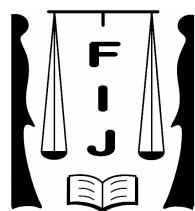


Nº 30
2007

REVISTA DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA
Y FILOSOFÍA SOCIAL



FUNDACIÓN PARA LAS
INVESTIGACIONES JURÍDICAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

ISSN 1851-3247

©

Registro de la Propiedad Intelectual N° 333934, Formulario N° 08879

Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas

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

Teléfono/fax: (341) 4404009

E-mail: mciuroc@arnet.com.ar

CUIT: 30-68913973-2

La “REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL” es continuadora del “BOLETÍN DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL”

ISSN 1851-3247

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

Director responsable: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

Publicación de periodicidad anual, al servicio del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina).

Tirada: 100 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Prof. Darío Maiorana

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ricardo I. Silberstein

Vicedecano: Dr. Carlos Hernández

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

Daniel Erbetta
Ernesto Granados
Alfredo Althaus
Mario Chaumet
Myriam Pasquinelli
Jorge Stähli
Ana Wolkowicz
Adriana Taller
María Elena Martín
Daniel Bóccoli

Consejeros Estudiantiles

Pablo Lamberto
Emiliano Mossotti
Ayelén Naput Neme
Marcial Sorazábal
Iván Matacín
Pablo Pellizón
Emiliano Torno
Fabio Ferreyra

Consejero No Docente

Andrea Rojas

Consejero Graduado

Luis Horacio Vila

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

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

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

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

Investigadores: - Dr. Walter Birchmeyer (Docente de la UNR)
- Dr. Elvio Galati (Becario del CONICET)
- Dra. Silvina Pezzetta (Becaria del CONICET)

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar

Diseño y edición web: Gabriel M. Salmén

Árbitros científicos ad-honorem

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

ÍNDICE

DOCTRINA

BENTOLILA, Juan José

- Notas de teoría general del Derecho: la indemnización punitiva del Derecho Civil como categoría afín a la pena del Derecho Penal* 9

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

- Aportes a la historia, el sistema y la filosofía del Derecho Internacional Privado* 17

- Filosofía de la corrupción* 27

- Perspectivas trialistas para el reconocimiento de la adecuación de los conceptos normativos* 41

FEUILLADE, Milton

- Consideraciones en torno a la Historia del Derecho Procesal Civil Internacional* 53

PEZZETTA, Silvina

- La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica* 65

APORTES PARA LA INVESTIGACIÓN Y LA DOCENCIA

GALATI, Elvio

- ¿Cómo estudiar? Aprender investigando. Apología de la investigación* 85

MOLJO, Florencia

- Los decretos de necesidad y urgencia y el Estado de Derecho. Análisis del caso argentino y breve referencia a la situación en Brasil* 105

RESEÑAS

RONCHETTI, Fernando

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio” (Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007)* 119

NOTICIAS

BIRCHMEYER, Walter - GALATI, Elvio

- Seminario sobre estrategias de aprendizaje en la universidad* 133

NOVELLI, Mariano H. - PEZZETTA, Silvina

- Jornadas de Filosofía del Derecho en conmemoración del vigésimo aniversario del fallecimiento de Werner Goldschmidt y Carlos Cossio* 135

- Normas Editoriales** 143

DOCTRINA

**NOTAS DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO:
LA INDEMNIZACIÓN PUNITIVA DEL DERECHO CIVIL
COMO CATEGORÍA AFÍNA A LA PENA DEL DERECHO PENAL**

JUAN JOSÉ BENTOLILA *

Resumen: En este trabajo queremos subrayar la relación entre los daños punitivos y la finalidad del castigo en el derecho penal, a través de la teoría general del Derecho, para encontrar así ciertos elementos que permitan una construcción coherente del sistema normativo.

Palabras claves: Teoría general del Derecho - Daños punitivos - Sanción penal.

Abstract: In this paper we wanted to highlight the relationship between the punitive damages and the idea of punishment in criminal law, through the general theory of Law, in order to find certain elements that allow a coherent construction of the normative system.

Key words: General theory of Law - Punitive damages - Criminal punishment.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el establecimiento, desde la teoría general del Derecho, de posibles líneas comparativas entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, a través de la categoría de la indemnización punitiva civil que, entendemos, revela algunas afinidades en relación a la idea de pena del Derecho Penal.

La relevancia de la indagación propuesta, creemos, es significativa, toda vez que el ordenamiento normativo está signado por la pretensión de coherencia, que sólo puede ser apreciada en tanto se corroboren las diversas vinculaciones existentes entre sus institutos particulares.

Así, la necesidad de evitar un fraccionamiento excesivo se revela en su más dramática evidencia cuando se pretenden brindar respuestas aisladas, desentendidas de las referidas por las restantes áreas. Más aun en el objeto de estudio que abordamos, puesto que la relativa distancia establecida entre las zonas jurídicas seleccionadas para realizar la comparación en cuestión, hace

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

que en múltiples ocasiones no se atienda debidamente a la idea de conjunto que debe imperar en el ordenamiento normativo¹.

II. La teoría general del Derecho

Se ha sostenido, en posición que compartimos, que la teoría general del Derecho² puede referirse a “lo común” o a “lo abarcativo” de todos los fenómenos jurídicos.

Tradicionalmente se ha relacionado la expresión en cuestión con el primero de los despliegues, lo cual, creemos, constituye un cierto reduccionismo en torno a la complejidad de “lo jurídico”. Por eso es que nos sumaremos a quienes advierten la necesidad de comprender, también, dentro del estudio de la teoría general del Derecho a “lo abarcativo”, haciendo énfasis en los rasgos esenciales de los institutos involucrados, cuya relación se propugna a través de la comparación de las diferentes áreas jurídicas.

Entendemos que la perspectiva de cada institución del Derecho puede verse altamente enriquecida sobre la base de una adecuada contrastación. De hecho, se ha afirmado que “Si no se tiene sentido del complejo, el conocimiento de alguna rama en particular no satisface el respectivo conocimiento del Derecho”³.

Claro está, la mentada vinculación debe enmarcarse en un sistema que se construya con respeto a las particularidades que se reconocen, que no deben, en modo alguno, ser soslayadas por la pretensión generalizadora.

Es que, bajo la intención de combatir la excesiva fragmentación del conocimiento del Derecho⁴, puede arribarse a una indefinición de las fronteras de cada rama, produciendo una visión que no permita la nitidez al momento de delinear correctamente las diversidades presentes.

1 En relación al tema, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Una nota de teoría general del Derecho: comparación entre el Derecho civil y el Derecho penal por la noción de delito”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 16, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, págs. 53 y ss.

2 Sobre los alcances de la expresión analizada, puede c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de teoría general del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, págs. 33 y ss.

3 Íd., pág. 38.

4 Fragmentación que impide la visión de conjunto necesaria para la promoción de la táctica y estrategia jurídicas. Al respecto, v. CIURO CALDANI, “La teoría general del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 25 y ss.

Sobre tal delicado equilibrio, es que pretendemos dar cuenta de ciertos aspectos que, creemos, permiten realizar un análisis comparativo entre dos áreas jurídicas, con advertencia de similitudes y asimetrías, a los fines de lograr una mejor comprensión del ordenamiento normativo en su totalidad. Ello, claro está, requerirá de la generación de planteos con grado de profundidad filosófica, que admitan una indagación precisa de los elementos considerados.

III. La pena como instituto del Derecho Penal

Comenzaremos por indicar que, a lo largo de la tradición histórica del Derecho, múltiples teorías han intentado dar cuenta de la pena como institución propia del Derecho Penal, fincando diferencias con otras sanciones jurídicas (a saber: indemnización, restitución, nulidad, inadmisibilidad) en los más diversos argumentos.

En un primer término, debe destacarse que tales doctrinas pueden diferenciarse fundamentalmente en dos grandes vertientes⁵:

a) quienes sostienen que la pena es un fin en sí (la pena se aplica punitur quia peccatum est), enrolados en las denominadas teorías absolutas;

b) quienes advierten que la pena es un medio tendente a otros fines (la pena se aplica ne peccetur), que se posicionan en las conocidas como teorías relativas;

c) en fin, quienes argumentan que la pena considera, a la vez, ambos aspectos, sosteniendo por ende una teoría mixta⁶.

En relación a las primeras, se advierte que “[e]l pensamiento común que caracteriza estas teorías es el de juzgar a la pena como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque el delito debe ser reparado, ya porque debe ser retribuido. (...) Ninguna consideración de carácter utilitario o externo a esa necesidad puede valer para impedir la aplicación de la pena; su razón está toda en el delito cometido”⁷.

Dentro de esta clase de doctrinas, existen voces para las cuales el delito es algo que puede repararse, y la pena es el medio único de reparación. Mas también hay quienes sostienen que el delito es un mal definitivo e irreparablemente incancelable, a ellos les corresponde pensar que la pena es una forma

5 SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino”, Bs. As., La Ley, 1945, t. II, págs. 371 y ss.

6 Sostienen esta postura Carrara, Merkel y Binding.

7 SOLER, op. cit., pág. 373.

ineludible de retribución (ya sea con fundamento religioso, político, moral o jurídico).

En lo atinente a las segundas, se refiere que “éstas no consideran a la pena desde el punto de vista estricto de la retribución, y como algo justificado en sí y por sí mismo. La pena no es un fin sino que tiene un fin. Su justificación no se encuentra, pues, en ella misma, sino en otro principio. (...) la pena no se explica por un principio de justicia, entendida ésta en el sentido del equilibrio o retribución, sino que la hace justa su necesidad social. La pena es un medio necesario para la seguridad social, o para la defensa social. La seguridad social es lo que da sentido a la represión; ésta, en consecuencia, no mira al delito como causa de la pena, sino como ocasión de aplicarla”⁸.

En correlación con esta posición, encontramos las teorías contractualista, de la prevención mediante la ejecución, de la prevención mediante la coacción psíquica, de la defensa indirecta, de la prevención especial, correccionalista, y positivista.

Sentado lo antedicho, se ha pretendido arribar a la conceptualización de la pena, con independencia de las diversas posiciones reseñadas. Así, se entendió que la pena “es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos”⁹.

Por el contrario, otros autores advierten que sólo puede conceptualizarse en clara vinculación a las posiciones filosóficas subyacentes, afirmándose con más claridad, pues, que la pena es “un mal impuesto a los que han incurrido en delito. La pena bajo este punto de vista implica un sufrimiento físico o moral que se aplica al delincuente. Bajo otro aspecto, la pena es la medida de defensa que toma la sociedad contra la persona que ha demostrado, a causa de sus actos, condiciones de inadaptabilidad. Los dos conceptos se encuentran vinculados a las escuelas penales fundamentales, pues el uno supone devolución de mal a causa del daño cometido y el otro simplemente medida de precaución. La pena, para quienes aceptan el criterio más moderno, implica defensa y prevención, desde que tiende a que se coloque al sujeto peligroso fuera de las condiciones en que pueda dañar”¹⁰.

8 Íd., pág. 377.

9 Íd., pág. 399.

10 MORENO, Rodolfo (h.), “El Código Penal y sus antecedentes”, Bs. As., H. A. Tommasi, 1922, t. I, pág. 305.

Ocurriendo a la norma positiva, en nuestro ordenamiento¹¹ las penas previstas¹² son: a) reclusión; b) prisión; c) multa; y d) inhabilitación.

IV. La indemnización punitiva

En lo referente a la indemnización punitiva¹³, ella se trata de una reacción del ordenamiento jurídico, con consecuencias económicas gravosas contra el responsable de la causación de un daño, que exceden la reparación del mismo. Ello tiene fundamento en la existencia de un enriquecimiento, por parte del agente dañoso, que supera el resarcimiento del daño en particular.

Las funciones que satisface, son tres:

- a) sancionar al agente causal del daño;
- b) prevenir sucesos lesivos similares;
- c) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa.

Se ha dicho que la última función es la más significativa del instituto en cuestión, puesto que el resarcimiento (punto a) “restituye a la víctima a la situación *ex ante* pero, si el dañador se queda con ventajas, no son paliados todos los efectos del hecho ilícito. La indemnización punitiva es reputada como una pena civil”¹⁴.

11 Art. 5, Código Penal.

12 De modo principal, que también existen algunas penas accesorias, como ser, v. gr. la pérdida de los instrumentos del delito.

13 Al respecto, puede c. ANDRADA, Alejandro D. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “Reflexiones sobre las llamadas penas privadas”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, t. 2000, pág. 39; DÍAZ, Juan C., ELÍAS, José y GUEVARA, Augusto M. (h.), “¿Los ‘daños punitivos’ aterrizzan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2003-II, pág. 974; GALDÓS, Jorge Mario, “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, t. 1999, pág. 205; KRAUT, Alfredo Jorge, “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1989-III, pág. 909; NOVELLI, Mariano H., LATTARI LUQUE, Jésica y PERUGINI, Joana Sol, “Los daños punitivos en la complejidad del mundo jurídico”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 157 y ss.; SOBRINO, Augusto R., “Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1996-III, págs. 981 y ss.

14 ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín, “Indemnización punitiva”, en BUERES, Alberto Jesús y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.),

El importe es destinado a la víctima, a los fines de promover la interposición de litigios que, usualmente, son económicamente irrelevantes para los casos en particular. Ello ha sido motivo de discusión por parte de algún sector de la doctrina¹⁵.

En cuanto a la prevención, se sostiene que la condena al pago de indemnización punitiva tiene un impacto psíquico que se constituye como disuasión a la realización de lesiones análogas¹⁶.

Así, en determinados casos (v. gr.: daños causados por productos elaborados en que puede resultar menos oneroso oblar los montos resarcitorios a los consumidores que afrontar controles de calidad; daños inferidos a través de medios masivos de comunicación en los que el resarcimiento por difamación es inferior a las ganancias por la venta de una noticia; daños al medio ambiente en los que las empresas contaminan porque las multas son menos gravosas que las ganancias obtenidas), los tribunales del common law, con independencia de las indemnizaciones por el daño (compensatory damages), condenan al pago de otras sumas (punitive damages) a título de punición.

Y si bien suele reconocerse que tal instituto es ajeno al Derecho de raíz europea continental¹⁷, de lege ferenda suele propugnarse la posibilidad de incorporación de la figura¹⁸. Máxime cuando se piensa que la misma suele evidenciarse tras las condenas por indemnización de daño moral, cuya valuación suele estar librada a la discrecionalidad de los Tribunales.

Los requisitos de procedencia de la indemnización por daño punitivo, son similares a los usualmente tratados para la procedencia de la responsabilidad civil en general¹⁹, con una adición: la demostración de la obtención de beneficios económicos con motivo del hecho ilícito²⁰.

¹⁵“Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, pág. 189.

¹⁶BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Algo más sobre los llamados ‘daños punitivos’”, en “La Ley”, t. 1994-D, págs. 863 y ss.

¹⁷TRIGO REPRESAS, Félix A., “Daños punitivos”, en ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), “La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, págs. 285 y ss.

¹⁸BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en “La Ley”, t. 1994-B, págs. 1243 y ss.; FRANZONI, Máximo, “Il Diritto Privato Oggi”, Milano, Giuffrè, 1996, pág. 715.

¹⁹ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA, op. cit.

²⁰Al respecto, puede v. BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 8^a ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993.

²⁰V. LORENZETTI, Ricardo Luis, “Las Normas Fundamentales del Derecho Privado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 391.

V. La indemnización punitiva del Derecho Civil como categoría afín a la pena del Derecho Penal

En un primer término, podemos realizar la comparación buscando las similitudes entre los dos institutos en cuestión.

Y encontramos que, tanto la pena del Derecho Penal, como la indemnización por daño punitivo del Derecho Civil:

- a) constituyen formas de retribución por el daño causado;
- b) tienen por objeto la prevención de nuevos daños;
- c) procuran impedir un indebido enriquecimiento del agente causante del daño²¹.

En un segundo término, pueden establecerse algunas diferencias significativas, que estarán basadas en las particularidades de los sendos sistemas en que los institutos se encuentran insertos.

En tal sentido, puede referenciarse que, mientras en el Derecho Penal rige el principio de tipicidad con las características derivadas por el hecho de tratarse de un sistema normativo formal, en el Derecho Civil, por su parte, el carácter de sistema normativo material²² permite la integración del ordenamiento normativo, no requiriéndose una descripción normativa exacta del instituto, pudiendo extraerse el mismo, por ejemplo, de los principios generales del Derecho o de normas análogas²³.

En otro orden de ideas, también puede apuntarse que “mientras que las penas públicas se definen en función prioritaria de la gravedad de la falta y del mal causado (...) [en la indemnización punitiva] también es fundamental la medida de los lucros ilícitos. En otras palabras: si bien la grave antijuridicidad de la conducta es un requisito de la institución, no constituye una pauta evaluativa del monto”²⁴. Con lo cual, la determinación normativa de la sanción efectiva a aplicar, obedece, en cada uno de los dos casos, a razones diversas.

21 Nótese que en el Derecho Penal está previsto el decomiso de los bienes objeto de delito.

22 Sobre las diferencias entre sistema normativo formal y material, puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 336 y ss.

23 Arg. art. 16, Código Civil.

24 ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA, op. cit., pág. 193.

VI. Conclusiones

A manera de conclusión, queremos destacar la importancia fundamental de establecer parangones entre diversos institutos jurídicos, a los fines de conocer acabadamente y en profundidad los rasgos definitorios de cada uno de ellos.

De esta manera, se pueden extraer determinados perfiles que mejoran la conjetura de las diversas respuestas jurídicas que, en cada caso, son susceptibles de darse.

Por otra parte, la posibilidad de que tales comparaciones se articulen con instituciones provenientes del Derecho comparado, enriquecen el panorama de la elaboración de normas, abriendo cauce al análisis de posibilidades de incorporación, reforma o supresión.

Entendemos que la oportunidad de pensar la idea de sanción a través del Derecho Civil, genera el deber intelectual de denunciar las tensiones presentes en el diálogo que se construye. Posiblemente sea el único camino para evitar las perplejidades que pueden producirse de realizar la lectura de uno de los institutos a la luz del otro, sin tomar en consideración la relativa independencia de las áreas involucradas, cada una con sus principios rectores altamente específicos.

APORTES A LA HISTORIA, EL SISTEMA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se considera la Historia del Derecho Internacional Privado atendiendo en especial a la actual tensión entre la internacionalidad y la globalización. Se exponen los alcances sistemáticos de la remisión del Derecho Internacional Privado al Derecho extranjero, considerando que se produce la habilitación de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero y se ubica a la autonomía universal y la lex mercatoria en la vertiente autónoma de la norma hipotética fundamental disyuntiva sostenida por el trialismo. En la perspectiva filosófica, se consideran principalmente las relaciones entre justicia y utilidad, las clases de justicia, los avances del Derecho Privado Internacional, la importancia del Derecho Internacional Privado para la teoría de las respuestas jurídicas y el valor de la teoría trialista del mundo jurídico para la más amplia comprensión del Derecho Internacional Privado.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado - Historia - Sistema - Habilitación - Norma hipotética fundamental - Justicia - Utilidad - Clases de justicia - Teoría de las respuestas jurídicas - Teoría trialista del mundo jurídico.

Abstract: This paper explores the History of Private International Law, with especial reference to the current tension between internationalism and globalization. It outlines the systematic scopes of referral of Private International Law to foreign law, considering that the sentence the foreign judge would dictate with a maximum degree of probability is enabled, and universal autonomy and lex mercatoria are placed in the autonomous slope of the disjunctive hypothetical basic norm sustained by the trialism. In the philosophical perspective, the paper explores especially the relationship between justice and utility, the classes of justice, the progress of International Private Law, the importance of Private International Law for the theory of legal responses and the value of the Trialist Theory of the Juridical World for the broader understanding of Private International Law.

Key words: Private International Law - History - System - Empowerment - Hypothetical basic norm - Justice - Utility - Classes of justice - Theory of legal responses - Trialist Theory of the Juridical World.

* Ideas básicas de la exposición del autor en la inauguración del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de Rosario.

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

I. La Historia: internacionalidad y globalización

1. El Derecho Internacional Privado clásico, de conflicto de leyes, nació en Europa occidental entre países que tenían una base cultural común y diversificada. Hoy sus mayores *desafíos históricos* son la posibilidad de su expansión a otros ámbitos del planeta y la globalización/marginación producida por la radicalización de algunos de sus elementos.

Los elementos comunes básicos del Derecho Internacional Privado clásico se iniciaron en el Mediterráneo y provienen de la compleja herencia griega, romana, judeocristiana y germana y, en parte, de la contribución árabe musulmana presente en el Sur¹. Entre los intentos de armonizar esos elementos se encuentra la institucionalización reflejada en el título del Sacro Imperio Romano Germánico, que comenzó a constituirse en el año 800, que en los hechos duró casi siete siglos y nominalmente concluyó en 1806 cuando Napoleón, el “emperador burgués”, forzó a los Habsburgos a dejar el título. La descomposición fáctica se produjo principalmente con la formación de los Estados nacionales, la Reforma, la Revolución Francesa y la diversidad entre regímenes feudales y capitalistas y la aparición del socialismo. El último intento militar de unificar a Europa fue el del Imperio napoleónico, concluido en 1815, desde entonces la internacionalidad tendría una larga duración.

En 1849, en tiempos en que en varios espacios europeos se producía la Revolución Industrial que acentuaba los contactos sociales, cuando se habían inventado el ferrocarril (1829) y el telégrafo (1837), Savigny concibió la *comunidad jusprivatista internacional*². La obligatoriedad de aplicar el Derecho más vinculado al caso, que incluía la referencia al Derecho extranjero, llevó a la necesidad de plantear la reserva que luego sería llamada “*orden público*”³. De este modo se *preservaban las identidades* de los Estados integrantes de la comunidad.

1 Es posible c. nuestros artículos “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación y Docencia”, Nº 30, págs. 95 y ss.; “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 27, págs. 113/26; “Bases culturales de la ampliación de la Unión Europea y de la relación de la Unión Europea con América Latina”, en “Revista del Centro...” cit., Nº 27, págs. 101/12; también “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

2 SAVIGNY, F. C. de, “Sistema del Derecho Romano Actual”, trad. Ch. Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 137 y ss. (párrafo CCCXLVIII).

3 Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones trialistas sobre el orden público”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1977-II, págs. 711 y ss.

Luego la complejización de las relaciones internacionales hizo necesarios otros planteos. El rechazo del *fraude a la ley* sirve sobre todo para preservar la estructura internacional evitando que los particulares se valgan de maniobras destinadas a obtener la aplicación de un Derecho que no corresponde. El fraude a la ley procura “*autonomizar*” el contacto que se ha concebido autoritario. El relativo grado de comunidad alcanzado en tiempos de la conceptualización del fraude a la ley se advierte porque en el célebre caso de la condesa de Caraman-Chimay, planteado en torno a 1875, Francia rechazó la maniobra de la condesa no porque el divorcio fuera contrario al orden público, sino porque se había cometido fraude a la ley. El *reenvío*, presentado en el caso Forgo a partir de 1869, corresponde en cambio a la mayor o menor “*solidaridad*” con que el país de origen del envío sigue el criterio del país al que se produce el envío inicial.

En tiempos en que el problema del *lenguaje* adquiría gran significación, al punto de hacerse un problema central de la Filosofía y las Ciencias Sociales en el siglo XX, en 1897 surgió la cuestión afín de las *calificaciones*. Más adelante, cuando el *ordenamiento normativo* adquirió gran importancia, sobre todo a través de la obra de Kelsen, su mayor consistencia o la posibilidad de su análisis comenzó a debatirse en el problema de la *questión previa*, a partir de 1925⁴. En tiempos de la discusión acerca del carácter más o menos normativo, social o valorativo del Derecho, en 1935, Werner Goldschmidt presentó la *teoría del uso jurídico*, referida a la sentencia que con el máximo grado de probabilidad hubiera dictado el juez del país cuyo Derecho ha de aplicarse⁵.

La evolución histórico-problemática del Derecho Internacional Privado clásico que acabamos de reseñar muestra una concepción relativamente abstracta de la materia, pero en las últimas décadas ha avanzado el reconocimiento de las perspectivas más concretas, “*procesales*”, que complementan las anteriores, sean como jurisdicción o transposición procesal (en niveles de cooperación o de específico reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos). En este campo cobran importancia las cuestiones de *litispendencia, cosa juzgada y denegación de justicia*.

4 Resolviéndose en Casación en 1931.

5 Aceptamos la teoría del uso jurídico pero no creemos que la sentencia sea tomada como hecho.

2. Ahora nuevos desarrollos económicos y sociales anunciados, por ejemplo, por el surgimiento de la aviación con máquinas más pesadas que el aire, en 1903, y la comunicación electrónica, ponen en cuestión a la internacionalidad y plantean la *globalización* que, para ser comprendida más cabalmente, debería ser llamada globalización/marginación. También se vienen concretando importantes despliegues de *integración*, cuya expresión claramente exitosa es la Unión Europea. El mayor desafío histórico del Derecho Internacional Privado de nuestros días se plantea entre la *internacionalidad* y la *globalización* e incluso la *integración*⁶. En dicho marco han ido desenvolviéndose respuestas más “simples”, no sólo de conflictos de leyes sino también de carácter “material”.

Cada orden de repartos realiza el valor orden. En nuestros días hay sobre todo tensas vinculaciones de los órdenes nacionales y el orden internacional clásico con el orden de la globalización⁷.

