas con el sistema de las ramas del mundo jurídico y sus vinculaciones con el resto del sistema de la cultura, se desarrolló un panel con participación de los doctores Miguel Angel Ciuro Caldani y Rogelio Pontón y el arquitecto Ernesto Yaquinto acerca de la Historia comparada de la Economía, la Arquitectura y el Derecho. Asimismo, en el marco de las Jornadas, disertó el profesor de las Universidades Central y Simón Bolívar de Caracas doctor Eduardo Vásquez sobre "Dialéctica y libertad en la Filosofía del Derecho de Hegel". En adhesión al encuentro brindó un concierto el Grupo de Cámara "Haydn".