II. El sistema: la habilitación horizontal y la norma hipotética fundamental

3. La problemática planteada en la historia del Derecho Internacional Privado clásico que acabamos de señalar fue sistematizada por Werner Goldschmidt a través de la estructura de la norma generalísima como base de la ciencia del Derecho Internacional Privado⁸. Así nació la *concepción normológica* de dicha ciencia. En 1997, ante los desafíos de los nuevos problemas, ampliamos esa concepción incorporando la sistematización de las cuestiones jurisdiccionales y de transposición procesal⁹.

6 Puede v. nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro...” cit., N° 24, págs. 41/56.

Es posible c. ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, Bs. As., La Ley, 2005.

7 Acerca de las diversidades en el Derecho Internacional Privado es posible v. por ej. GONZALEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 287, págs. 9 y ss.

8 Cabe recordar por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935; “Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2^a ed., Bs. As., EJEA, 1952, t. I, págs. 239 y ss.; “Derecho Internacional Privado”, 6^a ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 85 y ss.; “Estudios Jusprivatistas Internacionales”, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 1969, t. I, págs. 11 y ss.

9 Es posible c. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado” (“Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado”, “Filosofía de la doble

4. En este caso, deseamos referirnos en cambio a la *comprensión sistemática* del Derecho Internacional Privado. Aunque la cuestión ha motivado grandes discusiones¹⁰, a nuestro entender la referencia al Derecho extranjero constituye una *habilitación espacial y horizontal*, cuyos alcances se busca determinar¹¹. Pese a que obviamente no es coincidente, la amplitud de la habilitación se expresa en la teoría del uso jurídico que, como hemos señalado, considera Derecho extranjero a la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero.

La habilitación jusprivatista internacional, de reconocimiento y no de nacionalización, como la que de cierto modo entendió Kelsen, no sólo se remite a la sentencia que dictaría el juez extranjero sino indirectamente a las normas constitucionales, legales, etc. que éste emplearía¹². Si se utiliza la expresión “sistema” como equivalente de ordenamiento normativo, puede decirse que se trata de una habilitación “intersistemática”¹³.

A nuestro entender, sin embargo, el Derecho extranjero (uso jurídico) no es un hecho, como lo entendió Goldschmidt, sino *Derecho*: una normatividad

adjudicación como problema jurídico general y en especial en el marco jusprivatista internacional”, “Filosofía del concurso internacional”), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 5 y ss.

Puede v. nuestra comprensión funcional de los problemas generales del Derecho Internacional Privado en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, t. I, 1982, págs. 81 y ss.

Cabe c. nuestro artículo “Filosofía y sistema del Derecho de la Integración”, en “Revista del Centro...” cit., N° 29, págs. 27/48.

10 Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Sistema...” cit., t. I, págs. 364 y ss.

11 No entramos al debate sobre la hermeticidad de los ordenamientos normativos. Nos referimos a la habilitación que se produce a través del Derecho Internacional Privado.

12 En cuanto a la nacionalización kelseniana, puede v. por ej. KELSEN, Hans, “Teoría General del Derecho y del Estado”, trad. Eduardo García Márquez, 5^a reimp., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, págs. 288 y ss.; acerca de la habilitación en el pensamiento kelseniano es posible v. por ej. KELSEN, op. cit., pág. 182; “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, 17^a ed., Bs. As., Eudeba, 1981, págs. 155 y ss. Asimismo, sobre la autorización, es posible v. KELSEN, Hans, “Teoria geral das normas”, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986, págs. 129 y ss. Acerca del reconocimiento cabe c. HART, H. L. A., “El Concepto de Derecho”, trad. Genaro R. Carrión, 2^a ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, por ej. págs. 99 y ss. Respecto de los debates en cuanto a la asignación de competencia es posible c. por ej. PAULSON, Stanley L., “Normativismo continental y su contraparte británico ¿qué tan diferentes son?”, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, N°114, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/114/art/art6.htm> (14-3-2008); CALSAMIGLIA, Albert, “Geografía de las normas de competencia”, en “Doxa”, N° 15-16, II, págs. 747 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_14.pdf (12-3-2008).

13 No procuramos evitar la aplicación del Derecho extranjero sosteniendo su incorporación formal, según afirmamos en el texto entendemos que una sentencia no es un mero uso, sino una norma.

habilitada. Según la teoría trialista del mundo jurídico¹⁴, fundada por el propio Goldschmidt años después de la formulación de la teoría del uso jurídico, los repartos autónomos, las costumbres y los usos son jurídicos. Conforme al criterio trialista de construcción del objeto jurídico, la juridicidad no depende de que provenga de un gobierno ni de un Estado reconocidos. Habilitar el uso jurídico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero no significa reconocer ni al gobierno ni al Estado al que el juez presta servicios.

La desjerarquización de los usos, las costumbres e incluso los repartos autónomos corresponden al criterio “estatalista” que el trialismo no acepta y es afín al espíritu del art. 17 del Código Civil argentino redactado por Vélez Sársfield. A nuestro entender, el criterio dominante, necesario y legítimo es el que expresa el texto actual del art. 17.

En cuanto a los problemas generales, el orden público es una *limitación material* y los problemas de las calificaciones y la cuestión previa son también *referencias materiales*. El rechazo del fraude a la ley y el reenvío se refieren a las *relaciones de producción*, el repudio del fraude limita la producción por los *particulares* y el reenvío se remite a la producción por el *Estado* al que se dirige el primer envío.

Las cuestiones de litispendencia y cosa juzgada procuran evitar que haya normas *contradicotorias* o *superpuestas*¹⁵. El rechazo a la denegación de justicia enfrenta *lagunas (carencias) normativas*. Los ordenamientos suelen hacer grandes esfuerzos de producción de normas para integrar estas lagunas.

Los valores del ordenamiento normativo son: por las relaciones verticales de producción la subordinación, por las vinculaciones verticales de contenido la ilación, por las relaciones horizontales¹⁶ de producción la infalibilidad y por las vinculaciones horizontales de contenido la concordancia. El complejo del ordenamiento realiza el valor coherencia. El rechazo del fraude

14 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica...” cits.; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, 22 de febrero de 2008, págs. 1/6.

15 Es posible c. ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico”, en “Análisis lógico y Derecho”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, en cuanto a las lagunas y la contradicción, págs. 404 y ss.

16 Consideramos genéricamente horizontales las vinculaciones que no son verticales.

a la ley e incluso del reenvío realizan, en diversos grados, la *infalibilidad*. Ésta se debilita si se admite el reenvío, criterio que suele sostenerse invocando la justicia. La calificación según la *lex civilis fori* y la reserva del orden público se orientan en diferentes grados a la preservación de la *concordancia* del orden nacional. También la jerarquización en la cuestión previa es una realización de la concordancia, en el ordenamiento de referencia. El uso de la *lex civilis causae* y de cierta manera la equivalencia de las cuestiones debilitan la concordancia. Para sostenerlos se invocan consideraciones de justicia.

5. El desarrollo de la autonomía material universal en que las partes hacen su propio Derecho (y a menudo para resolverlo se refieren a árbitros) y la *lex mercatoria* tienden a instalarse en la que Goldschmidt consideró *vertiente autónoma previa* de la *norma hipotética fundamental*, a la que adjudicó carácter disyuntivo¹⁷. Tal vez, sin embargo, ese desenvolvimiento de la autonomía (real o ficticia, escondiendo relaciones de poder) contribuya al comienzo de una *nueva norma hipotética fundamental* de alcance mundial. Esta nueva norma sería resultado del proceso de globalización¹⁸.

III. La Filosofía: justicia y utilidad, respuestas jurídicas, teoría trialista del mundo jurídico

6. La nueva realidad del Derecho Internacional Privado, sobre todo con sus despliegues clásicos y globalizados, exhibe de manera intensa una problemática común al Derecho de nuestros días, el de la tensión entre la *justicia* y la *utilidad*. Este valor exige simplificaciones que corresponden más a las necesidades de la globalización.

El Derecho Internacional Privado clásico se refiere a la clase de *justicia dialogal*, con diversidad de razones según los distintos Derechos, pero la globalización tiende más a la *justicia monologal*. El Derecho Internacional Privado clásico tiene más equilibrio entre la *justicia particular*, cuyos

17 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 341 y s.

Acerca de la *lex mercatoria* puede v. por ej. la tesis doctoral de Cristian GIMÉNEZ CORTE, “Usos y Costumbre Jurídica y nueva *lex mercatoria* en América Latina con especial referencia al Mercosur” (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario).

En cuanto a las tensiones entre las fuentes cabe c. v. gr. GAUDEMEL-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses”, en “Recueil...” cit., t. 312, págs. 123 y ss.

18 La integración puede entenderse también como diversos grados de habilitación.

requerimientos caracterizan al fin al Derecho Privado, y la *justicia general*, cuyas exigencias identifican al fin al Derecho Público. En cambio, la globalización suele referirse de manera más radical a la justicia particular y a la “*privatización*”, diversa del Derecho Privado porque le falta equilibrio con el Derecho Público¹⁹.

La autonomía “universal”, la *lex mercatoria* y las soluciones materiales tienden a simplificar el complejo y a menudo imprevisible desenvolvimiento del Derecho Internacional Privado clásico, que respeta las particularidades, a través de fraccionamientos de la justicia productores de *seguridad* que son más afines a la globalización. La tensión entre la *tolerancia* del Derecho Internacional Privado clásico y la *seguridad* de la globalización es otra de las expresiones de nuestros días.

Si se acepta el principio supremo de justicia propuesto por la teoría trialista del mundo jurídico de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es necesario respetar a cada individuo en su unicidad, su igualdad y su participación en la comunidad. La reserva del orden público tiende a preservar la *igualdad* en el ámbito interno, aunque también resguarda, sobre todo, la *unicidad* del Estado. El Derecho Internacional Privado clásico se refiere más a la *unicidad*; el de la globalización se orienta más a la *igualdad*. Claro está, que los desvíos de las dos exigencias ambos pueden negar la comunidad. Es importante que la globalización/ marginación sea superada en la *universalización* que respeta las particularidades²⁰.

7. En cuanto al desenvolvimiento de las *ramas jurídicas*, la globalización tiende a hacer del Derecho Internacional Privado, Derecho Privado Internacional²¹. La integración del *fondo* y el *proceso* en una complejidad pura es un requerimiento llamado a superar la complejidad impura que los mezcla y la simplicidad pura que los aísla.

19 Es posible c. nuestro artículo “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 119 y ss.

20 Puede v. nuestro libro “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

21 Cabe c. nuestro trabajo “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965. Puede v. asimismo “Las ramas del mundo jurídico”, en “Jurisprudencia Argentina”, 13 de febrero de 2008, págs. 3/14.

8. El desenvolvimiento del Derecho Internacional Privado como contactos de Derechos ha permitido comprender el desarrollo de la *teoría de las respuestas jurídicas y vitales* en sus *alcances* espaciales, temporales, personales y materiales; su *dinámica* de “plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución y sus *situaciones* de aislamiento, coexistencia de unidades independientes, dominación, integración y desintegración. Estas situaciones se clarifican a la luz de los problemas tradicionales de calificaciones, cuestión previa, “fraude a la ley”, reenvío y rechazo (orden público). El Derecho Internacional Privado hoy va viviendo fenómenos de “minusmodelación” ante la “plusmodelación” del Derecho Privado Internacional. Era una expresión de *coexistencia de unidades estatales independientes*, hoy tienden a desarrollarse también la *dominación* o la *integración*²².

Las relaciones *espaciales* del Derecho Internacional Privado aclaran en gran medida, por ejemplo, las vinculaciones *personales*. Importa saber quién ha de calificar, cómo se resolverán las cuestiones previas, si se admitirán el fraude y el reenvío y si habrá reservas en las relaciones entre las personas.

9. Para la comprensión de estos temas es necesario contar con una *Filosofía Jurídica adecuada*. A nuestro parecer, por ejemplo, la teoría pura del derecho resulta hueca y no puede abarcar más que el sistema nacional o internacional público²³; el jusnaturalismo apriorista es “ciego” a las diversidades; el realismo no tiene sentido orientador; el marxismo suele ver sólo conflictos de clases donde también hay conflictos espaciales y el análisis económico del Derecho produce un efecto simplificador utilitario. En cambio, la *teoría trialista del mundo jurídico*, al integrar *realidad social, normas y valores*, guía para abarcar los tres despliegues tratados. La Historia es afín a la realidad social; el sistema pertenece a las normas y la Filosofía incluye el tratamiento de los valores.

22 Es posible c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación...” cit., Nº 37, págs. 85/140); también “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, Nº 3, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 83 y ss.

23 Cabe c. KELSEN, “Teoría General...” cit., págs. 288 y ss.

FILOSOFÍA DE LA CORRUPCIÓN

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

Resumen: Se estudia la corrupción desde las perspectivas de las tres dimensiones que propone la teoría trialista del mundo jurídico, en las ramas de éste, en la Historia del Derecho y en el Derecho Comparado. Se afirma que la defensa contra la corrupción sólo puede encararse desde un enfoque de conjunto, de carácter estratégico, que considere las tres dimensiones jurídicas, atienda a todas las ramas del Derecho y se proyecte a la cultura en general.

Palabras clave: Filosofía - Corrupción - Derecho - Teoría trialista del mundo jurídico - Ramas del mundo jurídico - Historia del Derecho - Derecho Comparado - Estrategia - Denuncia efectiva - Poderes de defensa - Educación.

Abstract: The article discusses corruption from the perspectives of the three dimensions that the Trialist Theory of the Juridical World proposes, in the branches of Law, in History of Law and in Comparative Law. It is alleged that the defense against corruption can only be addressed from a comprehensive, strategic perspective, which considers the three juridical dimensions, responds to all branches of law and launches to culture in general.

Key words: Philosophy - Corruption - Law - Trialist Theory of the Juridical World - Branches of the juridical world - History of Law - Comparative Law - Strategy - Effective denunciation - Powers of defense - Education.

I. Nociones fundamentales

1. Como su propio nombre lo indica, la *Filosofía* es siempre un equilibrio muy inestable entre preguntas y respuestas que, a nuestro parecer, debe centrarse en la pregunta constantemente renovada. Esta pregunta contribuye a enriquecer los desarrollos vitales que las respuestas pueden esclerosar. A nuestro parecer, las afirmaciones filosóficas deben ser entendidas, sobre todo, como aportes para desenvolver los interrogantes. La Filosofía de la corrupción es, en consecuencia, en su carácter filosófico, un equilibrio muy inestable entre pregunta y respuesta. El presente trabajo tiene como objetivo principal desarrollar la *pregunta* en relación con la corrupción.

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

2. La corrupción es tema presente en todas las perspectivas de la cultura, quizás principalmente en la Religión, la Moral, la Economía y el Derecho. Nuestro objetivo es centrarnos en la perspectiva jurídica.

Para “construir” la noción de corrupción en el ámbito jurídico conviene pensar, con diferentes alcances, por ejemplo, que quizás valga referirse a la *desviación* de algo que se considera valioso; a ese desvío en el marco social, que tal vez puede ser remitido a la injusticia; al desvío en lo social en beneficio de quien se desvía; al desvío en lo social en beneficio de quien se desvía y de quien promueve el desvío; al desvío en lo social en beneficio de quien se desvía y de quien promueve el desvío, cuando el que cambia la ruta debida es un funcionario público, etc.¹ La referencia al funcionario público suele ser empleada en el Derecho Penal. En nuestro caso, nos remitiremos al

1 Acerca de la construcción de los conceptos puede v. por ej. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004. Suele decirse respecto de la corrupción que “Se designa así al fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa” (PASQUINO, Gianfranco, “Corrupción política”, en BOBBIO, Norberto y otros (dir.), “Diccionario de Política”, ed. español José Aricó y otros, trad. Raúl Crisafio y otros, 11^a ed., México - Madrid, Siglo XXI, t. I, 1998, pág. 377; en general págs. 377 y ss.). Se indica como variantes de la corrupción política el cohecho, el nepotismo y el peculado por distracción. Cabe c. asimismo v. gr. ARISTÓTELES, “Política”, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, esp. Libro III, págs. 1453 y ss.; Román Reyes (dir.), Diccionario crítico de ciencias sociales, *Cuello blanco* (Delito de), Fernando Alvarez-Uría, http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/cuello_blanco.htm (20-3-2008); “Enciclopedia del Diritto”, Giuffrè, t. X, 1962, págs. 753 y ss. (“Corruzione”); GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca del Concepto de corrupción”, en “Claves de Razón Práctica”, 56, págs. 26 y ss.; SANDLER, H. R. y RAJLAND, B. (coord.), “Corrupción”, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA - La Ley, 1997; MALEM SEÑA, Jorge F., “La corrupción”, Barcelona, Gedisa, 2002, esp. págs. 21 y ss.; “Globalización, comercio internacional y corrupción”, Barcelona, Gedisa, 2000, págs. 23 y ss.; BAIGÚN, David y GARCÍA RIVAS, Nicolás (dir.), “Delincuencia económica y corrupción”, Bs. As., Ediar, 2006; MANFRONI, Carlos A., “Soborno transnacional”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998; DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Transformación Económica y Seguridad Jurídica”, La Plata, Platense, 1994, págs. 28 y ss.; VIRGOLINI, Julio E. S., “Crímenes excelentes”, Bs. As., del Puerto, 2004, págs. 239 y ss.; CAPUTI, María Claudia, “La ética pública”, Bs. As., Depalma, 2000; MONTI, Víctor Manuel, “Corrupción, gobierno y democracia”, Catamarca, 1999. Suele entenderse, más filosóficamente, que la corrupción es la disgregación o ruptura de los elementos de un ser compuesto: “Corrupción”, en “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americanana”, Espasa-Calpe, t. XV., pág. 982. Cabe c. BENBENASTE, Narciso y DELFINO, Gisela, El concepto de corrupción, sus formas de vigencia en la sociedad contemporánea, <http://a.dorna.free.fr/RevueNo6/Rubrique2/R2SR4D.htm> (20-3-2008); NINO, Carlos S., “Un país al margen de la ley”, Bs. As., Emecé, 1992. Es posible v. además, por ej., VITULLO, Juan Antonio Nicolás, “Corrupción de mayores de edad”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. IV, págs. 925 y ss.; “Corrupción de menores”, en “Enciclopedia Jurídica...” cit., págs. 937 y ss.

desvío de lo valioso en lo social en beneficio de quien se desvía.

La comprensión de la corrupción requiere siempre la referencia a la cultura en que ésta se desarrolla². La corrupción es en todos los casos una expresión de relativa “enfermedad” (“no firmeza”) de la cultura general.

3. Para comprender mejor la corrupción, la perspectiva jurídica ha de referirse de manera integrada a la realidad social, las normatividades y el complejo axiológico que culmina en la justicia, a las distintas ramas del mundo jurídico, a la Historia del Derecho y al Derecho Comparado. La referencia de manera integrada a la realidad social, las normatividades y el complejo “dikelógico” (culminante en la justicia) que proponemos “construir” tiene, a nuestro parecer, su mejor construcción en la *teoría trialista del mundo jurídico*³.

II. La corrupción en el mundo jurídico

1. Perspectivas de la corrupción

A) En el mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

4. La dimensión sociológica del mundo jurídico se refiere a adjudicaciones de “potencia” e “impotencia”, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la vida. Las adjudicaciones son distribuciones y repartos. Las primeras provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar; las segundas se originan en la conducta de seres humanos determinables.

Las bases culturales de la corrupción suelen ser *influencias humanas difusas*, de carácter económico, religioso, etc. A menudo son expresiones de

2 Puede v. en relación con el tema por ej. PASQUINO, op. cit., pág. 378.

3 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> (6-3-2007).

un choque cultural que provoca la desestabilización de la cultura que se corrompe.

Cabe diferenciar la corrupción *real* y la *percepción* de corrupción. La corrupción es un fenómeno difundido, en diversos grados, en todo el mundo, con alcances temporales de enorme antigüedad. A menudo grandes guerras, decididas por países de descollante poder, son impulsadas por ella. Las diferencias entre los países y los tiempos están, sin embargo, no sólo en el grado sino en la difusión social y en la reacción del resto de la comunidad ante el fenómeno. En algunos ámbitos, por ejemplo en numerosos países de Iberoamérica, hay cierta admiración por la corrupción como una expresión de inteligencia, de habilidad para vivir.

5. En cuanto surge de *repartos*, o sea de la conducta de seres humanos determinables más o menos incluibles en los espacios de las distribuciones, vale analizar la corrupción en relación con los repartidores (conductores, con diversos roles más activos y pasivos), los recipientes (beneficiados y gravados), los objetos (a menudo dinero y favor social), la forma (camino previo para llegar al reparto) y las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales).

En cuanto a los *repartidores* la corrupción suele abarcar distintos ámbitos: constituyentes, legisladores, administradores, jueces, partidos, organizaciones no gubernamentales, etc. A veces se establece que los partidos políticos, el poder legislativo y la policía figuran entre los mayores protagonistas de la corrupción⁴.

Desde la perspectiva de los *recipientes*, la corrupción beneficia a sus protagonistas, pero causa perjuicio general, quizás sobre todo a los sectores con menos recursos, que no pueden recurrir a ella. A veces, los elementos en juego están lejos del alcance de los sectores más necesitados y en consecuencia se les niegan servicios básicos que no pueden pagar en esas sumas⁵.

4 V. Transparency International, <http://www.transparency.org/> (22-2-2007); también c. Transparencia Internacional España, <http://www.transparencia.org.es/> (22-2-2007); La Fogata Digital, <http://www.lafogata.org/> (22-3-2007); La Fogata Digital, Latinoamérica, <http://www.lafogata.org/02latino/latinoamerica2/onu.htm> (22-2-2007), La Fogata Digital, Perú, <http://www.lafogata.org/peru2003/percurrepc.htm> (22-2-2007).

5 Transparency International, http://www.poderciudadano.org/up_downloads/campaigns/27_1.doc?PHPSESSID=e351e978c1dd3e7a7f3a17d79040a7d6 (11-3-1007).

En cuanto al *objeto*, importa saber con qué se corrompe y qué se recibe por ella. El beneficio con que se corrompe es con frecuencia el dinero, pero puede ser cualquier otro que sirva al sujeto corrupto (cargos, promociones, favores sexuales, etc.). Los daños de la corrupción pueden afectar a los más diversos sectores de la sociedad⁶.

En principio, la *forma* en que se llega a la corrupción puede ser muy diversa, desde la negociación y el proceso hasta la mera adhesión y la mera imposición. Sin embargo, teniendo en cuenta que siempre hay recipientes no escuchados, puede decirse que se trata al fin, al menos respecto de ellos, de mera imposición.

Acerca de las *razones*, es significativo saber los móviles más o menos “aceptables” o inaceptables de la corrupción, las razones que se alegan para realizar los actos corruptos y la razonabilidad social que en su caso pueden alcanzar los actos corruptos. Como hemos señalado, la corrupción resulta más grave cuando llega a convertirse en “ejemplar” para el conjunto social.

6. Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*. Los primeros se producen por imposición y realizan el valor poder; los segundos se desenvuelven por acuerdo y satisfacen el valor cooperación. Aunque la corrupción se produzca por acuerdo de corruptos y corruptores, en general significa una imposición y un despliegue de *poder* para los otros interesados que no participan de ella.

7. Los repartos pueden ordenarse mediante el plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, y la ejemplaridad que se desenvuelve sobre la base de la razonabilidad de modelos que, por esa cualidad obtienen seguimiento, realizando el valor solidaridad. El orden en su conjunto (régimen) realiza el valor homónimo “orden”. La corrupción tiende a quebrantar la previsibilidad, la solidaridad y el orden. Una sociedad corrupta se hace en gran medida *imprevisible*. La corrupción ejemplarizada tiene destacada gravedad. El desorden de los repartos es anarquía y produce el “disvalor” arbitrariedad. La corrupción produce, en consecuencia *arbitrariedad*.

6 En cuanto a los daños que produce la corrupción puede v. por ej. VIRGOLINI, op. cit., págs. 234 y ss.

8. Los repartos y su régimen pueden encontrar *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas. En relación con la corrupción son especialmente significativos los límites psíquicos, económicos y políticos.

Los límites *psíquicos* comprenden el marco de las inclinaciones morales, ámbito en el cual la carencia de virtud de los sujetos puede tener gran significado en el desarrollo de la corrupción. Los contactos de culturas en los que una “tienta” a la otra y el despliegue de la sociedad de consumo, que genera sujetos permanentemente insatisfechos, ansiosos de más riquezas, también pueden ser incluidos en el espacio de la corrupción.

Los límites *económicos* pueden surgir de la pobreza, que lleva a “vender” lo que se tiene al alcance. El “sub-desarrollo”, es decir el desarrollo menor que el buscado, puede promover la disciplina pero también la corrupción.

Los límites *políticos* surgen de estructuras constitucionales y de partidos deficientes; entre ellos ocupa lugar destacado la constitución material⁷. Cuando una sociedad es afectada por la corrupción hay una constitución material que lo permite, y para superar ese desvío es necesario cambiar dicha constitución. Existe un juego de factores de poder que viabiliza la corrupción, y se debe obrar sobre ellos para bloquear su camino⁸. El poder absoluto con particular frecuencia se corrompe absolutamente. La corrupción suele expresar la falta de adhesión a los valores y anunciar el derrumbe de un régimen. La situación suele ser tan grave que se dice que en África hay sobornos de cuantía ¡en el sistema educativo!⁹.

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

En muchos países la percepción del público respecto de las medidas gubernamentales es con demasiada frecuencia negativa (Transparency International, http://www.poder-ciudadano.org/up_downloads/campaigns/27_1.doc?PHPSESSID=e351e978c1dd3e7a7f3a17d79040a7d6 –14-3-2007–).

8 CINCUNEGUI, Juan Bautista y CINCUNEGUI, Juan de Dios, “La corrupción y los factores de poder”, Rosario, Fundación Argentina de Planeamiento, 1996.

9 Transparency International, http://www.poder-ciudadano.org/up_downloads/campaigns/27_1.doc?PHPSESSID=e351e978c1dd3e7a7f3a17d79040a7d6 (14-3-2007).

Más datos sobre la corrupción pueden v. por ej. en Empresa, excelencia, ética: paradojas en tríada, Eduardo Ibarra Colado, <http://estudios-institucionales-uamc.org/biblioteca/capitulos/B005-10004.pdf> (15-3-2007); también RAMÍREZ, B. (coord.), “Ética y Administración: Hacia un análisis transdisciplinario”, México, UAM - Azcapotzalco, 2000, págs. 67/86.

b) Dimensión normológica¹⁰

9. Las normatividades captan lógicamente repartos proyectados. Se construyen desde el punto de vista de terceros, y entonces son denominadas *normas*, o desde el punto de vista de los propios protagonistas, caso en el cual quizás puedan denominarse “*reglas*”¹¹. La noción de captación significa que al propio tiempo que *describen* los repartos las normatividades los *integran*.

Las normatividades captan la realidad social de manera diferenciada: las normas captan el contenido de la voluntad de repartir y su cumplimiento; en cambio, las reglas sólo describen el contenido de la voluntad de repartir. Las normas tienen sentido de promesa; las reglas son sólo prescripciones (en sentido genérico). La descripción de la voluntad de repartir da lugar a la fidelidad, en tanto la captación del cumplimiento tiene consigo la pretensión de exactitud. Por esto las normas pueden ser fieles y exactas, en tanto las reglas sólo pueden lograr la primera cualidad.

La integración normativa se produce por los sentidos que los conceptos empleados en las captaciones incorporan en la realidad, haciendo que ésta se viva según ellos. Si la integración corresponde a los objetivos de los repartidores la captación es adecuada.

Con frecuencia la corrupción tiende a hacer de las normatividades apariencias que vician la descripción haciendo que las normas en juego sean inexactas, quizás por el abuso respecto de los sentidos incorporados por la integración.

En general, la corrupción suele plantear la realidad como no es, valiéndose de conceptos encubridores, al fin constituye *fraude a las normatividades* en cuestión (suele hablarse de “*fraude a la ley*”¹²).

Las normas tienen la estructura de juicios dotados de antecedentes, que captan el sector social a reglamentar y de consecuencias jurídicas, que captan la reglamentación. A su vez, cada uno de éstos tiene características positivas que deben estar presentes para que las normas se cumplan y características

10 Cabe tener en cuenta por ej. Oficina de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos, Tratados Multilaterales, Convención Interamericana contra la Corrupción, <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> (22-2-2007); Convención Internacional contra la Corrupción, <http://www.probidad.org/regional/legislacion/2002/002.html> (22-2-2007).

11 Para Goldschmidt la captación desde el punto de vista de los protagonistas de los repartos autoritarios debe denominarse imperativo.

12 Es posible c. nuestras “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 29 y ss.

negativas que han de estar ausentes para que ese cumplimiento se produzca. La corrupción vicia los *antecedentes*. En consecuencia es a menudo una *característica negativa* del mismo que debe provocar que la consecuencia jurídica no entre en funcionamiento.

Las normatividades referidas al porvenir son *generales* y realizan el valor predecibilidad; las referidas al pasado son *individuales* y cumplen el valor inmediatez¹³. La corrupción tiende a quebrar la predecibilidad y a alejar de la realidad tal como ésta es, produciendo “mediatez”.

10. A diferencia de quienes presentan el “origen de las normas” en la voluntad divina, la razón, etc., según la propuesta trialista (coincidente quizás con el parecer mayoritario) las *fuentes reales* de las normatividades son los repartos, sea en sentido *material*, es decir los repartos mismos, sea en sentido *formal*, de “autobiografías” de los repartos hechas por los propios repartidores (fuentes formales “constituciones formales”¹⁴, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Las fuentes formales pueden ser más o menos *flexibles o rígidas* (según la facilidad o dificultad de su reforma), *elásticas o inelásticas* (conforme a su mayor o menor facilidad para adaptarse a los cambios de la realidad social) y *participativas o no participativas* en su elaboración. A menudo la corrupción obtiene la “flexibilidad” por vías de la burla de los sentidos de las fuentes, logra elasticidades por desvío y burla la participación de los interesados que no participan.

Las *fuentes de conocimiento* constituyen la *doctrina* (tratados, manuales, tesis doctorales, etc.). También la doctrina puede ser escenario de la corrupción, al menos cuando se aparta de su sentido “científico” y se aproxima a la búsqueda de intereses diversos. Una manera de la corrupción es el entre-cruzamiento de fuentes de modo que unas se esconden en otras, por ejemplo cuando la sentencia se utiliza como medio para pontificar en doctrina.

11. Para que los repartos proyectados captados en las normatividades se realicen es necesario que las normatividades funcionen. El *funcionamiento de las normatividades* plantea una relación a menudo tensa entre los autores de las normatividades y los encargados del mismo y requiere, en diversos grados según los tipos de captaciones y las circunstancias, tareas de reconocimiento,

13 Quizás la captación desde el punto de vista de los protagonistas sea más consistente cuando se refiere a sectores sociales relativamente presentes.

14 No materiales.

interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. La corrupción puede afectar las diferentes tareas, falsificando su desenvolvimiento. Un despliegue muy significativo es el que se produce en la elaboración de las normatividades¹⁵.

12. Los *conceptos* empleados en las captaciones normativas pueden tener más o menos carga ideológica indisponible. Esto significa que pueden ser más *institucionales* o *negociales*. La corrupción suele negocializar las institucionalidades.

A menudo a través de la corrupción se corroen las más diversas y las más importantes instituciones, como el Estado, la Universidad, etc.¹⁶

13. El *ordenamiento normativo* es la captación del orden de repartos. También puede construirse desde el punto de vista de terceros o de protagonistas. Se forma a través de relaciones verticales de producción y de contenido, que realizan respectivamente los valores subordinación e ilación y de vinculaciones “horizontales”¹⁷ de producción y de contenido, que satisfacen de manera respectiva los valores infalibilidad y concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza así el valor coherencia.

La corrupción quiebra las relaciones verticales y horizontales del ordenamiento, produciendo *insubordinación*, *falta de ilación*, *falibilidad* y *discordancia*; a través de todo esto suscita *incoherencia*. Desde la perspectiva trialista, donde no se recurre a la “habilitación”, la corrupción tiende a “quebrar” la pirámide jurídica.

c) Dimensión dikelógica

14. Según la propuesta trialista, la construcción del mundo jurídico ha de incluir la referencia a un complejo de valores que culmina en la *justicia*. De aquí que se haga referencia a una dimensión “dikelógica”. La corrupción

15 La corrupción puede afectar principalmente la elaboración de las normas, su aplicación y las medidas que se adoptan para hacer valer las normas contra los transgresores (es posible v. PASQUINO, op. cit., pág. 378).

16 La corrupción universitaria, por ejemplo a través de profesores que limitan su evaluación para que los alumnos no les pregunten sobre temas que no conocen, es frecuente.

17 La “horizontalidad” abarca también transversalidad, se diferencia principalmente de la verticalidad.

es un “desvío” axiológico, que también puede apreciarse desde el punto de vista de la justicia.

15. Según la jerarquía que se les asigne, los valores pueden tener relaciones de coadyuvancia o de oposición. La coadyuvancia puede ser de contribución, cuando se produce entre valores de distinto nivel, o de integración, cuando sucede entre valores del mismo nivel. La oposición puede ser legítima o ilegítima. En el primer caso, los valores se sustituyen, en el segundo secuestran unos el lugar de los otros. La arrogación puede ser ascendente por subversión, descendente por inversión, o por arrogación al mismo nivel. En la corrupción la *utilidad* ocupa ilegítimamente el lugar de otros valores, principalmente por *subversión* (v. gr. contra la humanidad¹⁸) o *arrogación* (por ej. contra la justicia).

16. Siguiendo las enseñanzas aristotélicas acerca de las *clases de justicia*, es posible diferenciar clases de justicia, o sea caminos para pensar el valor, en relación con los elementos de los repartos, considerándolos aislados o relacionados¹⁹. La corrupción desvía los caminos para pensar el valor. Tiende, sobre todo, a *simetrizar* (hacer fácilmente comparable) lo asimétrico (dificilmente comparable). Para ello se vale con gran frecuencia de la intervención “simetrizadora” del dinero. Este sirve, por ejemplo, para intercambiar la dignidad de los cargos por favores personales. La justicia particular es la exigencia última que caracteriza al Derecho Privado y la justicia general (referida al bien común) es el requerimiento último del Derecho Público. Con frecuencia la corrupción hace prevalecer lo particular sobre lo general, puede decirse que *privatiza* lo público²⁰. Además la corrupción es un atropello que sacrifica ilegítimamente la justicia “de partida” a la justicia “de llegada”. Como hemos señalado, el fin no repara en los medios.

18 Entendemos por humanidad el valor del deber ser cabal de nuestro ser.

19 Es posible reconocer la justicia consensual y extraconsensual; con o sin consideración de personas; simétrica o asimétrica; monologal y dialogal, y espontánea y conmutativa; asimismo la justicia “partial” y gubernamental; simétrica y asimétrica; de aislamiento y de participación; absoluta y relativa, y particular y general. Además es posible tener en cuenta la justicia “de partida” y la justicia “de llegada” y el juego de la justicia rectora y correctora (puede v. nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.).

20 Acerca de la corrupción como privatización de la ley puede v. por ej. VIRGOLINI, op. cit., págs. 258 y ss.

17. Para desarrollar los contenidos de la justicia vale adoptar un *principio supremo* de ese valor. Werner Goldschmidt presenta, con carácter objetivo, el principio supremo de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona. En nuestro caso, proponemos adoptarlo como base consensual sobre cuya construcción es posible desarrollar planteos de rigor científico. Esclarecedor aplicar ese principio supremo a los repartos aislados y al régimen. La corrupción deslegitima a unos y otro.

18. La legitimidad de los *repartidores* surge principalmente del acuerdo de todos los interesados, o sea de la autonomía. En relación con ella valen la paraautonomía del acuerdo de los interesados en que alguien reparte (v. gr. en el arbitraje); la infraautonomía del acuerdo de la mayoría (por ej. en la democracia) y la criptoautonomía (del acuerdo que prestarían los interesados en caso de conocer el reparto, como en la gestión de negocios ajenos sin mandato). En otro sentido, en principio inferior, es legítima la aristocracia que surge de la superioridad moral, científica o técnica. La corrupción *destruye la legitimidad de los repartidores*: en cuanto a la *autonomía*, porque los corruptos y los corruptores no suelen tener en cuenta a todos los interesados ni a la mayoría, y respecto a la aristocracia porque no poseen *superioridad* moral ni tampoco suficiente respaldo científico y técnico. Por carecer de legitimidad los repartidores de la corrupción son díkelógicamente “*de facto*”.

Un tema importante es la *responsabilidad* por la corrupción. No cabe duda que los autores del reparto corrupto deben responder por él. Sin embargo, cabe preguntarse si en caso de que un régimen en su saldo sea “corrupto” debe hacerse un reclamo colectivo a los supremos repartidores o sus seguidores.

Los *recipiendarios* pueden legitimarse por los merecimientos o los méritos, o sea por la necesidad o la conducta. En la corrupción se desconocen tales títulos de legitimidad adjudicando más allá o menos de lo que ellos podrían legitimar.

Respecto a los *objetos*, la corrupción adjudica potencias e impotencias indebidas, generalmente en alguna medida vinculadas al dinero. Los objetos repartidos no son legítimos, no son dignos de ser repartidos, es decir, no son “*repartidores*”. Suele afirmarse que la corrupción bloquea el desarrollo humano.

Dado que no se escucha a todos los interesados, la *forma* de los repartos de corrupción no es legítima. Una de las características de la corrupción es que carece de razones legítimas, no tiene *fundamentación*; a veces también se pretende fundamentar de manera corrupta.

19. Para ser justo de acuerdo al principio antes adoptado, el régimen ha de ser “humanista” y no “totalitario”, es decir, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. La corrupción es *totalitaria* porque mediatisa a los seres humanos.

Un régimen es justo si atiende a la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad de todos los hombres*. La corrupción plantea una *unicidad exaltada*. Rompe la comunidad y la igualdad humanas.

El régimen justo ha de *proteger* al individuo contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). La corrupción pone a los demás individuos *a merced* de los autores de la corrupción y con esto genera, además, otros peligros por debilitamiento de las defensas respecto de esos otros frentes de agresión.

B) En las ramas del mundo jurídico

20. La corrupción se presenta con especial intensidad en ramas del Derecho Público, pero en general afecta a todo el complejo de las ramas jurídicas²¹.

C) Horizonte histórico

21. La corrupción acompaña a menudo los *cambios* de edades históricas²², cuando hay choques entre sentidos culturales más débiles y más

21 Complejo que debe estudiar la Teoría General del Derecho en su aspecto “abarcador” (pueden v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 33/76; en colaboración con ARIZA, Ariel, CHAUMET, Mario E., HERNÁNDEZ, Carlos A., MENICOCCI, Alejandro Aldo, SOTO, Alfredo M. y STÄHLI, Jorge, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.).

22 Suele decirse que la contaminación del poder por un poder de naturaleza distinta marca el final de una edad histórica y el comienzo de otra (MANFRONI, Carlos A., “Control político en el capitalismo global”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, pág. 66).

fuertes y pertenece a los períodos de decadencia²³. Está en consecuencia presente en nuestros días en que, más que cambiar de edad, estamos cambiando de era²⁴ de la historia, tal vez con la “decadencia” del “mundo viejo”. Sin embargo, a veces los grandes cambios van acompañados también de esfuerzos radicalizados, reales o alegados, en la lucha contra la corrupción²⁵.

En una cultura compleja y cambiante como la Occidental los desajustes culturales que conducen a la corrupción tienen múltiples oportunidades²⁶. El sentido economicista que a menudo domina a nuestra cultura tiende a promoverla. Quizás la favorezca el sentido relativamente superficial, práctico y privatista heredado de Roma, que en la actual posmodernidad parece imperar sobre los otros elementos del legado occidental. En el mundo de la *globalización/marginación*²⁷, tal vez relativamente análogo al del Imperio²⁸, la corrupción encuentra muchos carriles expeditos para desarrollarse.

En países como la Argentina, con una larga trayectoria de corrupción, que arranca por ejemplo del *contrabando del período colonial*, el fenómeno tiene raíces particularmente profundas.

2. *Estrategia contra la corrupción*

22. La estrategia jurídica es un enfoque que está lejos de recibir la atención que merece²⁹. Sin embargo, la defensa contra la corrupción sólo puede encararse desde una perspectiva de conjunto, de carácter *estratégico*,

23 Es posible v. nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 5, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 9 y ss. Allí hablamos de “cultura” en sentido específico.

24 Principalmente por las posibilidades genéticas sobre la especie humana.

25 Cabe recordar la figura de Robespierre, llamado el Incorrumpible.

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

27 Puede v. por ej. nuestro trabajo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 41/56.

28 Algunas veces, la globalización económica es vinculada a Cartago: MANFRONI, op. cit., págs. 63 y ss.

29 Cabe c. por ej. nuestro artículo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación...” cit., N° 36, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 21/31.

que considere las tres dimensiones jurídicas, atienda a todas las ramas del Derecho y se proyecte a la cultura en general.

Como en todos los casos de amenaza, vale *debilitar* a quienes amenazan y *fortalecer* a quienes son amenazados. En el primer sentido son importantes la división del poder, la frustración de los beneficios de la corrupción³⁰ y la pena³¹; en el segundo sentido son relevantes las posibilidades de denuncia efectiva, la formación de poderes de defensa y la educación. Parece claro que la corrupción no debe ser concebida como un problema solamente penal.

Al fin se trata en gran medida de una paciente tarea de mejoramiento de la condición humana.

30 Es relevante evitar el “lavado” de los resultados de la corrupción.

31 En algunas culturas la pena contra la corrupción ha sido terrible, pero a menudo no exitosa (Palladium,http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/0_alumnos/esal1ca2.php-15-3-2007-).

PERSPECTIVAS TRIALISTAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA ADECUACIÓN DE LOS CONCEPTOS NORMATIVOS

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

Resumen: La teoría trialista del mundo jurídico, construida dentro de la corriente integrativista y el tridimensionalismo, propone que las normatividades sean consideradas captaciones de la realidad social de repartos de potencia e impotencia. Las captaciones al propio tiempo describen e integran la realidad. En el artículo se estudian los efectos integradores que los conceptos empleados en las captaciones tienen en la realidad, utilizando como ejemplos el matrimonio y la unión civil.

Palabras claves: Teoría trialista del mundo jurídico - Integración conceptual - Matrimonio - Unión civil.

Abstract: The Trialist Theory of the Juridical World, which belongs to the integrativism movement and the tridimensionalism, states that norms should be considered as graspings of social reality. Social reality is considered here as the conjunction of allotments of power or powerlessness. These allotments both describe and integrate social reality at the same time. This article studies the integrative effects that concepts used from norms have on reality. In order to do that, marriage and civil union are taken as examples.

Key Words: Trialist Theory of the Juridical World - Conceptual integration - Marriage - Civil union.

I. Nociones básicas

1. Según la propuesta de construcción del objeto de la ciencia del Derecho, hecha dentro de la orientación integrativista y el tridimensionalismo, por la *teoría trialista del mundo jurídico*, éste debe edificarse con repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados por normatividades (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normatividades, por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)¹.

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

1 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", 2^a ed., Bs. As., Depalma, 1986; "Justicia y verdad", Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de

Las normatividades son captaciones lógicas de repartos proyectados que pueden ser promisorias o “prescriptivas” en sentido amplio, construidas de manera respectiva en términos del ser o del deber ser. Las normas son específicamente captaciones lógicas de repartos proyectados hechas con carácter promisorio. Para que puedan tener este carácter deben ser hechas según las producirían terceros².

Al *captar* los repartos proyectados, simultáneamente las normas los *describen* y los *integran*. Al integrarlos emplean *conceptos*³ que *clarifican*, *precisan* y *consolidan*⁴ los conceptos del lenguaje ordinario e *incorporan* sentidos que éstos no tienen, produciendo *materializaciones* (integración sustancial)⁵. Los conceptos normativos se toman a menudo de los que se emplean en el lenguaje ordinario, pero al menos tienen mayor claridad, precisión y solidez y muchas veces se aplican a realidades que complementan así su significación⁶. Las normas integran también *situaciones* que, en el planteo goldschmidtiano, son distribuciones⁷ tenidas en cuenta como puntos

Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

2 Diversas son las captaciones que pueden llamarse “prescriptivas” en sentido amplio, hechas en el curso del deber ser, desde el punto de vista de los protagonistas.

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

Acerca de las diferencias de opinión en cuanto a los conceptos, cabe recordar la evolución de Rudolf von Ihering (v. gr. IHERING, Rodolfo Von, “El espíritu del Derecho Romano”, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998; “Jurisprudencia en broma y en serio”, trad. Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933).

En cuanto al Derecho y el lenguaje cabe c. CARRIO, Genaro R., “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, 4^a ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990.

4 Para estudiar esa consolidación pueden utilizarse la expresión “conceptualidad protegida”, aclarando que se trata de un sentido diverso al de las razones protegidas desplegadas desde el pensamiento de Raz (RAZ, Joseph, “Practical Reason and Norms”, Oxford, [5 V. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 200 y 303 y ss. También hay que tener en cuenta la normación de situaciones \(GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 303\)](http://books.google.com.ar/books?id=HuAWO2o8RsYC&dq=practical+reason+and+norms+raz&pg=PP1&ots=5UWwS4I9LL&sig=zuLX7a7jGzZFLXI7gSnhb9Fg9g&hl=es&prev=http://www.google.com.ar/search?hl=es&q=practical+reason+and+norms+raz&sa=X&oi=print&ct=title&cad=one-book-with-thumbnail#PPA11,M1–20-1-2008–; REDONDO, María Cristina, “Normas Jurídicas como Razones Protegidas”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, vol. 79, fasc. 4, págs. 321 y ss.).</p>
</div>
<div data-bbox=)

6 Mucho importan la extensión y la comprensión con que se construyan los conceptos.

7 Consideramos que también integran las situaciones de los resultados de otros repartos.

de partida por los repartidores, a cuyos repartos se integran (integración relacional⁸).

Según Goldschmidt, se entiende por materializaciones las personas y cosas que pueblan el mundo jurídico en específica configuración normativa, en analogía a como el mundo de la naturaleza está poblado por cosas y personas en específica configuración científico-técnica⁹. Nombrar es “*rotular*” y de alguna manera *cambiar*. Los sentidos normológicos, que interesan de manera especial en cuanto difieren de los ordinarios, hacen que vivamos conforme a ellos y se mantienen hasta tanto no sean cambiados normativamente o destruidos por la realidad.

Para apreciar los alcances de claridad, precisión y consolidación y los sentidos que los conceptos integran en la realidad de los repartos es importante contar con la rica variedad de perspectivas *sociológicas*, *normológicas* y *dikelógicas* que brinda la teoría trialista del mundo jurídico. Es relevante saber cuáles son los sentidos tridimensionales que se incorporan y para conocerlos hay que poder *comparar* la *realidad social* y lo que las normas *integran*, con el pertinente reflejo que surge en el marco *valorativo*.

Por ejemplo: el concepto integrador “profesor”, distinto de “docente”, “disertante”, “conferenciante”, etc., clarifica, precisa y consolida la tarea que cumple el sujeto de referencia, con sentidos tridimensionales, agregándole un peso académico que difiere del que asignan los otros conceptos y quizás la realidad común en principio no le brinda. Lo propio puede decirse de la integración de la unión de parejas por el concepto “matrimonio”, diferente de manera tridimensional de la integración que brindan “unión civil”, “comunidad de vida”, “sociedad de convivencia”, “pacto civil de solidaridad”, “concubinato”, etc.

Las materializaciones pueden ser clasificadas en *personales* (legisladores, jueces, profesores, alumnos, abogados, médicos, etc.) y *no personales* (moneda, escrituras, listas de asistencia a clases, facultades, registros, etc.). Tal vez de manera más diversificada puedan ser agrupadas en personales, “reales” y conductistas.

2. Las diferencias y las semejanzas en las funciones integradoras dependen en mucho de las problematizaciones y las reglamentaciones fácticas

8 Por ejemplo, si se subsidia a las víctimas de un terremoto.

9 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 318.

y los *antecedentes* y las *consecuencias jurídicas* que las captan, pero las normas tienen también efectos “*paraconsecuenciales*”, que en gran medida surgen de los conceptos empleados y no de las consecuencias jurídicas mismas. En la finalidad objetiva que encontramos en los acontecimientos, es decir en los “sentidos” que encontramos en ellos, y en la causalidad, por ser categorías pantónomas, hay alcances “*paraconsecuenciales*”, distintos de los abarcados por la finalidad subjetiva de los repartidores, que como tal es monónoma, sea con voluntad expresiva o de ocultamiento de estos alcances¹⁰. Muchos sentidos de las normas, en sus consecuencias jurídicas y también en sus conceptos, sobrepasan los fines de sus autores. La materialización “profesor” puede tener sentidos negativos, distintos de los positivos que asigna la norma, en áreas donde sea concebida como un instrumento de opresión cultural.

3. Del reconocimiento de la función integradora surgirá también si los conceptos como clarificación, precisión y consolidación y como producción de materializaciones son adecuados socio-normo-dikelógicamente a las necesidades de las normas y a la realidad social¹¹. La *adecuación* es un valor relativo supeditado al fin a la justicia, pero de gran significación desde la dimensión normológica, en el Derecho en general y en la cultura toda. La inadecuación puede ser muestra de una tensión o una “desviación” cultural.

Por ejemplo: importa diferenciar los sentidos que incorporan a la realidad de una pareja los conceptos *matrimonio* y *unión civil*, cuyo empleo es hoy objeto de fuertes discusiones, tal vez en especial en relación con las parejas que, con grandes debates, son llamadas “homosexuales”¹². Los resultados

10 Pan=todo; nomos=ley que gobierna. Pueden v. nuestras “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967 (reimpresión en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 28, págs. 105/12).

11 Aquí “adecuado” quiere decir apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de alguna cosa (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 21^a ed., Madrid, t. I, 1992, pág. 40). Otros sentidos de la palabra adecuación pueden v. por ej. en FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, 5^a ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, t. I, págs. 51 y s. Respecto de la posición de Husserl es posible v. por ej. SOKOLOWSKI, Robert, “Husserl”, en AUDI, Robert (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, 2^a reimp., Cambridge University Press, 1997, págs. 347 y ss.

12 Una de las muestras del debate en torno a los conceptos es la sustitución de la noción de unión civil por la referencia a la comunidad de vida, que puede brindar cierta aceptación mayor en algunos medios.

Cabe c. nuestros artículos “Bases para la comprensión jusfilosófica del Derecho de Familia”, en “Investigación y Docencia”, Nº 17, págs. 17 y ss.; “Comprensión trialista del Derecho de Familia”,

integradores de utilizar uno u otro concepto son muy disímiles y a esto se debe la pugna por su empleo, aunque las reglamentaciones y las consecuencias jurídicas que las captan sean incluso relativamente semejantes.

Como punto de partida hay que conocer la realidad, en este caso la realidad de pareja a la cual los conceptos se refieren, y de ello depende en gran medida el significado de la integración. Sin embargo, pueden esbozarse algunas *aproximaciones genéricas* que desarrollaremos a continuación.

II. Perspectivas en la teoría trialista del mundo jurídico

1. Dimensión sociológica

4. Los conceptos pueden referirse a *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, que son más espontáneas, o *repartos* producidos por la conducción humana. El matrimonio y la unión civil se generan en gran medida en las distribuciones de la naturaleza y de las influencias humanas difusas, pero agregan importantes despliegues de reparto. Fuertes sentidos de influencias humanas difusas de carácter religioso y económico militan a favor del matrimonio, aunque también cabe reconocer que otras poderosas influencias difusas económicas impulsan la jerarquización de la unión civil. Hasta no hace mucho, los alcances de los beneficiarios “familiares” eran más amplios y las potencias y las impotencias del matrimonio eran más profundos y complejos de lo que en principio puede significar la unión civil.

Los conceptos pueden referirse a la *autoridad* o la *autonomía* de los repartos, con la pertinente realización respectiva de los valores poder y cooperación. El matrimonio posee tradicionalmente sentidos de autoridad y de consecuente realización del valor poder mayores que la unión civil, que es más afín a la autonomía de los interesados, con la pertinente satisfacción del valor cooperación.

Los repartos se *ordenan* por el *plan de gobierno*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad, y la *ejemplaridad*, que se desenvuelve en el curso del seguimiento de los repartos que se consideran

en “Investigación...” cit., Nº 23, págs. 11 y ss.; “Jusfilosofía del Derecho de Familia en la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., Nº 29, págs. 17 y ss.; “Filosofía del Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., Nº 34, págs. 15/40.

razonables y satisface el valor solidaridad. El concepto matrimonio tiene hasta ahora un lugar más “fácil” en la planificación gubernamental que la unión civil. El matrimonio integra sentidos de razonabilidad social promotores de ejemplaridad consolidados, que la unión civil, al menos en medios como el nuestro, aún no aporta. De cierto modo, cabe señalar que el matrimonio tiene todavía alguna proyección de “legitimación” social superior a la de la unión civil. En correspondencia con lo ya expresado, en muchos casos el matrimonio será mejor recibido en marcos de adjudicación de “potencia”¹³ que las uniones civiles.

5. Los repartos y su orden y la función integradora pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas. Pueden resultar más o menos *viables* según el juego de factores de poder de la “constitución material”¹⁴. En nuestro caso, la integración conceptual matrimonial o de unión civil puede encontrar o no límites necesarios surgidos de la naturaleza de las cosas. Es posible que los dos conceptos se rechacen con la realidad social o que se limiten entre sí¹⁵. Quizás ahora el impulso de la unión civil vaya limitando el empleo del concepto matrimonio o éste sea vaciado de algunos de sus contenidos tradicionales para admitir, sobre todo, las uniones homosexuales.

2. Dimensión normológica

6. Las normas y sus integraciones conceptuales pueden ser *fieles*, cuando reflejan con acierto el contenido de la voluntad de sus autores; *exactas* cuando la promesa contenida en las normas se cumple y *adecuadas*. La adecuación que tengan los conceptos puede contribuir a la fidelidad y la exactitud. El empleo del concepto matrimonio, claramente configurado a través de la historia, puede dar más posibilidades a la fidelidad que el de unión civil. La fuerza ejercitable en la materia puede lograr que los dos conceptos alcancen integraciones con altas posibilidades de exactitud, aunque quizás el consenso del concepto matrimonial pueda aumentar todavía las posibilidades respectivas.

13 “Potencia” es lo que favorece o perjudica al ser y específicamente a la vida humana.

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

15 Con “plusmodelación” fáctica (“sobreactuación”) de la unión sexual y “minusmodelación” fáctica (“vaciamiento”) del matrimonio. Es posible c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación...” cit., Nº 37, págs. 85/140).

7. Los conceptos pueden tener más carga ideológica y ser menos disponibles para las partes, lo que significa que poseen más carácter *institucional*, o ser más disponibles, con rasgo más *negocial*. Los conceptos más institucionales pueden producir más conflicto con la autonomía de las partes, por vocación “de entrada” o “de salida”, y dar más espacio al *fraude a la ley*. La integración por el concepto matrimonio es más institucional y la de unión civil es más negocial. La relación entre el matrimonio y la unión civil puede invitar más al paso de un campo al otro a través del fraude a la ley.

8. Los conceptos forman habitualmente una trama en el *ordenamiento normativo* que complejiza sus alcances. La integración de los repartos matrimoniales y de unión civil no se produce sólo por normas aisladas, sino por los sentidos que atribuye a ambos conceptos todo el ordenamiento.

3. Dimensión dikelógica

9. En el complejo axiológico que interesa considerar en el mundo jurídico la justicia ocupa un lugar descollante. Otros valores son el amor y la utilidad. En la cultura tradicional el concepto matrimonio resulta más afín a la relación de la justicia con el *amor*; en el concepto unión civil la proximidad es mayor entre la justicia y la *utilidad*.

10. Siguiendo la idea aristotélica de encontrar caminos para pensar la justicia, denominados *clases de justicia*, es interesante en este caso hacer referencia a la clasificación de la justicia *consensual* y *extraconsensual*; *comutativa* o *espontánea* (con o sin “contraprestación”); *de aislamiento* y *participación* y *particular* o *general* (referida al bien común). La justicia particular es exigencia última del Derecho Privado y la justicia general es requerimiento final del Derecho Público. El uso del concepto matrimonio se remite más a la justicia extraconsensual, espontánea, de participación y general; el concepto unión civil aproxima más a la justicia consensual, comutativa, de aislamiento y particular. Puede decirse que el matrimonio, pese a ser privatista, está más cercano al Derecho Público que la unión civil.

11. La integración normativa tiene también efectos en cuanto a la legitimación de justicia, pero las cuestiones respecto de ésta son muy tensas porque se debate cuál es el contenido de la misma. Werner Goldschmidt

sostuvo, con carácter objetivo y natural, que el *principio supremo* de justicia consiste en asegurar a cada cual la esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona¹⁶. No creemos que sea útil enfrascarse en la polémica acerca de la objetividad o subjetividad y la naturalidad o culturalidad del contenido de justicia. Entendemos que, en cambio, es importante llegar a un *consenso básico* sobre el cual pueda desarrollarse un debate riguroso al respecto. A nuestro entender, es interesante el principio supremo goldschmidtiano, siempre que estén en claro las bases del debate, incluyendo, por ejemplo, qué ha de entenderse por esfera de libertad, desarrollo y personalidad. En relación con ese principio puede investigarse la legitimidad de la integración normativa, en este caso, la que efectúan los conceptos matrimonio y unión civil.

12. Si se aplica el principio supremo a los *elementos del reparto* (repartidores, recipientes, objeto, forma y razones) y al *régimen* se aprecian diversos enfoques de legitimidad de la integridad conceptual.

Los *repartidores* se legitiman por la *autonomía* de los interesados y por la *aristocracia* consistente en la superioridad moral, científica y técnica. El matrimonio y la unión civil tienen importantes perspectivas de legitimación autónoma, pero al matrimonio se le atribuye una superioridad moral que complementa la autonomía con la aristocracia. En cuanto a la *responsabilidad* de los repartidores, tradicionalmente el matrimonio genera una mayor responsabilidad común e incluso por la comunidad familiar; a menudo la unión civil se limita a la responsabilidad individual.

Los *recipientes* se legitiman por la necesidad, que constituye *merecimiento* y por la conducta, que forma el *mérito*. El matrimonio se apoya en gran medida en la exigencia de méritos, pero agrega aspectos de atención a las necesidades, de solidaridad profunda ante los merecimientos, que en la unión civil pueden ser menos consistentes. Al fin la unión civil se relaciona a menudo más con los méritos.

Los *objetos* legítimos son llamados *repartidores*, dignos de ser repartidos. Se relacionan con el dar y quitar vida, la propiedad, el trabajo, etc. En el despliegue tradicional, el concepto matrimonio tiene más vinculación de legitimidad profunda con el *dar vida* y el compromiso respectivo; el concepto

16 GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., pág. 417.

unión civil parece tener más relación con la legitimación por la *propiedad* y el patrimonio en general.

La *forma* de los repartos se legitima por la *audiencia*, que en los repartos autoritarios es más procesal y en los repartos autónomos es más negocial. El empleo del concepto matrimonio instala en mayores cauces de procesualidad; el de unión civil coloca en mayores caminos de negocialidad.

Desde el punto de vista dikelógico las razones de los repartos interesan como *fundamentación*. Cada reparto tiene diversos sentidos de fundamentación. En virtud de lo que hemos expuesto, la fundamentación que convoca el concepto matrimonio es diversa de la que se desenvuelve cuando se emplea el concepto unión civil.

13. Un *régimen* es justo cuando toma a cada individuo como un fin y no como un medio. En el primer caso es *humanista* y en el segundo totalitario. El humanismo debe ser en principio *abstencionista* y excepcionalmente intervencionista (paternalista). En principio, el matrimonio tiene más afinidad con el intervencionismo; la unión civil se relaciona más con el abstencionismo. Sin embargo, la presencia de intereses distintos de los componentes de la pareja de unión civil suele invocarse como base para el intervencionismo.

El respeto al individuo exige que se atienda a la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres. El primero requiere el liberalismo político; la segunda reclama la democracia y la tercera requiere la “*res publica*”. El concepto matrimonio tiene un fuerte sentido de comunidad. Dada la diversidad de sus posibles contenidos, el concepto unión civil posee más afinidad con la unicidad y tiene una relación con la igualdad mayor que el del clima de autoridad que puede poseer el matrimonio.

14. La realización del régimen de justicia requiere la *protección* del individuo contra todas las amenazas, de los *demás individuos* como tales y como régimen; de *sí mismo* y de todo “*lo demás*” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). Los conceptos matrimonio y unión civil son, quizás con intensidades decrecientes, medios para la protección del individuo contra la soledad. Es posible que el matrimonio tenga una mayor intensidad de amparo contra la enfermedad y respecto del propio individuo. Tal vez en su interior la unión civil resguarde más a un integrante respecto del otro. Es posible que la solidez del matrimonio sea comprendida como una protección del individuo contra el régimen.

III. Aportes de la teoría de las respuestas jurídicas

15. Aprovechando la experiencia del Derecho Internacional Privado de conflicto de leyes hemos elaborado una *teoría de las respuestas jurídicas*¹⁷, que aporta a los alcances *abarcadores* de la *Teoría General del Derecho*¹⁸ señalando las influencias y los alcances de las respuestas, su dinámica y sus posiciones. El matrimonio ha tenido tradicionalmente una posición más dominadora sobre otras instituciones, como la filiación e incluso la sucesión. Hoy la unión civil posee menos influencia hacia el exterior e incluso a menudo depende de los contratos¹⁹.

IV. Horizonte en la teoría trialista del mundo político

16. En el horizonte político general, puede construirse, dentro de la corriente integrativista tridimensionalista, una *teoría trialista del mundo político*²⁰. Esta propuesta abarca un conjunto de actos de coexistencia (dimensión sociológica) captados por normatividades (dimensión normológica) y valorados, los actos de coexistencia y las normatividades, por un complejo de valores de convivencia (dimensión axiológica). Ese complejo político general comprende diversas ramas, signadas al fin por las exigencias de distintos valores: *política sanitaria* (salud), *política científica* (verdad), *política artística* (belleza), *política jurídica* (justicia), *política “erótica”* (amor²¹), *política económica* (utilidad), *política religiosa* (santidad), etc. El Derecho es la política jurídica. En ese marco, pese a las importantes investigaciones realizadas respecto de su vinculación con la economía, quizás pueda afirmarse que el concepto matrimonio es en general más afín a la política “erótica” y a la política religiosa, en tanto el concepto unión civil es más cercano a la política económica.

17 Puede v. nuestra investigación “Aportes para una teoría...” cit.

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

19 Cabe c. nuestros trabajos “Bases para la filosofía de la división ‘pentárquica’ del Derecho Civil”, en “Investigación...” cit., Nº 9, págs. 17 y ss.; “La vida de la división “pentárquica” del Derecho Civil en la cultura argentina actual”, en “Jurisprudencia Argentina”, 6 de febrero de 2006, págs. 3/14.

20 Es posible c. nuestro libro “Derecho y política” cit.

21 Como realización de un amante por la realización del otro.

V. Horizonte cultural argentino

17. La cultura jurídica argentina, a semejanza de lo que suele ocurrir en España y en el resto de Hispanoamérica, está dividida en dos grandes sectores: uno “*hispánico tradicional*”, más católico, paternalista e intervencionista, y otro más “*anglofrancés*”, más afín a la Reforma, individualista y abstencionista. El ámbito hispánico tradicional asimiló a sectores indígenas y en países como el nuestro se nutrió también de la inmigración española e itálica meridional. El ámbito anglofrancés tiene aportes norteamericanos. El sector hispánico tradicional cuenta entre sus representantes a Felipe II, Rosas y Perón. Se expresa, por ejemplo, en “*Martín Fierro*”. La orientación anglofrancesa se manifiesta en Carlos III, Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento y Aramburu. Su expresión literaria más representativa es “*Facundo*” (*Civilización y Barbarie*)²². Pese a que en ciertos casos los sectores gauchescos hispánicos tradicionales se resistieron al matrimonio, cabe entender que el espacio hispánico tradicional tiene más sentido institucional matrimonial y el ámbito anglofrancés, sobre todo hoy, se remite más a la unión civil. No es sin motivo que la “*anglofrancesa*” ciudad de Buenos Aires fue en 2002 vanguardia en la posibilidad de la registración de las uniones civiles (ley 1004)²³. Evidenciando la tensión cultural referida, los dos sectores difieren en cuanto a la adecuación de estos conceptos.

VI. Conclusión

18. *Desenmascarar* los significados de los “rótulos” que ponen los conceptos y apreciar su *adecuación* es de gran importancia para la tarea de “perforación” de los velos ideológicos que debe cumplir la ciencia jurídica. La teoría trialista del mundo jurídico, la teoría de las respuestas jurídicas y la teoría trialista del mundo político brindan importantes contribuciones al respecto.

22 Puede v., por ej., nuestro artículo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro...” cit., N° 27, págs. 113/26.

23 España, bajo el relativamente anglofrancés gobierno del PSOE y con la oposición del más hispánico tradicional PP, aprobó la ley de matrimonio entre homosexuales.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

MILTON FEUILLADE *

Resumen: El Derecho Procesal Civil Internacional forma parte del Derecho Internacional Privado, como rama de la materia. El estudio de su historia es fundamental a la hora de poder proyectarlo y aplicar soluciones a sus problemáticas. Se presenta como necesario para la correcta resolución del caso con elementos extranjeros. En la antigüedad, la ley estaba ligada a la territorialidad, si bien pueden encontrarse vestigios de normas procesales de carácter internacional privatista. La Edad Media, no logró elaborar un sistema de Derecho Internacional Privado, que recién en la modernidad se configurará tal como hoy lo conocemos. Del estudio de la historia del Derecho Procesal Civil Internacional se deduce que ha tenido un gran desarrollo en el S. XX, pero aún se encuentra en plena evolución.

Palabras clave: Historia del Derecho Procesal Civil Internacional - Antigüedad - Edad media - Modernidad.

Abstract: International Procedural Civil Law is part of Private International Law and a branch of this matter. This branch is necessary to decide cases with foreign elements. The study of its history is fundamental to project and implement solutions to their problems. In the ancient times, law was territorial, but traces of international procedural rules could be found. In the Middle Ages it was not possible to develop a system of Private International Law, which was finally set in Modern Age as we know it today. Procedural aspects of International Law have experienced great development in the 20th Century, but are still in evolution.

Key words: History of International Procedural Civil Law - Ancient times - Medieval Ages - Modern Age.

I. Introducción

El Derecho Procesal Civil Internacional es una parte del Derecho Internacional Privado, que reconoce su razón de ser en la diversidad y el tráfico jurídico externo. Posee un hondo arraigo en nuestro país. Prueba de

* Investigador del CONICET. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Adscripto de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UNR.

ello es el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal de 1889, dedicado a la materia.

Su objeto es la regulación de la función jurisdiccional de los Estados, cuando su ejecución o cumplimiento se conecta de algún modo con un orden jurídico extranjero. Se puede conceptualizar como “el conjunto de normas y principios que regulan esa función jurisdiccional cuando su cumplimiento supone algún tipo de contacto con un ordenamiento jurídico extranjero”¹.

Otra definición parte del supuesto de que los problemas de internacionalidad procesal constituyen el objeto propio del Derecho Procesal Civil Internacional. De este modo, nos dicen Virgós Soriano y Garcimartín Alférez que es “aquel sector del Derecho Procesal Civil cuyo objeto es resolver los problemas procesales asociados al fraccionamiento jurídico del mundo y a la división territorial de los servicios jurisdiccionales Estatales”². No compartimos este concepto, porque consideramos a esta rama como integrante del Derecho Internacional Privado y no del Derecho Procesal Civil.

Por otra parte, se debe distinguir nuestra materia como integrante del Derecho Internacional Privado, del Derecho Procesal Internacional Público, en el que las partes son Estados que debaten cuestiones propias del Derecho Internacional Público, como un tema de límites o la interpretación de un tratado³.

En su naturaleza procesal pertenece al derecho público. En cuanto a su internacionalidad, se puede hacer un deslinde entre la internacionalidad del caso y la internacionalidad del proceso.

Según Vescovi, estamos ante un proceso internacional cuando en un caso que se ventila ante los tribunales de un Estado, un acto cualquiera de ese proceso se lleva a cabo en el extranjero⁴. De este modo, puede haber un proceso interno que requiera que se notifique o se lleven a cabo medidas

1 VESCOVI, Eduardo, “Derecho Procesal Internacional”, Montevideo, Idea, 2000, pág. 13.

2 VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Derecho Procesal Civil Internacional”, Madrid, Civitas, 2000, pág. 28. Allí, en cuanto a la naturaleza, se toma la postura de que: “El DPCI es internacional en cuanto a su objeto (los problemas de la internacionalidad procesal), pero es derecho nacional en cuanto a su naturaleza. No existe un DPCI mundial, sino que cada Estado tiene su propio sistema”. Con ese criterio también se puede decir que el DIPr. plantea problemas de internacionalidad, pero cada Estado posee su propio sistema de DIPr. y por lo tanto es solamente derecho privado.

3 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “El Derecho Procesal Internacional”, en LANDONI SOSA, Ángel (dir.), “Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, págs. 67/95.

4 VESCOVI, op. cit., pág. 69.

probatorias o cautelares en el extranjero y se estará ante un proceso con elementos extranjeros. Por otra parte, puede suceder que estemos ante un caso internacional, donde deba aplicarse derecho extranjero, y sin embargo el proceso no dejará de ser local si todos sus actos se llevan adelante en la misma jurisdicción. La simple posibilidad de aplicación del derecho extranjero no internacionaliza el proceso. Lo que lo internacionaliza es la realización de algún acto procesal en el extranjero.

Ante el mundo globalizado e integrado, con la constante movilización de personas, ha tomado particular relevancia la dimensión judicial del caso privado internacional⁵.

El Derecho Procesal Civil Internacional actual comprende la competencia judicial internacional directa o jurisdicción internacional y la cooperación jurisdiccional internacional en sus tres grados, definidos desde su intensidad en el auxilio jurisdiccional internacional, la posibilidad de toma de medidas cautelares en el extranjero y el reconocimiento y ejecución de sentencias y decisiones extranjeras o competencia judicial internacional indirecta.

Desde hace más de un siglo, las cuestiones de Derecho Procesal Civil Internacional se estudian en los Congresos de Derecho Internacional Privado, y son objeto de marcos convencionales en las Conferencias especializadas⁶.

Cuestiones de objeto, historia, desarrollo científico y normativo marcan que el Derecho Procesal Civil Internacional pertenece al objeto del Derecho Internacional Privado.

Tanto el derecho interno como el convencional de la República forman parte de la armonización procesal en el mundo contemporáneo⁷.

El desarrollo del proceso en supuestos de Derecho Internacional Privado, comporta muy frecuentemente la necesidad de llevar a cabo

⁵ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “La Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional en el Ámbito Regional”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pág. 10.

⁶ Como antecedentes, vale recordar las sesiones de Heidelberg de 1887 y Hamburgo de 1891 del “Institut de Droit International”, que se ocupó de la aplicación procesal del derecho extranjero. En 1877 en Zúrich se trató la condición de litigante foráneo por parte del Instituto de Derecho Internacional. Y en el ámbito latinoamericano, sin lugar a dudas, deben citarse el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y su antecedente, los Tratados de Lima de 1878, el código de Bustamante de 1928 y la revisión de los Tratados de Montevideo de 1940, así como por supuesto la labor de la Conferencia de la Haya, de las CIDIP, de la Comunidad Europea y, en los últimos tiempos, del Mercosur.

⁷ KERAMEUS, Konstantinos D., “L’Harmonisation Procédurale Dans le Monde Contemporain”, en “DeCITA”, Nº 4 - 2005, Bs. As., Zavalía, 2005, págs. 14/25.

actuaciones procesales en el territorio de otros Estados. Y, de no existir esta rama de la materia, se frustraría el buen fin de los procesos en los casos de Derecho Internacional Privado, imposibilitándose por ejemplo la realización de notificaciones y pruebas.

Entre los principios por los que se rigen el Derecho Procesal Civil Internacional y la cooperación jurisdiccional internacional como parte integrante de él, estará garantizar una tutela judicial internacional efectiva. El cometido específico del Derecho Procesal Civil Internacional consiste en asegurar esa tutela en un contexto internacional, lo que significa que debe encargarse de garantizar una realización transfronteriza adecuada de los derechos subjetivos inter privatos, en un mundo caracterizado por el fraccionamiento jurisdiccional⁸.

Este fraccionamiento lleva a un principio universal de aplicación de la *lex fori*, cuya consecuencia será la inexistencia de conflictos de leyes en materia de procedimiento. La rama jurídica denominada Derecho Procesal Civil Internacional no contiene reglas de elección de derecho procesal aplicable; únicamente y unilateralmente delimita el campo de aplicación de la ley del juez. Sin embargo, existen hoy día excepciones a la aplicación absoluta de la ley procesal territorial, al menos en ciertos marcos convencionales.

Existe una realidad que supera todo. La internacionalización de las relaciones jurídicas y el Derecho legislado en un país no es ni puede ser autosuficiente para resolver los litigios que se presentan. Es allí donde aparece el Derecho Procesal Internacional como necesidad sociológica.

II. Historia del Derecho Procesal Internacional

El interés en hacer un análisis de la historia de la materia surgió a partir de la sorpresa que nos causaron las palabras impregnadas de gran verdad de Max Gutzwiller⁹, en su Curso de la Academia de la Haya, al decir que: “Entre todos los campos del Derecho, ninguno depende en tal grado de su historia como el Derecho Internacional”, añadiendo: “...en Derecho Internacional Privado, la historia lo es todo”. Alejandro Herrero, prologando

⁸ VIRGOS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, op. cit., pág. 29.

⁹ GUTZWILLER, Max, “Le Développement Historique du Droit International Privé”, en “Recueil des Cours”, t. 1929-IV, págs. 296 y ss.

un libro de Barile¹⁰, nos dice que: “La historia del Derecho Internacional Privado constituye para quienes la conocen, la brújula que indica la orientación de las ideas y su grado de importancia. Su aguja muestra, al mismo tiempo, las tendencias del desarrollo futuro”.

1. Antigüedad

Es claro que en etapas iniciales del Derecho no se daban relaciones internacionales, por ser considerados los extranjeros como hostiles. Por el S. IV a.C., en Grecia, aparecieron los tribunales marítimos, que podían resolver litigios sin importar la nacionalidad de los litigantes. Según Tucídides, existió un Convenio entre Esparta y Atenas que permitió la resolución de controversias mediante arbitraje.

En Grecia se reconoció por primera vez la autonomía de la voluntad, y las partes podían elegir el idioma del contrato y el foro. Pero los derechos privados de los Estados-ciudades griegas eran tan similares, que de manera general bastaba la aplicación de la *lex fori* y no se percibió la necesidad de un derecho de colisión.

Un interesante antecedente procesal lo trae Kegel¹¹, al comentar que a veces los tratados incorporaban normas de colisión. De este modo, cita uno entre Éfeso y Sardes, contenido en una inscripción de cerca del año 100 a.C. Disponía el mismo que respecto de pretensiones por hechos ilícitos eran competentes los jueces de la ciudad a la cual pertenecía el victimario, esto es, el demandado, y debían resolver según su derecho, es decir, según la *lex fori*.

En Egipto, en la era de los Ptolomeos, debido a la presencia de masas de griegos y judíos, el Derecho Procesal Civil Internacional comenzó a tener desarrollo, lo que permitió el acceso de los extranjeros a las cortes de justicia. También existió un derecho especial para la ejecución de las decisiones.

El Derecho Romano, por su parte, estaba basado en el principio de territorialidad de la ley e imperaba la *lex fori* del juez que debía conocer del litigio. Sperl¹², citando ha Justiniano, nos dice que regía la máxima: “*judex si*

10 BARILE, Giuseppe, “Funciones e Interpretación del Derecho Internacional Privado desde una Perspectiva Histórica”, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1965.

11 KEGEL, Gerhard, “Derecho Internacional Privado”, trad. Miguel Betancourt Rey, Bogotá, Rosaristas, 1982, pág. 93.

12 SPERL, Hans, “La Reconnaissance et l’Exécution des Jugements Étrangers”, en “Recueil des Cours”, t. 36, 1931-II, págs. 385/478, esp. pág. 397.

provinciam excesserit est”, adagio que originaba como resultado que la opinión en un país no fuera válida en el otro. Su consecuencia era que las personas no podían invocar una sentencia si su domicilio se encontraba situado fuera de la jurisdicción del juez. Todo se asentaba en el principio de soberanía, que a juicio del citado autor creaba nefastas consecuencias. Estas concepciones subsistieron en la Edad Media por la influencia de Roma.

Sabido es que los litigios entre romanos y extranjeros los dirimía el praetor peregrinus con el ius gentium, que se estimaba fundado en la naturalis ratio. Pero éste contemplaba apenas hechos del comercio y, según parece, en el terreno de la familia y de las sucesiones regía el derecho de colisión personal, de modo que se aplicaba a los extranjeros el derecho de su ciudad.

Según el sentimiento romano, todo extranjero era tratado como hostil y eso perduró en el tiempo, generando el no reconocimiento de las decisiones extranjeras. En Roma, sólo se tomaba en cuenta el Derecho del Imperio y no el Derecho Extranjero. La antigüedad estaba ligada a la territorialidad y esta situación no tuvo solución durante el feudalismo.

2. Edad media

Con las invasiones bárbaras, cada pueblo ocupante del Imperio Romano trajo consigo su Derecho. Ello acarreó como consecuencia la personalidad de la ley. Cada persona estaba regida conforme al derecho de su pueblo de origen.

El inconveniente de este cambio era que no siempre se podía saber a qué pueblo pertenecía una persona. Su principio de solución se dio con la consolidación de los pueblos en la Edad Media. Se evolucionó así hacia el derecho de la ciudad a la que la persona pertenecía por su domicilio, por lo que se conservaba en cierto sentido la personalidad de la ley¹³.

De acuerdo a los estudios de Szászy¹⁴, la Edad Media abarca tres períodos:

13 ALFONSÍN, Quintín, “Curso de Derecho Privado Internacional”, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1955, pág. 56. Nos explica el autor que: “El derecho de la ciudad habría sido estrictamente personal si hubiera regido a la persona en todas partes, de tal modo que el vecino de A fuera regido por el derecho de A, aun cuando estuviera en la ciudad B. Pero la ciudad B y todas las ciudades lejos de respetar el derecho personal del forastero, lo sometieron al derecho local, por lo menos en todo lo concerniente a las tierras y en todo cuanto podía perturbar el orden público”.

14 SZÁSZY, Istaván, “International Civil Procedure”, Budapest, Sijthoff, 1967, pág. 57.

a) El primero llega hasta el S. X. Primó aquí el principio de la personalidad de la ley. Con Carlomagno, las partes inclusive tenían el derecho de cambiar el juez que seguía una ley que no se identificaba con las partes.

b) El segundo período va hasta el S. XII, donde el Derecho Feudal, preservaba la facultad de impartir justicia conforme a la territorialidad de la ley, y la lex fori estaba unida al ius.

c) El tercer período comienza con los glosadores y llega hasta el fin de la Edad Media. En su análisis, debe tenerse en cuenta un importante dato, consistente en que no existía distinción dentro del foro entre leyes sustantivas y leyes procesales. Será Jacobo Balduini quien, en 1235, realizó la distinción entre los elementos ordenatorios y los elementos decisarios en el juicio. Los ordenatia litis eran de índole procesal, o sea que ordenaban el procedimiento. Los decisoria litis eran los elementos de fondo que en definitiva tendría en cuenta el juez para solucionar la controversia.

Un segundo antecedente apenas posterior lo encontramos en Francia a través de los autores Révigny y Belleperche¹⁵, que sostienen que en principio las leyes rigen sólo para los súbditos, distinguen el Derecho Procesal regido por la lex fori del sustancial y someten los contratos al régimen del lugar de celebración.

Con la caída del Imperio Romano, el Derecho Canónico perduró como el único factor legal subsistente. Con la derrota del Papa Bonifacio VIII, por parte de Felipe IV, se comenzará a hablar de soberanía y a partir de Maquiavelo se hablará de Estado. Es en este punto donde tiene su origen gran parte de los elementos actuales del Derecho Internacional. Aparecieron por esa época los fueros de cada pueblo, por los que se da recogimiento de sus propias leyes, y junto a ellos los fueros de extranjería, es decir, la posibilidad de que los extranjeros se puedan juzgar entre ellos. En este sentido, nos recuerda Silva¹⁶ el privilegio concedido a las ciudades confederadas de La Hansa en 1607, consistente en sustraerse del juzgamiento normal o común a que se sometían los nacionales.

15 BELLEPERCHE, Pierre de, "Corpus Iuris Civilis - Comentaris", escrito posiblemente en 1307, recopilado por Petri de Bella, Lyon, Vicent Simón Hereus, 1536.

16 SILVA, Jorge Alberto, "Derecho Internacional sobre el Proceso", México, McGraw-Hill, 1997, pág. 51.

En los territorios de predominio del Islam, se variaba de derecho y de juez según los grupos religiosos, pero no se desarrolló derecho privado alguno de colisión interpersonal, ya que cada juez aplicaba su propio derecho¹⁷.

3. Modernidad

Las escuelas Estatutarias fueron las primeras en enfocar el estudio de los conflictos de derechos. También abordaron el Derecho Internacional sobre el proceso, datando sus estudios de los S. XIII al XVIII. Comprende las escuelas italiana, francesa y holandesa.

El sistema angloamericano se ocupó del Derecho Procesal Internacional de manera sustancial, a pesar de que se partía en el S. XIX del estricto territorialismo de la ley, y de que en Inglaterra no existían precedentes de casos de Derecho Internacional Privado anteriores a 1752.

Entre los caracteres del sistema angloamericano está el hecho de la determinación de la competencia judicial internacional, lo que significa que la práctica judicial se atiene a numerosos precedentes judiciales y a ciertas normas de índole procesal. La gravitación del caso gira primero en torno al juez que resolverá, y la jurisdicción adquiere relevancia por sobre el derecho que el juez aplicará.

Como explica el maestro Alfonsín¹⁸, los jueces son competentes cuando pueden dictar una sentencia efectiva, entendiendo por tal la que puede ser realizada, o sea, ejecutada por orden del mismo juez que la dictó.

El cambio de la territorialidad se va a dar con la revolución generada por Savigny¹⁹, Story²⁰ y Mancini²¹. No obstante, ellos no consideraron a las normas procesales en sus análisis, siendo estos autores pilares del Derecho Internacional Privado actual, aunque no del Derecho Procesal Internacional.

Tal vez fue a partir de estudios doctrinarios que se comenzó a profundizar en esta materia. Así, nos dice Silva²² que para 1862, en Bruselas, la Asociación Internacional para el Progreso de las Ciencias Sociales trató el

17 KEGEL, op. cit, pág. 97.

18 ALFONSIN, op. cit., pág. 101.

19 SAVIGNY, F., “Sistema de Derecho Romano Actual”, trad. Jacinto Mesía, Madrid, Góngora, 1879, t. 6.

20 STORY, Joseph, “Commentaries on the law of bailments, with illustrations from the civil and the foreign law”, 9^a ed., Boston, Little Brown, 1878.

21 MANCINI, Pasquale Stanislao, “Diritto Internazionale”, Nápoles, Giuseppe Margheri, 1873.

22 SILVA, op. cit., pág. 60.

tema de la ejecución de sentencias extranjeras. En 1873 se fundó ahí mismo la International Law Association; luego, en 1912, el Instituto Americano de Derecho Internacional y, en 1926, el Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho.

Mientras en América los Convenios se enfocaron básicamente en las ideas de Savigny y Mancini, en Europa se seguía la línea de la escuela territorialista holandesa.

En 1883, se celebró una conferencia en La Haya, presidida por Tobías Asser. A ésta siguieron otras tres conferencias, en la misma ciudad, en 1894, 1900 y 1904, que luego fueron interrumpidas por la guerra mundial y después se retomaron, dando surgimiento a la Hague Conference de Droit International Privé.

La diferencia entre los estudios doctrinarios anteriores y posteriores al último tercio del S. XIX, consiste en que antes las alusiones al Derecho Procesal Internacional eran por exclusión, y después de manera directa. “Esto es, antes del fin del S. XIX los estudiosos se enfocaron a los estatutos personales. De éstos dijeron que podían ser extraterritoriales. Por lo que hace a las demás leyes, costumbres o estatutos, todos eran territoriales. O sea, que por exclusión, lo que no son estatutos personales, son reales y, por consecuencia, territoriales. Como las normas procesales no son personales, en consecuencia son territoriales”²³.

En cambio, desde fines del S. XIX, la normatividad procesal ya no sólo es abordada por exclusión, sino directamente, y los estudiosos comienzan a ver las posibilidades de las normas procesales extraterritoriales aplicables.

Diferentes países, tales como los escandinavos, anglosajones, Alemania o Suiza pasan a reconocer plenamente la capacidad del extranjero para estar en juicio. Se da paso al nacimiento de la cláusula de la nación más favorecida, lo cual posee su influencia en el proceso y es de gran importancia en los acuerdos comerciales internacionales de la actualidad.

A partir del S. XX, se desarrolla el Derecho Procesal Civil Internacional, hasta llegar al presente a ser parte esencial del Derecho Internacional Privado.

Un hito, no siempre suficientemente valorado por la doctrina internacional privatista, es la elaboración de la estructura normativa del Derecho Internacional Privado realizada por Werner Goldschmidt, quien desde el método tridimensional, ordenó todas las problemáticas de la norma

23 Íd., pág. 61.

indirecta y sentó las bases para la solidez científica de la materia, aportando la teoría del uso jurídico²⁴.

Desde allí, será uno de sus principales discípulos, el iusfilósofo Ciuro Caldani²⁵, el que elaborará, desde una óptica superadora, la nueva concepción normológica en el Derecho Procesal Internacional, como rama integrante del Derecho Internacional Privado. Abordará la problemática científica de la jurisdicción internacional y de la transposición procesal.

A partir de las convenciones surgidas dentro del marco de la Conferencia de la Haya, instituciones clásicas –como la caución de arraigo en juicio– hoy día reguladas en numerosos ordenamientos, comienzan a desaparecer, así como la tendencia al otorgamiento del gratuito patrocinio.

Con el comercio internacional, creció la necesidad de un Derecho Internacional de la prueba, que ha tenido un desarrollo a partir de ámbitos convencionales²⁶.

Respecto de la codificación internacional, fueron los países latinoamericanos los primeros en expedir normas convencionales de naturaleza procesal. Cabe mencionar el Tratado de Lima de 1878 y el Tratado de Derecho Procesal de 1889 de Montevideo, que consagran el principio de la *lex fori* para el proceso. Como proyecto completo, hemos de mencionar en Código de Bustamante de 1928, que se basa en la territorialidad de la ley procesal, con el progreso de establecer una uniformidad en el derecho procesal²⁷.

Las primeras conferencias surgidas en el seno de la Haya, se sujetaban a la territorialidad de la ley procesal.

Un avance en la materia lo dará la fecunda labor de las CIDIP, con las Convenciones de Panamá de 1975 y de Montevideo de 1979, donde se advierte que se deja el excesivo territorialismo, para admitirse ciertas excepciones en la aplicación de la ley procesal foránea²⁸.

24 GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico”, 8^a ed., 1^a reimp., Bs. As., Depalma, 1997.

25 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación Para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

26 Pueden consultarse las convenciones surgidas en la materia en Internet: www.hcch.net y www.oas.org (12/05/08).

27 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, “La codificación del Derecho internacional privado en América Latina”, Madrid, Eurolex, 1994.

28 Ver art. 10 de la CIDIP I, Sobre Exhortos y Cartas Rogatorias o los arts. 3 y ss. de la CIDIP II, Sobre Ejecución de Medidas Preventivas.

Es de destacar que el Derecho Europeo, a partir de Convenciones como las de Bruselas y Lugano, llegó a una comunitarización del Derecho Procesal Internacional, por la transformación de los convenios en Reglamentos y de la existencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que dicta interpretaciones normativas comunes aplicables a los países miembros.

Lo cierto es que hoy, la historia del Derecho Procesal Civil Internacional está en plena construcción. Todavía faltan muchos análisis legales y estudios normativos para poder decir que hay una completitud en la materia.

III. Conclusiones

El Derecho Procesal Civil Internacional es una rama del Derecho Internacional Privado, existiendo una realidad que supera todo, consistente en la internacionalización de las relaciones jurídicas. El derecho legislado en un país no es ni puede ser autosuficiente para resolver los litigios que se presentan, y es allí donde aparece el Derecho Procesal Internacional como necesidad sociológica.

El estudio de la historia del Derecho Internacional Privado, reviste particular importancia a la hora de descubrir sus problemáticas, las soluciones a ellas y las proyecciones de futuro.

El Derecho en la Antigüedad estuvo ligado a la territorialidad. Sin embargo, pueden comprobarse interesantes vestigios de normas de carácter internacional privatistas, sustanciales y procesales en las culturas fundadoras de occidente.

Si bien la Edad Media no logró en ninguno de sus períodos conformar un derecho de colisión estructurado, hizo nacer la distinción entre el derecho procesal y el sustancial.

Ha sido la modernidad la que vio nacer al Derecho Internacional Privado tal como hoy lo conocemos. En especial, el S. XX dio desarrollo al Derecho Procesal Civil Internacional, rama de la materia que, sin lugar a dudas, aún se encuentra en plena evolución.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y LA FORMACIÓN DE LA CONCIENCIA JURÍDICA

SILVINA PEZZETTA *

Resumen: Se aborda en este artículo como problema de investigación la enseñanza del Derecho, considerada como “acto jurídico” y “fuente del Derecho” –desde la teoría trialista del Derecho-. Reconocida entonces la acción pedagógica jurídica como perteneciente al mundo jurídico, se utiliza la teoría de Bernstein a fin de alcanzar el objetivo de la investigación: el efecto de la socialización en la Facultad de Derecho de la UNR a nivel de la conciencia de sus estudiantes. Para esto, se exponen resultados parciales del trabajo empírico realizado para captar si hay o no modificación de los conceptos de Derecho y justicia con que ingresan.

Palabras clave: Enseñanza del Derecho - Teoría trialista del Derecho - Sociología de la educación.

Abstract: We intend to show in this article some advances in the research of legal education as an investigative problem. We will consider the education both as a “juridical act” and as a “law resource” according to the Trialist Theory of Law. Once we have done this we will use the Bernstein theory in order to reach our objective: to analyse the effect of socialization between the students of the Law School of the National University of Rosario. We will expose partial results of an empirical work to support some preliminary conclusions.

Key words: Law education - Trialist Theory of Law - Sociology of education.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad mostrar los resultados de una toma de datos intencional y preliminar, que tuvo como objetivo un primer ingreso al campo de estudio. Los datos tomados, si bien pertenecen al período de prueba¹ de los instrumentos de recolección, son relevantes en cuanto demuestran de manera cabal la fuerte impronta que deja en los estudiantes de Derecho la formación que reciben en la institución. Esto aun cuando el período

* Doctoranda de la Facultad de Derecho de la UNR. Jefe de Trabajos Prácticos de Filosofía del Derecho. Becaria del CONICET.

1 ECHEVERRÍA, Hugo Darío, “Los diseños de investigación y su implementación en educación”, Rosario, Homo Sapiens, 2005, págs. 93 y ss.

es significativamente corto: se trata de un cuestionario respondido por estudiantes de primer año. A su vez, estos mismos datos son comparados con los obtenidos de un grupo de estudiantes que están en el tramo final de la carrera, observándose algunas diferencias que no se esperaban encontrar dado que se trata de estudiantes que han transitado ya gran parte de sus estudios. Precisamente este tipo de “hallazgos” son los que nos sensibilizan y nos permiten mantenernos abiertos para realizar una investigación que triangulará metodologías. Lo que es más, intentamos cumplir con una de las tareas de la sociología: desnaturalizar lo social, en este caso desnaturalizar las prácticas pedagógicas jurídicas.

Dos son las teorías principales que sirven de referencia para enmarcar la investigación doctoral de la que es parte este pequeño *ensayo*. Por un lado, la teoría trialista del mundo jurídico². A través de su visión integrativista, que comprende dentro del fenómeno jurídico las dimensiones sociológica, normológica y axiológica, nos abre la posibilidad de considerar legítimo este tipo de estudios dentro de la tradicional tarea de la dogmática jurídica, entendida ésta como “la” Ciencia Jurídica. Por el otro, la interpretación de los datos se ha realizado teniendo en cuenta la teoría de Basil Bernstein sobre la práctica pedagógica y sus implicancias a nivel de la conciencia, en este caso la conciencia jurídica.

En cuanto a la metodología, este trabajo no llega a ser un exponente de la triangulación que nos proponemos realizar en la tesis. Más bien, podría clasificarse en la modesta categoría que señala Klimovsky como explicación conceptual o pseudo-explicación. Ésta es una forma de encuadrar un fenómeno o datos determinados en categorías o teorías determinadas³.

II. Breves consideraciones sobre las teorías que forman parte del marco teórico de la investigación: la teoría trialista del mundo jurídico

En relación a la definición del objeto Derecho, seguiremos la de teoría trialista del mundo jurídico elaborada por el profesor Werner Goldschmidt. La teoría trialista del Derecho ofrece una visión pluridimensional del mundo jurídico.

2 Sobre la teoría trialista, puede v: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 5^a ed. ampliada, Bs. As., Depalma, 1973.

3 KLIMOVSKY, Gregorio e HIDALGO, Cecilia, “La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales”, 3^a ed., Bs. As., AZ, 2001, págs. 64 y ss.

Sus orígenes se encuentran tanto en Alemania como en Francia en el siglo XIX. En Alemania, Emilio Lask, discípulo de Rickert, es quien por primera vez habla de la estructura tridimensional del mundo jurídico. Kantorowicz, más tarde, acuña el término trialismo⁴. Gény es en Francia quien diferencia las tres dimensiones. Expresa la urgencia de tomar en consideración lo dado (la realidad social), lo construido (la norma) y el Derecho Natural (la justicia). Señala Goldschmidt que, a pesar de que son muchos los juristas que reconocen la triple composición del fenómeno jurídico, esto no basta para que las tres dimensiones se integren para constituir una teoría. Para ello, utiliza como marco filosófico el realismo genético. A partir de esta concepción, entonces, considera que cuando hablamos de Derecho nos encontramos con las conductas sociales (dimensión social), las normas (dimensión normológica) y las valoraciones (dimensión dikelógica), tanto de las conductas como de las normas⁵.

La dimensión sociológica constituye el objeto de la Jurística Sociológica. Su función consiste en la búsqueda de las categorías sociales que son susceptibles de ser valoradas por la justicia como valor, valga la redundancia. Trabaja con el concepto de *adjudicación de potencia o impotencia*, es decir, de todo lo que favorece o perjudica al ser y la vida. A su vez, la *adjudicación* puede ser hecha por un repartidor concreto, con lo que será, entonces, un *reparto*. O puede tratarse de una adjudicación que no tenga repartidores identificables (por tratarse de la *naturaleza*, las *influencias humanas difusas* o el *azar*), con lo que estaremos frente a una simple *distribución*. Las adjudicaciones que interesan al mundo jurídico son aquellas que son susceptibles de ser valoradas por la justicia.

La Jurística Normológica se ocupa de las normas, es decir, *de la captación lógica y neutral de los repartos proyectados*. Por esto mismo, el objeto de esta área es ideal, en contraposición al objeto real con que cuenta la Jurística Sociológica. El concepto de norma es central en el estudio de la dimensión normológica.

Por último, la Jurística Dikelógica se ocupa de la justicia, a la que

⁴ La teoría trialista, que incorpora los valores, lo hace de una forma peculiar y original, que la distingue de las posturas iusnaturalistas. Esto gracias a la incorporación de las ideas de la teoría de los valores del neokantismo de Baden. Para entender estas diferencias puede v.: TORRES MARTÍNEZ, Carlos, “La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del Derecho”, en [http://www.bibliojurídica.org. \(20-6-07\).](http://www.bibliojurídica.org. (20-6-07).)

⁵ V. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 17 y ss.

considera un ente ideal valorativo absoluto. La Jurística Dikelógica se divide en dos: la Axiología Dikelógica: estudia la estructura formal de la justicia, y la Axiosofía Dikelógica: encargada del estudio de los tres despliegues del valor justicia y de su contenido.

A esta brevíssima descripción de la teoría trialista clásica, corresponde agregar la visión reformulada del profesor Ciuro Caldani:

El “trialismo” presenta al objeto de la ciencia jurídica como un conjunto de repartos de lo que favorece al ser y la vida (“potencia” e “impotencia”), captados por normas y valorados, los repartos y las normas por la justicia (tal vez, con más precisión, por un complejo de valores culminante en la justicia). Aunque a diferencia de Werner Goldschmidt, el fundador del trialismo, no nos ocupamos de lo que el derecho sea, sino de lo que construimos como tal, consideramos que la propuesta trialista es satisfactoria de lo que nos interesa tratar con carácter jurídico. Tampoco acompañamos al fundador del trialismo en la afirmación de la objetividad de la justicia, pero proponemos construir un principio supremo que requiere adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse en plenitud, para hacerse “persona”⁶.

Así, el trabajo que realizamos forma parte de lo que Goldschmidt denomina “sociografía jurídica”⁷. Esto es, el estudio de la realidad social de acuerdo a las categorías que ha establecido en su teoría. Pero, debemos aclarar, lo haremos con los cambios necesarios en las premisas sociológicas que combinen con la teoría de la Sociología de la Educación utilizada. Por lo tanto, y a pesar de estos cambios, quedará en pie su definición de lo jurídico como *todo fenómeno susceptible de ser valorado como justo o injusto*.

Desde este punto de partida, luego, podremos entender que la enseñanza jurídica es un “acto jurídico”. En otras palabras, y siguiendo la teoría trialista del Derecho, podemos decir que la educación es un reparto de potencia y/o impotencia, captado por normas (cuando se trata de educación formal) y susceptible de ser valorado por la justicia.

Sin embargo, no podemos dejar de hacer notar que esta definición será abarcada por una mayor, que tenga en cuenta la influencia de lo macro sobre el proceso de educación jurídica. Lo que, evidentemente, no es tenido en cuenta si se observa el fenómeno jurídico desde el reparto.

⁶ Ver CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho de la Educación”, en “Academia”, año 3, N° 5, Bs. As., Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, pág. 135 y ss.

⁷ GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 45.

En este sentido, como se ha podido advertir, el marco sociológico del jurista alemán es fuertemente individualista y racionalista, en otras palabras, típico del estilo de pensamiento moderno. Ha señalado el profesor Ciuro Caldani, sobre esta dimensión, la insuficiencia de algunas de las categorías utilizadas, sobre todo la categoría de las “influencias humanas difusas”, para captar ciertos fenómenos sociales de gran trascendencia. En su Teoría General, las “influencias humanas difusas”, carecen prácticamente de valor para entender y manejar el fenómeno jurídico. Entendemos que ya no es posible sostener lo mismo. Hace ya muchas décadas que las teorías sociológicas logran dar cuenta, a través de la elaboración de conceptos pertinentes sobre la influencia estructural, de lo que Goldschmidt incluyó dentro de las *distribuciones*.

Dentro de esta problemática se encuadra la discusión que se da en el campo de la sociología general, en el que se ha discutido largamente sobre la naturaleza de la sociedad. Clásicamente, existen dos posturas paradigmáticas: el objetivismo y el subjetivismo. El primero, sostiene que la sociedad consiste en algo más que la suma de sus individuos. De este lado podemos ubicar a Durkheim y Comte. La otra, el subjetivismo, es partidaria de la consideración de la sociedad como producto de la suma de sus miembros sin que esto agregue nada más a la realidad.

Es la postura objetivista la más afín a las explicaciones por la estructura, sin embargo es considerada actualmente una visión reduccionista; lo mismo que la postura contraria. Por tales motivos, los sociólogos contemporáneos han hecho grandes esfuerzos por tratar de superar estos enfoques reduccionistas. Pierre Bourdieu, Anthony Giddens y el mismo Bernstein, heredero de la tradición durkheimiana, han elaborado teorías en la que dan importancia a los dos puntos de vista en sus estudios⁸.

En este trabajo se partirá de la idea de una fuerte influencia de la estructura social sobre el sujeto, tal como lo piensa Bernstein. No obstante esta reformulación, no vemos mayores impedimentos para considerar al objeto Derecho tal como lo hace la teoría trialista.

1. La Sociología de la Educación de Basil Bernstein

En cuanto a la teoría de Basil Bernstein, ha centrado su esfuerzo en compatibilizar los diferentes niveles: macro, micro y subjetivo. Su intención

8 En este sentido se puede ver: SAUTU, Ruth, “Todo es teoría”, Bs. As., Lumière, 2003, págs. 95 y ss.

ha sido tratar de formular un modelo que permita captar como en todos los procesos de transmisión simbólica, la estructura afecta la interacción. Y ésta, finalmente, forma la conciencia del sujeto.

Los planteos teóricos de Bernstein se asientan en diversos conceptos que no explicita de manera clara. En primer lugar, encontramos el de *clase social* que relaciona con la distribución del poder y la división del trabajo en la sociedad. Desde este punto de partida macrosociológico, da origen a su teoría de los *códigos*, que tienen su raíz en las relaciones de clase. Los otros dos conceptos básicos son el de *clasificación* y *enmarcamiento*.

Veamos el primero de ellos: *El código es un principio regulador (de las experiencias del sujeto) que se adquiere tácita e informalmente; no se puede enseñar un código a nadie. Los códigos son aprendidos más que enseñados. Se adquieran códigos del mismo modo que se adquiere el código lingüístico, el código gramatical...*⁹

Cuando el sujeto adquiere o aprende el código, está en condiciones de producir lo que vale como conducta socialmente aceptable. Éste determina lo que uno piensa, el modo de ser y cómo se ocupa el lugar en el que se está. Actúan como principios de selección y combinación. Seleccionan e integran *significados relevantes, formas de realización de esos significados y contextos evocadores*. Estos tres conceptos refieren al nivel micro interaccional. Pero tienen su traducción a nivel macro institucional, allí son, respectivamente: *prácticas discursivas, prácticas de transmisión y prácticas de organización*. Por último, y en el afán por encontrar la integración de lo macro con lo subjetivo, produce una nueva transformación de tales conceptos en cuanto comportamiento de los sujetos. Por eso, los significados relevantes se convierten en *orientaciones hacia los significados*, los contextos evocadores en *prácticas de interacción especializadas* y las formas de realización en *producciones textuales*.

Cuando Bernstein refiere a la clasificación, el segundo de sus conceptos rectores, lo hace tomando prestado de la teoría de Durkheim su tesis sobre la división del trabajo en la sociedad, lo que vincula con el *poder*. Este poder es el que determina categorías y los límites entre ellas. La clasificación es una función del poder al momento de determinar categorías. Vemos, entonces, la relación entre clasificación y poder. Las clasificaciones (que pueden serlo de

⁹ Cit. por LISTA, Carlos y BRÍGIDO, Ana María, "La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica", Córdoba, Sima, 2002, pág. 6.

instituciones, asignaturas, agentes, agencias y discursos, entre otros) pueden ser fuertes o débiles. La primera significa una delimitación absoluta entre categorías, que no pueden ser confundidas. La segunda implica límites difusos y categorías menos especializadas que en el primer caso.

En relación al *enmarcamiento*, éste tiene su origen en el interaccionismo simbólico. Se vincula con el *control*, tal como la clasificación lo hace con el poder. *El enmarcamiento se refiere al principio que regula las prácticas comunicativas de las relaciones sociales dentro de la reproducción de los recursos discursivos, es decir, entre transmisores y adquirentes*¹⁰. El enmarcamiento significa saber quién pone las reglas de control de la comunicación, lo que debe ser aprendido para poder operar dentro de éste. Lo mismo que con el código, las reglas del enmarcamiento no se explicitan, hay que deducirlas. Quien lo hace correctamente pueden producir el texto adecuado porque domina la regla de realización. De esta forma, entonces, el sujeto entra en posesión del *mensaje* legítimo y puede realizar la voz en ese contexto determinado¹¹. El enmarcamiento puede ser fuerte o débil. Si es lo primero, entonces el control estará claramente en posesión del que transmite el mensaje. Si es lo segundo, este control se transfiere al receptor del mismo.

En la relación pedagógica, que es la que importa en este caso, es relevante saber quién ejerce el control sobre la selección, secuencia, ritmo y criterios del conocimiento que será adquirido. El enmarcamiento, en las instituciones educativas, regula la *práctica pedagógica*, o sea, el cómo se transmite, mientras que la clasificación regula qué se transmite, es decir, el *currículum*.

2. *El código de conocimiento educacional*

A partir de los conceptos generales anteriores, Bernstein elabora su concepto de código de conocimiento educacional. Éste se compone de tres sistemas de mensajes: el *currículum*, la pedagogía y la evaluación. Aunque empíricamente formen un todo, se los distingue analíticamente. No obstante, y en cuanto a un todo inseparable, Bernstein trata de demostrar que la organización selectiva (*currículum*), la transmisión (pedagogía) y la evaluación del conocimiento están fuertemente conectadas con los patrones de

10 BERNSTEIN, Basil, cit. por LISTA y BRÍGIDO, op. cit., págs. 12 y s.

11 LISTA y BRÍGIDO, op. cit., pág. 11, señalan que se puede asimilar el término voz a status y mensaje a rol.

autoridad y de control social. Por ende, las disputas en torno al currículum son conflictos entre diferentes concepciones de orden social, es decir, en definitiva, tienen un carácter moral.

El currículum es definido por el autor inglés como: *principio por el cual ciertos períodos de tiempo y sus contenidos son puestos en una relación especial unos con otros*¹². Las relaciones entre contenido y tiempo son fundamentales ya que determinan los diferentes tipos de currículum. Por ejemplo, cuando la clasificación de contenidos curriculares es fuerte, la formación será especializada. Este es el caso de las carreras de Derecho, y de la institución que estudiamos en este caso¹³.

Hemos visto que el enmarcamiento es lo que regula la comunicación. Luego, cuando hablamos de pedagogía este concepto adquiere relevancia. En general, y aquí es el caso, cuando la clasificación de contenidos es fuerte, la relación docente-alumno se desarrolla en un enmarcamiento del mismo tipo.

Por último, en la evaluación se combinan el currículum y la pedagogía. En esta instancia los alumnos deben dar cuenta del cumplimiento de los criterios establecidos.

3. *El dispositivo pedagógico*

Al final de su producción teórica, Bernstein elabora su teoría del dispositivo pedagógico. Con ella pretende dar cuenta de *la lógica interna del discurso pedagógico mismo, del mismo modo que el lingüista podría intentar explicar las reglas de ordenamiento interno del lenguaje, su gramática. ... ¿cuál es su estructura?... Voy a sugerir que hay tres reglas que constituyen lo que llamaré dispositivo pedagógico. Y que ese dispositivo es medular para la producción, reproducción y transformación de la cultura*¹⁴.

El dispositivo pedagógico es el conjunto jerárquicamente ordenado de tres reglas: *de distribución, de recontextualización y de evaluación*. Las reglas

12 BERNSTEIN, cit. por LISTA y BRÍGIDO, op. cit., pág. 17.

13 Se puede ver nuestro trabajo sobre “La filosofía y la política en los planes de estudio de las carreras de Abogacía. Reflexiones sobre el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho de la U.N.R.”, publicado en la Revista Telemática de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, en http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=1951&clave_busqueda=2006

14 BERNSTEIN, Basil, “Poder, Educación y Conciencia. Sociología de la transmisión cultural”, trad. Martín Bruggendieck, Cristián Cox, Rosita Puga, Rafael Hernández y Marta Marín, Barcelona, El Roure, 1990, págs. 101 y s.

de distribución, que son sobre las que se constituyen las otras dos, son las que establecen *la relación entre el poder y el conocimiento y entre el conocimiento y la conciencia. Ahora bien, ¿cómo lo hacen? Básicamente, las reglas distributivas especializan lo impensable para ciertos grupos y lo pensable para otros. ...las reglas distributivas constituyen la clasificación entre lo sagrado y lo profano y distribuyen las posibilidades de lo sagrado a un grupo y lo profano a otro*¹⁵.

En cuanto a las reglas de recontextualización, éstas están determinadas por las reglas de distribución. En tanto las últimas determinan quien puede transmitir qué, a quién y bajo qué condiciones, están fijando la demarcación interna y externa del *discurso pedagógico*. Y la definición del discurso pedagógico es altamente significativo en este caso. El discurso pedagógico, señala el británico, es un discurso de inserción: un discurso pedagógico es el que inserta un discurso instruccional en un discurso regulativo. El discurso regulativo domina al instruccional (que es el que crea competencias o habilidades especializadas) porque contiene las reglas que constituyen el orden, la relación y la identidad. En suma, el discurso pedagógico no es más que un principio para apropiarse de otros discursos y para ponerlos en una relación especial los unos respecto de los otros para su transmisión y adquisición selectiva.

Bernstein da un ejemplo muy ilustrativo de lo que implica su concepto de reglas de distribución y recontextualización, discurso pedagógico, discurso regulativo e instruccional. Un ejemplo que servirá para pensar los datos que a continuación interpretaremos:

Las relaciones sociales y de producción de la física en su campo de producción, allí donde se hace y se cambia la física, son tales que es imposible derivar de ellas la “física” que se enseña en las escuelas. Es imposible, puesto que la física escolar depende de reglas de selección, de reglas de secuencia, reglas de ritmo, ninguna de las cuales puede ser derivada de la lógica de la física, pues son enteramente constituidas por la actividad del campo de recontextualización. Porque, ¿quién decide lo que es la física? Depende de su relación con otros discursos. Y la relación de la física en la reproducción, en la escuela, puede ser muy distinta de la relación de la física respecto de otras disciplinas en el campo de su producción.... En este sentido, el discurso regulativo es responsable del orden que es propio de la

15 Íd., pág. 103.

transmisión de competencias... El principio de recontextualización necesariamente crea sujetos imaginarios, o individuos o discursos imaginarios...por el hecho de poder hacer esto, estos discursos pueden convertirse en el espacio para lo ideológico. Pero, antes que nada, el discurso debe ser hecho imaginario. Las ideologías que el discurso pedagógico transmite depende de muchas cosas; ...¹⁶

Finalmente, las reglas de evaluación definen la adquisición del discurso pedagógico en un determinado tiempo y espacio (contexto). Son las que provocan que el estudiante o adquirente se posicione de forma diferenciada frente al discurso y la práctica pedagógica legítima.

4. La agencia de transmisión

Es común distinguir en sociología general entre niveles micro y macro, los que a su vez pueden utilizarse como explicaciones de los fenómenos sociales. No obstante, Bernstein ha considerado esta dualidad insuficiente para comprender la influencia de la estructura social sobre la conciencia de los sujetos. Por eso mismo estimó necesario introducir un nivel de análisis intermedio entre lo estructural (macro) y la interacción (micro), con los conceptos que se traducen de un nivel a otro, tal como analizáramos en los párrafos anteriores. La agencia de transmisión es este nivel intermedio, el lugar donde se produce la práctica pedagógica. En ésta se reproducen y modifican los códigos.

Pero sus trabajos, y los de sus discípulos, sobre las agencias de transmisión, han sido fundamentalmente utilizados para realizar investigaciones empíricas a nivel primario y secundario. Son pocas las investigaciones que emplean su perspectiva para referirse a la socialización en el marco universitario de grado. En nuestro país, son pioneros en este trabajo los profesores Ana María Brígido y Carlos Lista, quienes llevaron adelante una investigación sobre la formación de la conciencia jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba¹⁷.

Los resultados de esta investigación, así como lo que se ha escrito en forma de ensayo o de propuesta de reformas, muestran que la formación jurídica, “producen” una clase uniforme de abogado: con perfil profesionalista,

16 Íd., págs. 108 y s.

17 Se trata de la obra citada, “La enseñanza...”.

portador de una concepción *positivista ingenua*, incapaz, en general, de cuestionar el régimen legal vigente. Asimismo, y a pesar de las diferencias de culturas jurídicas, en Estados Unidos Duncan Kennedy ha escrito su conocido artículo *Educación legal como preparación para la jerarquía*¹⁸, en el que encontramos enormes similitudes en cuanto al *orden expresivo* de las agencias transmisoras, el currículum, la pedagogía y la evaluación¹⁹.

Una vez que hemos expuesto, de manera acotada, algunos de los elementos centrales de la teoría bernsteniana, estamos en condiciones de pasar a los siguientes puntos: la exposición de los datos y su posterior análisis a la luz de las teorías reseñadas.

III. Los datos

Aunque lo hemos advertido, no está demás volver a señalar que la toma de datos tuvo como finalidad principal hacer un primer ingreso al campo de estudio. Por este motivo, los resultados no pueden considerarse definitivos. Son, simplemente, una forma de empezar a probar las intuiciones y supuestos que animan la elaboración de la tesis.

Por lo demás, la investigación doctoral será mixta en el sentido de triangular la metodología cualitativa con la cuantitativa. En este período, estamos en una instancia preliminar que intenta un acercamiento con una herramienta muy elemental que permite una mirada parcial pero interesante.

1. Características de la recolección de datos

Se han tomado datos en dos comisiones seleccionadas intencionalmente por el tiempo de permanencia de los estudiantes en la carrera. Con este objetivo, se tomaron dos muestras en dos grupos distintos. Por un lado, se eligieron estudiantes que están cursando el primer año o Ciclo Básico. Por el otro, se seleccionaron datos de un grupo de estudiantes que ya habían aprobado, como mínimo, las dos tercera partes de la carrera, que son quienes forman parte de la muestra tomada en un curso de *Filosofía del Derecho*.

18 En “Academia”, N° 3, año 2, Bs. As., 2004, págs. 117 y ss.

19 KENNEDY, Duncan, “The political significance of the structure of the Law School Curriculum”, en <http://www.duncankennedy.net> (15-11-2005).

2. Características de la recolección de datos en el grupo de estudiantes de primer año

Los datos correspondientes a una muestra de 50 estudiantes de primer año, fueron recolectados el día 5 de julio de 2007, en una clase general (que reúne a todas las comisiones de la cátedra) de *Introducción al Derecho* de la cátedra a cargo del profesor Ciuro Caldani. Con esto, tenemos que tener en cuenta dos cosas. Primero, que se trata de una muestra que tuvo el alcance de recabar información de estudiantes de diversas comisiones. Sin embargo, todas éstas se dictan en el turno mañana o tarde. Al no haber participado estudiantes que cursan la carrera durante la noche, seguramente el porcentaje de estudiantes que trabajan o tienen más de dieciocho años es mínimo. Segundo, al estar cursando Introducción al Derecho con un enfoque trialista, alguna de las muestras involucran palabras propias de la teoría. Probablemente, de haber tomado la muestra en comisiones que no parten esta teoría, hubiera habido una ausencia de algunos términos específicos y exclusivos de ésta.

En cuanto al tiempo de cursado que transitaron los estudiantes de este grupo, debemos decir que fue *muy corto*. Durante el mes de febrero y la primera quincena de marzo, realizaron el Curso Introductorio y debieron aprobar la evaluación para poder obtener la condición de alumnos regulares. Estos estudiantes han pasado un mes y medio recibiendo clases que se dividieron en tres módulos: *General*, cuyo objetivo es prepararlos en comprensión y análisis de textos, *Derecho Privado* y *Derecho Público*, en el que estudian los contenidos de las materias que componen esas ramas. La evaluación es sobre los contenidos de los tres módulos, y, aunque no es eliminatoria, quienes no la aprobaron no pudieron cursar en condición de regulares el primer año. En tal caso, tienen dos opciones. O rinden libres las materias que comprenden el Ciclo Básico, con lo cual el sólo hecho de inscribirse para rendir les impedirá recursar el año siguiente el Curso Introductorio. O permanecer inactivos y cursar nuevamente el año siguiente a fin de volver a rendir. Por lo general, los estudiantes que no pasan la evaluación optan por rendir libres. Por lo tanto, los estudiantes que componen la muestra, en su gran mayoría son aquellos que pasaron exitosamente la instancia evaluativa.

Luego del curso de ingreso, y recién el 30 de abril, comenzaron las clases de las cinco materias que componen el primer año (*Derecho Civil I*, *Introducción al Derecho*, *Introducción a la Filosofía*, *Historia del Derecho e Historia Constitucional Argentina*). Por lo tanto, al momento de contestar las

preguntas, sólo transcurrieron un período de tres meses y medio aproximadamente. Además, debemos decir que no habían rendido parcial de la materia en cuya clase se tomó la muestra.

En cuanto a la forma en que se solicitó a los estudiantes que participaran contestando las preguntas, debemos decir que el docente a cargo del dictado de la clase es un compañero de la cátedra. Con esto queremos señalar que no hubo inconvenientes para obtener el permiso necesario para interrumpir la clase. El docente me presentó como becaria del CONICET, aunque empleó la palabra “doctora”²⁰, y explicó brevemente qué hacíamos quienes investigamos en Derecho. Luego, pasé a explicarles en qué consistía mi trabajo y qué era lo que necesitaba que hicieran. A tal fin, dejé claro que no había respuestas correctas o incorrectas, que esto no tenía fines evaluativos ni influía en la nota para la materia *Introducción al Derecho*, que no debían invocar necesariamente una teoría en la respuesta y que, en lo posible, contestaran de forma espontánea. Además, que la encuesta era anónima. Todo lo cual, por lo demás, estaba escrito en el encabezado del pequeño cuestionario. Deliberadamente, fui vestida de una manera muy informal con la finalidad de que no me identificaran con el típico perfil del abogado litigante o funcionario judicial. Para eso, me presenté utilizando un pantalón de *jean*, algo altamente inusual en la vestimenta de los profesores de la Facultad.

Se les hicieron dos preguntas: la primera era sobre su opinión sobre lo que es el Derecho. La segunda, si la respuesta que daban coincidía con lo que pensaba que era el Derecho antes de ingresar a la carrera.

Los alumnos se mostraron bastante entusiasmados en participar, e incluso contestaban en grupo el cuestionario. Emplearon alrededor de 20 minutos para contestar las preguntas. No hubo nadie que preguntara acerca de la actividad que se proponía.

IV. Los resultados

1. Descripción de los datos obtenidos

De los 50 estudiantes que respondieron, 24 (48%) contestaron a la primera pregunta utilizando en la definición términos que denotan una idea

20 El empleo de este término es corriente y sirve para marcar la diferencia entre “letrados” y “legos”. Los estudiantes se dirigen a cualquier abogado, por más joven que sea, con este término si es que dicta alguna materia.

del Derecho aproximada a la del positivismo jurídico o unidimensionalismo normológico. En todos ellos se hacía uso de palabras como *normas*, *normas jurídicas*, *reglas*, *principios*, *normas emanadas por autoridad competente*, *obligatoriedad*, *sanción*, *vigencia en espacio y tiempo determinado*, *Estado y autoridad competente*. Estas palabras, que construían una definición casi “escolar” del Derecho, se repiten con gran uniformidad y encabezan la definición. A estas respuestas les vamos las agruparemos bajo la letra P.

En segundo lugar, vemos al grupo V (15 respuestas, 30%) en que se conceptualiza al Derecho como normas conformes a la justicia. Claramente, encontramos una ligazón definitoria entre Derecho y norma. Es remarcable el uso casi unánime de la expresión: *normas conforme a la justicia*.

En tercer lugar, tenemos al grupo H, que se caracteriza por el señalamiento del carácter de herramienta o instrumental positivo que asigna al Derecho (5 respuestas, 10%).

A continuación, encontramos un pequeño grupo de estudiantes que consideran al Derecho como una ciencia. Este grupo, que designaremos como C, está compuesto de sólo 3 respuestas (6%).

Por último, un grupo de respuestas ha resultado inclasificable de acuerdo a las consideraciones que tomamos. Se trata de 3 respuestas, lo que constituye un 6% del total.

2. La interpretación de los resultados

De acuerdo a las categorías de análisis de la teoría de Bernstein, podríamos sugerir que estos resultados coinciden con su postura de la fuerte influencia en la formación de la conciencia, en este caso jurídica, que significa el paso por una agencia educativa.

En primer lugar, tomaremos el grupo de respuestas N (positivismo) para intentar comprender cual es el motivo de semejante uniformidad de términos en las respuestas. Podríamos decir que, el *currículum* de Derecho, que privilegia los contenidos de las materias codificadas –que son mayoría en el Plan de Estudios, obligatorias y las que tienen mayor carga horaria– es uno de los factores que juega a la hora de elaborar una respuesta. El *currículum*, que tiene relación con el poder, es un currículum de colección, que genera un elevado grado de especialización. Y, si se leen las respuestas, los estudiantes realizan grandes esfuerzos por utilizar palabras técnicas o teóricas reciente-

mente aprendidas. Lo hacen con dificultad y no sin falta de coherencia, pero, evidentemente, el código se adquiere con éxito.

El segundo mensaje, la *pedagogía*, la manera de transmisión, el cómo, también tiene que ver con las respuestas. No al azar el docente ha utilizado el término “doctora” para referirse a mi persona, vocablo que se emplea con frecuencia y sirve de demarcador simbólico entre “legos y letrados”. En ese sentido, mi intención fue aparecer lo menos posible una “abogada”. Los estudiantes del grupo A se esforzaron por responder de una manera “correcta”, algunos intentaron incorporar términos de la teoría trialista, se tomaron su tiempo y participaron de forma entusiasta pero denotando que habían incorporado el enmarcamiento. Y esto tiene que ver con el control, las jerarquías. Nadie se mostró disconforme con la Facultad ni con la enseñanza que recibían, por el contrario, hay efusivas muestras de conformidad con el tipo de formación recibida.

Por último, y aunque esto no fue una *evaluación*, el hecho de que se consultaran entre ellos o elaboraran juntos las respuestas, refuerza las ideas de los párrafos anteriores. Evidentemente, el hecho de contestar preguntas sobre el Derecho no los movilizó en el sentido de poner en crisis lo que aprendieron o lo que pensaban antes de ingresar. Más bien actuaban como que hubiera “un” concepto de Derecho, que es el correcto, y la Facultad es el lugar donde lo aprenden o lo perfeccionan –recordemos que la mayoría expresó que era el mismo concepto con el que ingresó y que además, si no era igual, sólo lo había pulido y complejizado–.

Si la teoría del *dispositivo pedagógico* funciona bien, podemos decir que las *reglas de recontextualización*, que son las que demarcan el *discurso pedagógico*, funcionan efectiva y prolíjamente. En este sentido, la definición “escolar” del Derecho del grupo N, nos habla claramente de un *discurso instruccional jurídico* que está sometido absolutamente al regulativo. A tal punto, que estamos llamando positivismo a estas respuestas aunque no tiene demasiado que ver con el positivismo en ninguno de sus sentidos en el campo de la producción de la teoría jurídica más especializada²¹. En este sentido, el ejemplo de la física citado es aplicable a nuestro caso.

21 Sobre la complejidad de la definición de lo que es el positivismo jurídico se puede ver: BOBBIO, Norberto, “El problema del positivismo jurídico”, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3^a ed., Bs. As., Fontamara, 1994, o NINO, Carlos Santiago, “Introducción al Análisis del Derecho”, 2^a ed. ampliada y revisada, Bs. As., Astrea, 2005.

Las respuestas del grupo V son numerosas y no responden al discurso dominante de la agencia educativa en estudio. De todas maneras, no es extraño encontrarlas ya que es relativamente corto el período de socialización en la agencia. Veremos el contraste con las respuestas de los estudiantes del último tramo de la carrera.

La consideración del Derecho como instrumento o herramienta es también interesante porque está denotando un punto de vista distinto al de los dos primeros grupos. Podemos decir que las respuestas de los grupos N y V son las que se dan desde el punto de vista interno del Derecho, al contrario, visualizar el rol o la función del mismo nos lleva a pensar que se ubicaron desde un punto de vista externo. Por ahora, sólo esto se puede saber. Queda para el estudio definitivo determinar si, los mismos estudiantes que hacen esta opción de mira, la mantienen cuando son preguntados por cómo lo catalogarían desde “dentro” del mismo.

Las respuestas del grupo C, podemos pensarlas como producto de una confusión lingüística –o conceptual, en el peor de los casos–. El Derecho designa tanto a la ciencia que lo estudia como a su objeto, entre otras cosas. Por lo demás, sólo 3 estudiantes afirman esto.

Por último, el grupo de respuestas inclasificables es bastante acotado, y esto adquirirá mayor sentido cuando lo comparemos con el lugar que ocupan entre las respuestas de los estudiantes de *Filosofía del Derecho*.

Con respecto a la segunda pregunta, es interesante el hecho de que un alto porcentaje (70%) conteste que pensaba lo mismo sobre el concepto de Derecho cuando ingresó a la carrera. Dentro de este grupo, algunos señalan que pensaban lo mismo sólo que ahora adquirieron un conocimiento más técnico, más acabado o complejo, mejor, en suma y desde su punto de vista. También este dato merece un análisis más profundo y una vuelta al campo que por ahora no es posible dado el limitado objetivo de este trabajo.

V. La comparación con las respuestas de los estudiantes de Filosofía del Derecho

Dado el carácter preparatorio de este trabajo y provisorio de los datos, nos permitiremos compararlos provisoriamente con los resultados obtenidos en el grupo de primer año con una encuesta realizada por una colega de la Cátedra de *Filosofía del Derecho* en agosto de 2006, al comienzo del dictado de dicha materia.

El cuestionario constaba de 7 preguntas, de las cuales sólo nos interesa la primera, que es la misma que la primera del cuestionario que entregamos a los estudiantes de primer año. El cuestionario fue confeccionado y entregado por una de las colegas de la cátedra.

Las respuestas acerca de lo que es el Derecho pueden encuadrarse perfectamente en la misma codificación que hicimos para el primer grupo. Sin embargo, llama nuestra atención que sean menos los estudiantes que integran el grupo N, dado que el discurso instruccional es básicamente positivista, y el currículum de colección y el enmarcamiento fuerte de las prácticas pedagógicas han tenido la posibilidad de operar para reforzar esta postura teórica a lo largo del tiempo.

De los 50 alumnos que respondieron sobre el concepto de Derecho, 29 respondieron de acuerdo a la categoría que asignamos con la letra N. Esto es equivalente a un 58 % contra el 48% de los estudiantes del ciclo básico. Es decir, que hay, preliminarmente, un refuerzo del positivismo en el transcurso de la carrera. De todas formas, la diferencia no es tan amplia y no deja de llamar nuestra atención el alto porcentaje de respuestas de este tipo entre los estudiantes de primer año.

El resto de las respuestas se divide por partes iguales de acuerdo a las categorías descriptas. En el grupo H, C y de inclasificables (7 respuestas cada grupo, 14%). La diferencia más notable en cuanto a este grupo es que no hay definiciones en las que el Derecho aparezca fuertemente conectado, al punto de ser elemento definitorio, con el valor. Las referencias a este se distribuye entre las respuestas que no pertenecen al grupo P y son tanto a la justicia como a la paz o al orden social.

Además de la carencia de un grupo V, ponemos de relieve el grado de uniformidad de porcentajes en las categorías en ambos grupos.

VI. Conclusiones

Desde ya tenemos que volver a subrayar que esta muestra no es representativa y no puede tomarse de forma definitiva. Pero, al menos, nos permite ir descubriendo un panorama sobre el papel de la estructura social en la conciencia de los ingresantes –que se ha traducido en una *producción textual* elaborada por un pedido expreso y con una finalidad ajena al desarrollo de la actividad educativa– y el rol del nivel intermedio, la agencia educativa, en la formación de la conciencia jurídica. Sin embargo, dada la

sorpresa que nos provoca la altísima similitud en los conceptos de Derecho, pensamos que este trabajo tiene un valor exploratorio interesante.

**APORTES PARA
LA INVESTIGACIÓN
Y LA DOCENCIA**

¿CÓMO ESTUDIAR? APRENDER INVESTIGANDO.

APOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN *

ELVIO GALATI **

Resumen: La docencia no es un compartimento separado de la investigación. La investigación y sus herramientas pueden brindar técnicas a fin de hacer el estudio más ameno, agradable, interesante, divertido. La incorporación de la investigación en la docencia dependerá de cómo se enseñen los contenidos del caso y del estatuto epistemológico de los mismos. El aprendizaje basado en problemas, el pensamiento crítico, y el trialismo son teorías propicias para desarrollar la investigación como estrategia de aprendizaje.

Palabras clave: Trialismo - Pensamiento complejo - Docencia - Investigación - Enseñanza - Aprendizaje - Curiosidad - Método científico - Profesionalización docente - Error - Pensamiento lateral - Pensamiento divergente - Libertad.

Abstract: Teaching is not a compartment separated of research. The research and its skills can provide techniques in order to make studies more agreeable, pleasant, interesting and amusing. The incorporation of research in teaching depends on how you teach the contents and the epistemological statute of them. Learning with problems, the critical thought, and the trialism are propitious theories to develop the research as a strategy to learn.

Key words: Trialism - Complex thought - Teaching - Research - Apprenticeship - Curiosity - Scientific method - Professionalisation of teaching - Error - Lateral thinking - Divergent thinking - Freedom.

“Sólo lo insuficiente es productivo”
H. Keyserling¹

* Notas a propósito de un seminario impulsado por el Prof. Walter Birchmeyer, en el Grupo de Enseñanza Personalizada de la Cátedra “A” de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Puede v. en este mismo número el artículo de mi autoría realizado en colaboración con Walter Birchmeyer “Seminario sobre estrategias de aprendizaje en la Universidad”.

** Adscripto de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Becario doctoral del CONICET. E-mail: elviogalati@gmail.com.

1 Cít. por MORIN, Edgar, “El Método 1. La naturaleza de la naturaleza”, trad. Ana Sánchez en colaboración con Dora Sánchez García, 3^a ed., Madrid, Cátedra, 1993, pág. 229.

I. Introducción

1. En estas notas me propongo ensayar como la investigación se revela como un tema clave en la enseñanza y aprendizaje del Derecho².

II. Contexto teórico del tema

2.1. Así como la investigación amplía horizontes, y puede contribuir a desmitificar, es decir, terminar con los prejuicios, una tarea que le exigiré al lector será la de romper con el prejuicio de que la investigación debe ir separada de la docencia, lo cual se traduce en que las actividades de investigación no contribuyen con las de docencia o viceversa³. “La investigación ha de encontrar apoyo en las carreras de investigador, en el programa de incentivos, etc., pero es notorio que no puede agotarse en ellas. Hay que apoyar y desarrollar a la investigación científica donde ella se manifieste”⁴. “(...) la tarea de investigación es inherente a todo profesor universitario (...)”⁵. A la desafortunada concepción que separa ha contribuido la idea “(...) formalista, estática y exegética que ha prevalecido en los centros jurídicos de la región (...). El Derecho está elaborado en los Códigos y no hay más campo que reflexionar e ‘investigar’ (...). Cuando más, analizar la historia de la ley y las

2 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas sobre metodología de la investigación”, en “Investigación y Docencia”, N° 18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, págs. 67 y ss.; “Notas sobre la investigación científica universitaria”, en “Investigación...” cit., N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 71 y s.; “El juez, el abogado y el investigador jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 16, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, págs. 41 y ss.; “El científico y el técnico del Derecho (Werner Goldschmidt, modelo de científico del Derecho)”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 22, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 27 y ss.; RABASA, Sol, “La investigación científica”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, pág. 101; ZACCARI, Leandro, “Sugerencia de incorporación de una materia de carácter científico-general”, en “Investigación...”, N° 13, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1989, págs. 97 y ss.; entre otros.

3 Este tema fue abordado con otras perspectivas en mi artículo “Filosofía de la evaluación de la Universidad. Notas sobre metodología cualitativa en la investigación jurídico-educativa”, en “Academia”, año 5, N° 9, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007, en prensa. Puede v. también: WITKER, Jorge, “Técnicas de la enseñanza del Derecho”, 4^a ed., en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1070> (20-10-2005), pág. 199: “(...) docencia-investigación conforman etapas dialécticas inseparables, lográndose una permanente renovación y retroalimentación en los contenidos a enseñar.”

4 CIURO CALDANI, “Notas sobre la investigación...” cit., pág. 73.

5 Íd.

discusiones que rodean su promulgación a fin de desentrañar el real espíritu que animó al legislador en su oportunidad. La jurisprudencia completa este limitado cuadro⁶.

De esto dio cuentas Werner Goldschmidt al analizar la positividad del Derecho, y explayarse entonces sobre el positivismo jurídico. En su obra principal dijo que el criterio de valor de un buen docente no se mediría por la cantidad de clases y de normas que expusiera, porque un buen docente es también aquel que investiga, que puede ir más allá de la normatividad. La visión cuantitativista es coherente con la concepción del Derecho según la cual el único quehacer del jurista “(...) consiste en la enseñanza que se reduce a la información sobre la existencia y contenido de normas”⁷. Esto trae como consecuencia que los profesores, a la hora de presentarse en concursos universitarios, inviertan todo su tiempo en repetir clases iguales, sin actualizar sus conocimientos, es decir, sin llevar a cabo investigaciones⁸. He aquí la relación con mi tema de estudio: el docente es recopilador de normas, y no se plantea problemas jurídicos a los cuales dar solución, porque esto es tarea del legislador, y como tal, político. Por ello, el reduccionismo normativista entiende que “(...) un jurista (...) [cuando] se ocupa de la naturaleza del Derecho, moviliza la *Filosofía*. En cuanto indaga la realidad social, se mueve en el campo de la *Sociología*. (...) E interesándose por la historia de las instituciones jurídicas, es *historiador*. (...) si critica la legislación, hace *política legislativa*”⁹. El pensamiento analítico trae como consecuencia la desaparición de la investigación del mapa jurídico. “Quien investiga, es totalmente incapaz de comunicar lo que sabe; quienes jamás han llevado a cabo la más mínima investigación, han recibido un don divino especial de ejercer la docencia”¹⁰. Por otra parte, esto ha sido común en la enseñanza media y superior en general. Y el círculo ideológico se cierra cuando se cae en la cuenta de que los juristas normativistas no investigan porque los conocimientos que aplican –normas– no

6 WITKER, op. cit., pág. 182.

7 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 105.

8 *íd.*

9 GOLDSCHMIDT, “El positivismo jurídico como nihilismo”, en “El Derecho”, t. 45, pág. 958.

10 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 105. En oportunidad de terminar mi adscripción docente en la Pontificia Universidad Católica Argentina en 2004 tuve que seleccionar en un formulario si me dedicaría a la “docencia”, o a la “investigación”. Por lo que pudo haber sido posible que se seleccione sólo una de aquellas opciones.

son por ellos elaborados, fruto de una concepción estatalista del Derecho. No hay que investigar porque el problema ya viene resuelto por la normatividad.

“(...) los positivistas olvidan que los conocimientos a fin de poder se transmitidos, han de haberse elaborado en alguna parte. (...) Las universidades son centros de investigación, y los profesores universitarios no se limitan a transmitir conocimientos sino que se esfuerzan en contagiar a los discípulos espíritu y técnicas de investigación¹¹”. Yo agregaría que el contagio debe abarcar a los alumnos también. Al fin, “una universidad que no investiga no es verdaderamente tal y suele convertirse en un eslabón de la dependencia respecto de culturas que sí lo hacen”¹². Como dice Goldschmidt: “Quién se educa lleva el timón de actividades, es el que conduce la exploración activamente. El educador es meramente un asistente facilitador en esa conducción a cargo del educando quien abastece y gobierna la situación con sus pensamientos y voluntad”¹³.

2.2. La evidencia del problema en el Derecho, analizado por la realidad social, y del objetivo último del Derecho, constituido por la realización de la justicia, brindarán los elementos necesarios para acercar “lo jurídico” a aquellos a los cuales nunca debió abandonar: los ciudadanos. La mera normatividad encorseta la vida, la mutila, con riesgo de no abordar completamente los problemas sociales que son jurídicos, que requieren una solución justa. “(...) el Derecho como ciencia social se interesa sobre todo por la concatenación de las conductas justas”¹⁴. Es no solo la normatividad, sino también “(...) la justicia (...) [la que] tiende a establecer el equilibrio entre los intereses de los miembros de una sociedad”¹⁵.

2.3. Por otra parte, según la concepción de la Educación que se tenga, se dará cabida o no a la investigación dentro del currículo¹⁶. “Si los estudios

11 GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 105 y s.

12 CIURO CALDANI, “Notas sobre la investigación...” cit., pág. 72.

13 GOLDSCHMIDT, Werner, “Tridimensionalismo, realismo genético y justicia. Homenaje a Miguel Herrera Figueroa”, en “La Ley”, t. 1983-A, pág. 756.

14 GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2^a ed., Bs. As., Depalma, 1986, pág. 4.

15 Id., pág. 6.

16 En este sentido puede v. de mi autoría: “Una propuesta filosófico-pedagógica para la enseñanza del Derecho (Educar a partir del pensamiento complejo y anarquista)”, en AA.VV., “Cuartas jornadas de jóvenes investigadores”, Bs. As., Instituto Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA,

jurídicos se plantean en un contexto problematizador, de búsqueda constante de respuestas, abierto a la creación crítica, la tarea investigadora juega un rol crítico indispensable”¹⁷. Para ello, “la tarea del docente es (...) provocar situaciones o problemas pertinentes, (...) para que el estudiante a través del diálogo salga de la rutina del pensamiento automático y se eleve al sistemático y crítico”¹⁸. El alejamiento de los métodos abstraccionistas es clave:

“La concepción dinámica que se postula de la enseñanza jurídica requiere de un acercamiento científico del estudiante a la realidad jurídico-social. Su contacto con el Derecho vivo le servirá como un elemento más para formarse una concepción crítica del sistema jurídico que lo inste a la superación y progreso¹⁹”. Es evidente que estamos en este caso en presencia de una concepción compleja impura del Derecho, ya que se está presuponiendo que el Derecho es norma y que este tiene que tomar contacto con la realidad, como si el Derecho en sí no fuera realidad, o no tuviera una instancia crítica al interior de él²⁰.

Puede silenciarse la importancia de la investigación en los estudios de grado, pero en el futuro, el joven abogado tropezará con la necesidad de contar con herramientas a fin de dar solución a temas no resueltos por la normatividad, a casos de reglamentaciones injustas, y a casos de reglamentaciones contrarias a las estipuladas normativamente.

2007, en: http://www.iigg.fsoc.uba.ar/jovenes_investigadores/4jornadasjovenes/EJES/Eje%208%20Conocimientos%20Saberes/Ponencias/GALATI,%20Elvio.pdf (20-1-2008).

17 WITKER, op. cit., pág. 183.

18 VILLARINI JUSINO, Ángel, “Teoría y pedagogía del pensamiento sistemático y crítico”, pág. 10, en <http://pddpupr.org/docs/Teoria%20y%20pedagogia%20del%20pensamiento.pdf> (3-2-2002).

19 Íd., pág. 193.

20 Sobre una concepción jurídica pura puede v. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit.; CIURO CALDANI, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., Nº 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, págs. 33 y 76; entre otros. también puede v. el trabajo de CHAUMET, Mario, “Los hechos y la complejidad de la decisión judicial”, en “La Ley”, t. 2007-B, págs. 1 y ss.; DABOVE, María Isolina, “El Derecho como complejidad de saberes diversos”, en “Ideas y Derecho”, año 3, Nº 3, Bs. As., 2003, págs. 95 y ss.; MENICOCCI, Alejandro, “Complejidad y simplicidad en la conceptualización del Derecho”, en “Boletín del Centro...” cit., Nº 10, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988, págs. 43 y s.

III. Contribución de la investigación al aprendizaje

3.1. Cuando se plantea el tema de las estrategias de aprendizaje, es decir, acerca de cómo estudiar mejor, el destinatario puede esperar que le digan las recetas a fin de arribar, en el menor tiempo posible, a aquello necesario para aprobar la asignatura. En los tiempos que corren, y por qué no en los pasados, es y fue necesario administrar el tiempo ya que a las tareas académicas y/o laborales hay que sumar las necesidades propias de los afectos y el esparcimiento. El tiempo es escaso, se pensará, y no puede dedicársele mucho tiempo a la Facultad.

3.2. No pretendo ser un moralista que diga que debe invertirse más tiempo en la Facultad; no es esa mi misión. Pero sí puedo decir que dediquen un tiempo a la Facultad. En la etapa en la que los estudiantes del Ciclo Básico se encuentran, y por algunas deficiencias sobre conocimientos formales y sobre herramientas intelectuales debidas en parte a la enseñanza media, la novedad juega un papel clave y hay que aprovecharla para despertar el interés por el aprendizaje. Dice David Bohm: “(...) el artista, el compositor, el arquitecto, el científico consideran fundamental descubrir y crear algo nuevo que sea completo y total, armonioso y hermoso. (...) en el fondo, sea lo que muchas personas están buscando cuando intentan escapar de la monótona rutina diaria, cuando se embarcan en todo tipo de diversiones, intereses, estímulos, cambios de ocupación, etc. (...)”²¹.

La Facultad contiene espacios y grados de imposiciones. Por eso, en la medida en que los alumnos puedan hacerse su propio camino, ello será muy beneficioso. Porque nada se aprende mejor que aquello que se elige y se vive como propio. En suma, “(...) la importancia de dar prioridad a la propia acción del aprendizaje, por encima del contenido específico que se ha de aprender”²².

3.3. Para el estudio tradicional, no hace falta más que memorizar y, en el mejor de los casos, encontrarle algún sentido a aquello que tomarán en el examen para aprobar la materia. Pero la memoria lleva tiempo, es aburrida, y suele tener poca relación con la cambiante realidad por su mecanicismo ciego. Es insuficiente. Este suele ser el comportamiento medio de los estudiantes.

21 BOHM, David, “Sobre la creatividad”, trad. Alicia Sánchez, Barcelona, Kairós, 2002, pág. 33.

22 Íd., pág. 35.

“El pensamiento reactivo es necesario porque sin él tendríamos que reflexionar a cada paso que damos y muy a menudo esto resultaría demasiado lento (...) la respuesta del pensamiento reflexivo tiende con bastante facilidad a caer bajo la influencia de un patrón mecánico”. “(...) el pensamiento reflexivo permite que su modus operandi básico quede dominado por la aparente necesidad de proporcionar una solución que encaje en el inmenso telón de fondo de los patrones de pensamiento ya existentes, caracterizados por cierta grosería, crudeza e incapacidad de responder con sensibilidad y libertad a sutiles indicativos de cambio en el hecho observado (...) la reacción o funciona de la forma acostumbrada o no funciona²³”.

3.3.1. Por ello es que invito a comprobar el sabor de la elección. Tal vez puedan sentirse mejor cuando elijan, y nada les sea impuesto. Y se puede elegir si se dedica un pequeño tiempo a aquello que puede relacionarse con lo que nos “imponen” como contenido obligatorio en las asignaturas. De allí que sugiero aprovechar aquellos “espacios” que reconoce la Facultad para desarrollarnos libremente.

3.3.2. Deberá hacerse entonces una integración del ser educativo con su deber ser, a fin de no caer en facilismos o utopismos, respectivamente.

3.4. Si bien no se planteará que el alumno siga los pasos del método científico a fin de que aproveche la investigación como estrategia de aprendizaje, sí puede tenerlos en cuenta e intentar seguirlos. Estos son: selección de un tema, recorte del mismo en los ámbitos espacial, temporal y personal, planteamiento de un problema, recolección de información, exposición de una hipótesis y verificación o rechazo de la misma. Dichas tareas tradicionales, a los fines que propongo, no son enunciadas a fin de que se cumplan de manera cronológicamente ordenada, ya que, o bien primero puede leerse sobre el tema, y luego puede surgir el problema, o bien puede surgir el problema y luego la hipótesis, o bien puede comenzarse por recolectar información, etc. En suma, en el comienzo, “(...) el método (...) era el antimétodo (...) Era tener como único viático aquel cuya prueba es imposible de hacer, incluso en uno mismo: la curiosidad, la pasión, la apertura

23 Íd., págs. 104 y s.

y, al menos, el sentimiento de la complejidad”²⁴. Entiendo aquí al método desde su doble punto de vista: camino y voluntad. “(...) una metodología del estudio es, en definitiva, un ‘inteligente esfuerzo’”²⁵. Si se quiere dar forma científico-literaria a lo trabajado pueden recorrerse los distintos formatos que brinda la ciencia²⁶.

En el marco que plantea el trialismo originario de Werner Goldschmidt, algunos de los ejemplos de su obra “Introducción filosófica al Derecho” quedaron desactualizados, y sería bueno entonces que se traten de *aggiornar*, buscando bibliografía en la biblioteca, o pidiendo ayuda a los “informantes claves”, que son los profesores de la materia, o abogados con experiencia. También podemos profundizar algún tema que nos interese, ya que pocas temáticas son dejadas sin tratar por dicha teoría, que contempla el fenómeno jurídico como un ente complejo compuesto por materialidades e idealidades jurídicas: repartos, normas y valores. Son amplios los despliegues que abarca el Derecho, y amplias pueden ser las líneas de investigación. El desarrollo de las ramas jurídicas brinda también un propicio espacio de análisis.

Si bien el investigador profesional se aboca al estudio de problemas no resueltos todavía por la ciencia en la que trabaja, para el estudiante, su desconocimiento, aún de temas ya prolíficamente tratados por la tradición científica, es ya un problema a resolver. Recuérdese que la investigación es vista aquí como una herramienta del aprendizaje.

“El campo de la investigación es el de los asuntos todavía desconocidos para la ciencia, a diferencia del campo del estudio, que consiste en la apertura y asimilación a los asuntos aún desconocidos para el estudiante. No obstante, siendo que investigar es uno de los fines primordiales de la universidad (junto con la enseñanza y el servicio a la sociedad), la formación universitaria provee a los alumnos de ocasiones y pautas para ensayar la actividad investigativa”²⁷.

3.5. Para buscar la información vinculada al tema de interés, debemos, si no ser investigadores, comenzar con pequeñas tareas relacionadas con la

24 MORIN, op. cit., pág. 433.

25 RODRÍGUEZ QUIROGA, Silvia, “Guía teórico-práctica para el método de estudio universitario”, Bs. As., Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2003, pág. 13.

26 Puede v. en tal sentido CIURO CALDANI, “La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la Ciencia”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 79 y ss.

27 RODRÍGUEZ QUIROGA, op. cit., pág. 25.

investigación²⁸. La primera consiste en el desarrollo de la curiosidad. Si bien esto es en gran medida innato, puede también aprenderse. En primer lugar con el ejemplo. “(...) la enseñanza es sobre todo modelaje²⁹; el docente se pone como ejemplo a imitar. Es por ello que tiene que ser ejemplo de pensador: curioso, objetivo, reflexivo, sistemático, creativo, crítico, etc.³⁰“ Por su parte, el alumno dedicaría un espacio de tiempo a pensar, preguntándose: ¿qué me interesa del Derecho?, ¿cómo puede relacionarse esto que estudio con mi vida como futuro profesional?, ¿me va a servir?, ¿qué significa que me sirva?, ¿cómo concretarlo? Y para ello deben tenerse los sentidos preparados: al leer el diario, un libro que sea de interés, al escuchar la radio, mirar la TV, etc. “(...) la percepción real, capaz de ver algo nuevo, requiere que estemos atentos, alerta, conscientes y que seamos sensibles. (...) y entonces notamos la diferencia entre lo que realmente sucede y lo que se infiere del conocimiento anterior”³¹. También podemos aprender a ser curiosos de los niños. Ellos poco conocen y no son conformistas. Basta conversar con ellos para percatarse de los sucesivos cuestionamientos que hacen. “(...) el estado mental creativo (...) es (...) el de la persona cuyo interés en lo que está haciendo es total e incondicional, al igual que un niño pequeño”³².

“(...) la curiosidad intelectual, la tolerancia, la flexibilidad mental, (...) hacen más efectivos el procesamiento de información porque lo abren a múltiples estímulos y relaciones. (...) La falta de curiosidad, (...) lleva a la persona a pensar de modo superficial y simplista. (...) una actitud positiva como la curiosidad facilita y permite que el estudiante se dedique con más frecuencia a tareas de observar y pensar³³”.

3.6. La clave se encuentra en las ganas de la persona; lo que en Psicología Educativa se llama motivación, que puede ser intrínseca, que es la saludable, y extrínseca. “Somos diferentes de los animales por la conciencia,

28 Sobre el tema puede v. el “Reglamento de adscripciones al ‘Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social’”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 1, págs. 63/6.

29 Por mi parte, creo que la enseñanza es modelaje sólo en alguna medida.

30 VILLARINI JUSINO, op. cit., pág. 11.

31 BOHM, op. cit., pág. 35.

32 Íd., pág. 51.

33 VILLARINI JUSINO, op. cit., pág. 5.

la cultura y nuestra voluntad de conocer”³⁴. También somos diferentes de las máquinas: “(...) este problema no podía sino quedar oculto en la máquina artificial que es regenerada desde el exterior por renovación, reparación y cambio de sus piezas. No hay, pues, regeneración-de-sí. No hay, pues, reorganización intrínseca³⁵”.

No es entonces propio del hombre que solamente lo manden, le impongan órdenes. Uno de los caracteres que diferencia al hombre, al ser viviente, de la máquina es su capacidad de autogenerarse, de autorepararse, ante situaciones imprevistas³⁶. Para ayudar a la conciencia, y nuestra voluntad de conocer será conveniente propiciar todo aquello relacionado con la Filosofía, como por ejemplo, cursos, seminarios, conferencias, charlas, etc., en tanto su falta de prejuicios, ideas previas, saberes asentados, y pensamientos uniformes, nos mueven a abandonar lo establecido, lo mecánico. “La tendencia a ‘dormirse’ es alimentada por la aplicación de un enorme número de ideas preconcebidas y de prejuicios, la mayoría de los cuales ha sido asimilada a una edad muy temprana, y de una forma más tácita que explícita”³⁷. Es necesario desarrollar el espíritu científico: “(...) un método científico es un método que busca el riesgo. Seguro de lo adquirido, se arriesga en una adquisición. La duda está delante de él y no detrás como en la vida cartesiana”³⁸. Pero no podemos quedarnos con estas ideas, ya que es importante ponerlas en práctica.

“Many college professors seem unaware of this point³⁹; they teach a course on the theory of critical thinking and assume that their students will end up better critical thinkers. (...) They expose their students to examples of good critical thinking (...), hoping that students will learn by imitation. These

34 MORIN, Edgar, “Articular los saberes ¿Qué saberes enseñar en las escuelas?”, trad. Geneviève de Mahieu con la colaboración de Maura Ooms, 2^a ed., Bs. As., Universidad del Salvador, 2007, pág. 78.

35 MORIN, “El Método...” cit., pág. 227.

36 Cf. MORIN, Edgar, “El Método 3. El conocimiento del conocimiento”, trad. Ana Sánchez, 5^a ed., Madrid, Cátedra, 2006, pág. 71.

37 BOHM, op. cit., pág. 61.

38 BACHELARD, Gastón, “El compromiso racionalista”, Bs. As., Siglo XXI, 1973, cit. por MOTTA, Raúl, “Introducción” a MORIN, “Articular los saberes...” cit., pág. 17.

39 Que los estudiantes piensen críticamente por sí mismos.

strategies are about as effective as working on your tennis by watching Wimbledon”⁴⁰.

3.7. Es importante para desarrollar la curiosidad y consiguiente creatividad “(...) que cada individuo se dé cuenta de los potenciales creativos de su mente (...)”⁴¹. Por otra parte, “la clave (...) es ser siempre conscientes y estar alerta de las reacciones mecánicas que son las que nos causan el ‘adormecimiento’ una y otra vez”⁴². Siempre algo dado puede ser de otro modo.

Por ejemplo, puede llamar la atención, al conversar con un compañero que curse “Introducción al Derecho” o “Teoría General del Derecho” en otra cátedra, que el concepto de norma que brinda el trialismo sea notoriamente diferente de aquel que brinda Hans Kelsen, para lo cual esta diferencia que percibimos será el puntapié de una inquietud que nos moverá a realizar una actividad movida por el interés en conocer aquello que está oculto para nosotros. También podrán preguntarse por qué Kelsen tiene un libro que se llama “¿Qué es la justicia?”, siendo que Goldschmidt trata esta temática en un libro sobre Derecho que se llama “Introducción filosófica al Derecho”, y Kelsen no trata profunda ni exhaustivamente esta temática en su libro de Derecho que se llama “Teoría Pura del Derecho”. Nos puede llamar la atención si la Teoría General del Derecho tiene contenidos o capacidad como para responder por las razones de la diferencia entre los sistemas jurídicos continental y anglosajón que también se aprenden en la Parte General del Derecho Civil.

3.8. El preguntarse continuamente es la clave del nacimiento del primer eslabón de la investigación. Para ello puede ayudar vincular la ciencia con el arte: “(...) hablar con artistas, mantener correspondencia con ellos así como contemplar sus obras, ha sido una gran ayuda en mi investigación

40 VAN GELDER, Tim, “Teaching critical thinking. Some lessons from cognitive science”, en “College teaching”, vol. 45, N° 1, en http://www.philosophy.unimelb.edu.au/reason/papers/Teaching_CT_Lessons.pdf (21-2-2008).

“Varios profesores colegas parecen ignorantes de este punto. Enseñan un curso sobre la teoría del pensamiento crítico y asumen que sus estudiantes terminarán siendo mejores pensadores críticos. Exponen a sus estudiantes a ejemplos de buenos pensadores críticos con la esperanza de que aprenderán por imitación. Esta estrategia es tan efectiva como trabajar en el tenis mirando Wimbledon” (trad. del autor).

41 BOHM, op. cit., pág. 59.

42 Íd., pág. 60.

científica. (...) me condujeron a renovar mi visión de la estructura y a percibirla directamente con los sentidos, gracias a lo cual tuve claro que las nociones científicas (...) de la estructura sólo tienen territorios limitados de validez. Si uno vuelve a reflexionar sobre el tipo de contacto sensorial con el mundo del cual se han extraído los conceptos (...) científicos existentes, puede ver que todavía existen innumerables e inexploradas direcciones de abstracción, las cuales siempre han estado a nuestra disposición⁴³.

Con respecto a las ganas, el no conformismo, etc., es interesante tener en cuenta que puede ser ameno el estudio a partir de considerar que “El investigador no doctrinario se preocupa por lo que los hombres hacen realmente, en vez de por aquello que los hombres, dicen que hacen”⁴⁴. Y para ello es necesario investigar. A tal efecto basta ver con cuánta frecuencia las normas jurídicas son incumplidas en distintos ámbitos de la vida, y en este sentido la realidad puede darnos ejemplos para confrontar lo que las teorías dicen, y su grado de aptitud para dar soluciones a la realidad concreta.

3.9. Otro paso consistirá en las preguntas que intentaré contestar. Luego tendré que explorar qué se ha dicho sobre la temática elegida, a la vez que surgirán en la mente respuestas tentativas a las preguntas formuladas que son llamadas *hipótesis*. Con la ayuda de personas que “sepan” más que el alumno, mejor dicho, que hayan estado en situaciones similares, podrá encaminarse mejor el estudiante a fin de llegar a alguna respuesta. Con dichas ideas provisionales tratará de leer libros, mirar películas sobre el tema, etc., a fin de comprobar si lo pensado en un momento es efectivamente como creía. Por ello, “(...) un buen universitario buscará conocer incluso las temáticas que sus profesores no lleguen a plantearle en clase y llevará a clase las inquietudes sobre aquello que no se le ha participado aún”⁴⁵. Porque “(...) estudiar implica la relación con lo ya conocido, con la vida y con la totalidad de la ciencia”⁴⁶. “La relación de un científico creativo con los resultados del trabajo creativo de los primeros científicos es vital para nosotros”⁴⁷. En mi caso, cuando cursé “Introducción al Derecho” en el año 1994, llamó mi atención escuchar que se decía que el Poder Judicial había sufrido un cambio. Se trataba de la reforma

43 Íd., pág. 80.

44 WITKER, op. cit., pág. 192.

45 RODRÍGUEZ QUIROGA, op. cit., pág. 19.

46 Íd., pág. 27.

47 BOHM, op. cit., pág. 47.

constitucional de ese año, y hacia allí fueron dirigidas mi curiosidad y mis tareas investigativas. Quise responder en qué consistía ese cambio.

3.10. Debemos tener también un *espíritu abierto*, dispuesto a tolerar las críticas. Solo quien sepa que no sabe, puede abrir puertas a nuevos saberes, que serán compartidos.

“(...) cuando a una teoría se le ha dado una forma más o menos axiomática, el resultado de precisión, firmeza y orden lógico perfecto ha dado pie a menudo a la impresión de que el conocimiento ha llegado a una especie de verdad última. Así, la forma axiomática puede actuar como una ‘anteojera’, evitando que las personas miren en otras direcciones, e impidiendo localizar pistas y claves que señalen contradicciones e incorrecciones en las líneas de pensamiento existentes⁴⁸”.

3.10.1. Este espíritu abierto supone “ganás”, como ya señalé⁴⁹. Estas tareas sólo pueden desarrollarse si hay voluntad y afecto, que revelan el interés⁵⁰. Si estas tareas no se hacen, o fallan, es porque algo en el interior del alumno está fallando, lo cual no significa necesariamente que sea debido a una causa atribuible a él. “(...) lo cognoscitivo (concepto, destreza) y lo afectivo (sentimiento, intereses, valores) son inseparables en el pensamiento. (...) no habrá pensamiento sin la energía o la voluntad de pensar, es decir sin las actitudes”⁵¹.

3.10.2. Ahora bien, las ganas no son solamente del estudiante. “La dedicación metódica que se percibe en quien imparte la clase resulta ser la primera enseñanza y el estímulo insustituible del aprendizaje personal”⁵². Lo cual debe tenerse en cuenta porque en la Universidad serán los alumnos quienes elegirán a los profesores, no ya como en la secundaria.

“Si las clases están bien preparadas, con método científico y criterio pedagógico, es algo que se revela en las pautas de trabajo y de estudio concretas, en su evaluación, en el estímulo adecuado a las condiciones de los alumnos, en el uso de fuentes, de bibliografía, de recursos didácticos, y otros

48 Íd., pág. 99.

49 V. los puntos 2.6 y 2.8.

50 RODRÍGUEZ QUIROGA, op. cit., pág. 26.

51 VILLARINI JUSINO, op. cit., pág. 4.

52 Íd., pág. 18.

auxilios científicos. Este conjunto da lugar a que los universitarios aprecien la obligación de cursar las materias, y en general, promueve su compromiso de dar una respuesta responsable”⁵³.

En el mismo sentido, señala Villarini Jusino: “(...) la actividad de enseñanza debe ayudar a crear el clima afectivo que requiere el desarrollo humano y del pensamiento reflexivo y crítico; un clima de libertad, tolerancia y cuidado, en el que los estudiantes experimentan que el educador es también educando que vive preocupado por entenderlos”⁵⁴.

3.11. Por otra parte, si se sabe buscar por los propios medios, se podrá estar actualizado, y sortear el obstáculo de la obsolescencia de los conocimientos. En un mundo que cambia constantemente, lo que hoy se sabe puede no ser actual mañana. Estamos en la llamada *sociedad del conocimiento*, donde el saber es un rostro más del poder⁵⁵. Es posible que en el futuro, un concurso en el Poder Judicial, en la Facultad, o en organismos de investigación, o el otorgamiento de una beca, se decidan por pequeñas diferencias, como publicaciones, promedios, cursos asistidos, etc. Además, la investigación alimenta el espíritu sanamente ambicioso de saber.

3.12. Por otra parte, “Mandelbrot decía que los grandes descubrimientos son el fruto de errores en la transferencia de conceptos de un campo a otro, llevados a cabo, (...) por el investigador de talento”⁵⁶. He aquí la moraleja que debe quedarnos en el sentido de que no hay que tener *miedo a equivocarse*. “Ello muestra también la relatividad del error y de la verdad”⁵⁷.

“Algo que evita que demos prioridad a la percepción de lo que es nuevo y diferente es que tenemos miedo de cometer errores. (...) Cualquier equivocación parece revelar que uno es una especie de ser inferior (...) todo

53 Íd. Lo señalado y la profesionalización docente son una misma idea. Es elogiable en este sentido el “Profesorado para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas” que, como carrera universitaria, posee la Facultad de Derecho de la UBA desde el año 2004. V.http://www.derecho.uba.ar/academica/profesorado_en_med_sup/index.php (10-3-2008).

54 VILLARINI JUSINO, op. cit., pág. 11.

55 “(...) poder y saber se implican directamente el uno al otro; (...) no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder”: FOUCAULT, Michel, “Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión”, trad. Aurelio Garzón del Camino, Bs. As., Siglo XXI, 2002, pág. 34.

56 MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 2005, pág. 161.

57 Íd.

aprendizaje implica probar algo y ver qué sucede. Si uno no prueba algo hasta asegurarse de que no cometerá un error, nunca podrá aprender nada nuevo”⁵⁸.

El miedo al error forma parte del pasado, de la tradición científica pasada. “En la visión clásica, cuando una contradicción aparecía en un razonamiento, era una señal de error”⁵⁹. Cuando en realidad error debe reemplazarse por distinta visión: “(...) no significa un error sino el hallazgo de una capa profunda de la realidad que, justamente porque es profunda, no puede ser traducida a nuestra lógica”⁶⁰.

El error tiene una función importante: “(...) la vida también comporta procesos de utilización del error, no solo para corregir los propios errores, sino para favorecer la aparición de la diversidad y la posibilidad de evolución”⁶¹. Y el no reconocimiento del error trae sus consecuencias negativas:

“La aparición de la idea de verdad agrava el problema del error, pues cualquiera que se crea poseedor de la verdad se vuelve insensible a los errores que pueden encontrarse en su sistema de ideas y evidentemente tomará como mentira o error todo lo que contradiga su verdad. La idea de verdad es la mayor fuente de error que se pueda considerar jamás; el error fundamental reside en la apropiación monopólica de la verdad”⁶².

3.13. Una mirada ingenua, extraña, extranjera, es siempre más desprejuiciada como para encarar el cuestionamiento. “La mirada ingenua no conoce, (...) los obstáculos que la teoría existente pone en la elaboración de una nueva visión y a menudo, a veces con razón, puede permitirse esta visión”⁶³. De ahí la necesidad de toda cátedra de fomentar la incorporación de nuevos elementos y de darles la mayor libertad en su desarrollo. De manera que fomentar la investigación como técnica de estudio favorece el aprendizaje y renueva la disciplina al interior de ella misma. Decía Jaques Labeydie:

58 BOHM, op. cit., pág. 35.

59 MORIN, Edgar, CIURANA, Roger, y MOTTA, Raúl, “Educar en la era planetaria. El pensamiento complejo como método de aprendizaje en el error y la incertidumbre humana”, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2002, pág. 41.

60 Íd., pág. 41. Recuérdese el ejemplo que doy en el punto 2.7.

61 Íd., pág. 21.

62 Íd., pág. 23.

63 MORIN, “Articular los saberes...” cit., pág. 38.

“Cuando uno no encuentra solución dentro de una disciplina, la solución viene de afuera de la disciplina”⁶⁴.

Por otra parte, hay que tener en cuenta también que “(...) en la historia del pensamiento, pensadores irracionalistas han aportado, a menudo, la corrección racional a racionalizaciones dementes”⁶⁵. En el Derecho pueden verse los casos llamados del “supermercado”⁶⁶, y de “la vivienda familiar”⁶⁷. En los casos mencionados, el juez no se vio bloqueado por las normas sino que evidenció el problema y creó una solución acorde a la justicia. No se trata de hacer lo que cada uno quiere, sino de tener conciencia de los excesos de la razón, los excesos del normativismo que ata, bloquea, y mutila el pensamiento, en suma, la vida.

3.14. Ahora bien, estamos haciendo referencia a la investigación dentro del aprendizaje, por lo que, cuando investigamos debemos guardar el equilibrio entre nuestro deseo por saber, y la necesidad de recortar el interés por el conocimiento para limitarlo a la aprobación del examen.

3.15. Para ayudarnos a involucrarnos en nuestro aprendizaje y ser creativos, es interesante el llamado “Lateral Thinking” o pensamiento divergente, término acuñado por el psicólogo, fisiólogo y escritor maltés Edward de Bono para el pensamiento creativo. Su primera aparición fue en su libro “The Use of Lateral Thinking”, publicado en 1967.

64 Cit. por MORIN, “Articular los saberes...” cit., pág. 39.

65 MORIN, “Introducción al pensamiento...” cit., pág. 162.

66 En el caso “Def. Sup. Trib. de Justicia c. Estado Prov. de Entre Ríos s. acción de amparo”, el juez entrerriano Roberto Parajón decidió que el Estado provincial, a través de un supermercado, entregue mercadería a una familia carenciada, hasta que la misma se incorpore a un programa de asistencia social. Se trataba de una familia de desocupados, con tres hijas, una de ellas desnutrida. Y por si fuera poco, el supermercado podía solicitar que se le autorice a compensar las deudas fiscales que pudiera tener con la Provincia. El padre de la familia solicitó ser inscripto en el plan “Jefes y jefas de hogar”, sin éxito, y la madre concurría con sus hijas a un comedor comunitario que no funcionaba todos los días. V. “Un nuevo horizonte para el amparo”, en www.diariojudicial.com, del 23.7.2002 (11-6-2005).

67 Se le ordenó a la Provincia de Entre Ríos, más precisamente a su Instituto Autárquico Provincial de la Vivienda, que otorgue una en condiciones dignas de habitabilidad, a una familia que tiene un hijo desnutrido y gravemente enfermo. La jueza Claudia Salomón tuvo en cuenta al niño de 9 años, que padecía fibrosis quística, desnutrición crónica, asma crónica y toxoplasmosis, los escasos ingresos de los padres y las fracasadas gestiones realizadas ante el Instituto. En este caso también se afectaba la ley de presupuesto, y la igualdad ante la ley en función del listado de gente en espera por una vivienda. V. www.diariojudicial.com, del 16-6-2004.

Con respecto a las derivaciones prácticas del pensamiento lateral, podemos encontrar las siguientes: a) así como en la orquesta, la melodía final es el resultado de la suma de las funciones concretadas por cada uno de los instrumentistas, que solos no podrían llegar a la perfección finalmente lograda, en el estudio, puede lograrse un parangón similar con el trabajo en equipo, ya que la suma de perspectivas, puede lograr una riqueza de entendimiento al contarse con más sujetos que puedan captar el contenido desde diversos puntos de vista. No es necesario que todo el tiempo los integrantes del equipo se reúnan, pero sí tal vez, en los momentos finales, en donde existen las dudas fruto de la lectura y estudio. b) tratar de encontrar soluciones creativas, más allá de las convencionales. Lo más “simple” es estudiar del apunte, cuando no se cae en la cuenta de que es un resumen⁶⁸, y como tal, acortado, y que lo no explicitado es lo que otra persona da por supuesto, que puede ser lo que otro alumno no de por supuesto, y entonces lo agrega porque es precisamente lo que tiene que aprender; y se supone que estamos en la Universidad para aprender lo que no sabemos. El apunte implica un doble trabajo, ya que se compra el apunte, y luego se lee el libro para entender el apunte, cuando puede obviarse el primer paso, y leer el libro directamente. c) el pensamiento lateral nos llama a buscar una forma alternativa, creativa, innovadora, de resolver un problema. Un ejemplo de esto es lo que sucedió en el “Mayo Francés”, que fue fuente de numerosas ideas sorprendentes por su originalidad ante lo dado: “seamos realistas, pidamos lo imposible”; “paren el mundo que me quiero bajar”; “los que hacen las revoluciones a medias no hacen más que cavar sus propias tumbas”; “el patrón te necesita, tú no necesitas al patrón”; “trabajador: tienes 25 años, pero tu sindicato es del siglo pasado”; “están comprando tu felicidad. Róbala”. Son éstas frases significativas por el sorprendente efecto desorbitante que generan en los lectores. Y precisamente la investigación apunta a remover mitos, prejuicios, verdades establecidas. Tal vez pueda ser en esa idea extraña o fuera de lo común que se encuentre un estímulo para estudiar un tema, confrontándolo con el contenido que debemos estudiar. Vemos que es necesario perder el miedo a lo extraño, al error, en suma, a la libertad.

68 De autoría anónima y sin certeza acerca de la validez y corrección de sus contenidos.

3.16. Con la idea de hacer de la investigación una estrategia de aprendizaje, también podemos valernos del *pensamiento crítico*⁶⁹. “La actitud crítica de un alumno consiste en estimar el peso de cada factor, buscando la firmeza de la verdad”⁷⁰. La crítica está muy de moda, y sobre todo a partir del desarrollo del constructivismo. Considero fundamental “(...) poner a pensar al estudiante en la información, no a recitarla”⁷¹. Pero antes hay que tener en cuenta que “(...) quien no conoce lo que ya se sabe con certeza, lo tradicional, mal puede innovar con acierto en las temáticas”⁷². La contradicción, que es tal, pero que se vuelve coherente desde un pensamiento complejo, se salva cuando se observa que la historia de la ciencia es el relato de grandes investigadores que se han apoyado en los hombros de otros grandes investigadores.

Es necesario quebrar barreras. “(...) el trabajo creativo requiere, ante todo, un estado mental creativo. En general, lo que aprendemos de nuestros padres, profesores, amigos y de la sociedad cuando somos niños es a tener un estado mental conformista, imitativo y mecánico que no signifique un peligro contra sus concepciones”⁷³.

Por otra parte, esto se relaciona con lo que dije acerca de perder el miedo a equivocarse. En este sentido, la verdad es menos una correspondencia con los hechos –¿qué hechos?–, que un estado mental de convencimiento. Si bien no se apunta a que se cuestione la existencia de evidencias empíricas obvias como la de los planetas o las leyes, sí se apunta a cuestionar temas aparentemente menos conflictivos u opinables. Solo hay que darse la oportunidad de dudar; y ensayar el pensamiento *contrafáctico*⁷⁴, es decir, cómo argumentaría si tuviera que ubicarme en contra de algo que ya se admite como fuera de duda. Esto también permite bucear en lo desconocido, porque precisamente es contrario a lo que pensamos.

69 Puede v. VAN GELDER, op. cit.; FACIONE, Peter, “Critical thinking: what it is and why it counts”, en http://www.insightassessment.com/pdf_files/what&why2007.pdf (21-2-2008).

70 RODRÍGUEZ QUIROGA, op. cit., pág. 19.

71 VILLARINI JUSINO, op. cit., pág. 4.

72 Íd.

73 BOHM, op. cit., págs. 50 y s.

74 Puede v. HARRIS, Paul, “El funcionamiento de la imaginación”, en <http://portal.educ.ar/debates/videojuegos/teorias-referencias-bibliograficas/paul-harris-el-funcionamiento-de-la-imaginacion.php> (29-12-2007).

IV. Conclusión

4. Dice Misnah Abat: “Si yo no soy para mí mismo, ¿quién será para mi?”⁷⁵. Es decir, el alumno es quien puede precisar, personalizar aun más su aprendizaje. La investigación es una aventura sorprendente, porque ayuda al aprendizaje y porque muestra que lo desconocido puede hacerse conocido a través de un camino que nosotros mismos hacemos. Y esa es la marca que nos hace precursores de la ciencia, es decir, pioneros en el aporte de nuevos conocimientos. Porque solo puede estar más motivado quien puede encontrarle un matiz particular a aquel mismo objeto que todos estudian.

En este sentido, dice Erich Fromm, en “El miedo a la libertad”, que “(...) la sumisión no es el único método para evitar la soledad y la angustia. Hay otro método, el único que es creador y no desemboca en un conflicto insoluble: la relación espontánea hacia los hombres y la naturaleza, relación que une al individuo con el mundo, sin privarlo de su individualidad”⁷⁶. La espontaneidad es aquí sinónimo de ausencia de imposiciones.

“La creciente separación puede desembocar en un aislamiento que posea el carácter de completa desolación y origine angustia e inseguridad intensas, o bien puede dar lugar a una nueva especie de intimidad y de solidaridad con los otros, en el caso de que el niño haya podido desarrollar aquella fuerza interior y aquella capacidad creadora que son los supuestos de este tipo de conexión con el mundo”⁷⁷.

Es necesario tener un mesurado, prudente, impulso de ambición, de iniciativa, para abordar el conocimiento, y entonces no ser abordados por otros.

Piénsese en la aventura del hombre medieval que se transforma en el hombre moderno. Rompe las ataduras de la tierra plana, de los mitos sobre el fin del mundo, y lanzado a lo desconocido, descubre nuevos continentes⁷⁸. Son los casos de Cristóbal Colón y Nicolás Copérnico, ejemplos de aventureros del conocimiento.

75 FROMM, Erich, “El miedo a la libertad”, trad. Gino Germani, 2^a ed., Bs. As., Paidós, 2005, pág. 20.

76 Íd., pág. 48.

77 Íd., pág. 49.

78 FROMM, op. cit., pág. 62.

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y EL ESTADO DE DERECHO. ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO Y BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN EN BRASIL

FLORENCIA MOLJO *

Resumen: ¿Cuál es la conexión entre los decretos de necesidad y urgencia y el fortalecimiento o debilitamiento del Estado de Derecho? El propósito de esta investigación tendrá como objetivo responder a esta pregunta. Para ello, se definirá en primer término el Estado de Derecho. Luego, se examinará el rol de los decretos de necesidad y urgencia en Argentina (especialmente después de la reforma constitucional de 1994). Por último, se hará referencia a la situación de este instituto en Brasil.

Palabras clave: Decretos de necesidad y urgencia - Leyes - Reforma constitucional.

Abstract: *Which is the linkage between constitutional decree authority (CDA) and the weakening or strengthening of a state based on the Rule of Law? The purpose of this article is to answer to that question. Thus, first the main characteristics of the State based on the Rule of Law will be defined. Then, I will analyze the role of the constitutional decree authority (CDA) in Argentina (especially after the constitutional reform in 1994). Last but not least, a reference to this institution in Brazil will be made.*

Key words: Constitutional decree authority - Rule of Law - Constitutional reform.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo estudiar las relaciones entre los decretos de necesidad y urgencia y el Estado de Derecho. En primer término se conceptualizará el Estado de Derecho, sus características y notas fundamentales. Seguidamente, se analizará el papel de los decretos de necesidad y urgencia en el contexto político institucional argentino (especialmente después de la reforma constitucional de 1994), con una breve reseña de la situación de este instituto en la Constitución brasileña. Como

* Adscripta de Filosofía del Derecho y Derecho Político y Doctoranda en la Facultad de Derecho de la UNR.

corolario se observará la influencia de los decretos de necesidad y urgencia en el fortalecimiento o debilitamiento del Estado de Derecho.

II. El Estado de Derecho

No todo Estado puede considerarse Estado de Derecho. Difícilmente cabría pensar hoy Estado sin Derecho, es decir, sin un ordenamiento jurídico normativo. Sin embargo, no cualquier ordenamiento jurídico puede asociarse al Estado de Derecho (piénsese en el régimen jurídico nazi¹). A los fines de precisar el concepto, se entenderá el caracterizado por los siguientes principios:

a) Imperio de la ley: ley en cuanto expresión racional de la voluntad popular emanada de los órganos político-representativos. En el Estado de Derecho toda ley debe subordinarse a la Constitución, no sólo en cuanto a las formas sino también en lo atinente a su contenido.

b) División de poderes: la existencia de un régimen de separación de poderes, implica que la creación de las leyes está a cargo del órgano legislativo (representativo de la voluntad popular), el gobierno a cargo del ejecutivo y la administración de justicia a cargo del judicial. El sentido histórico de este principio fue evitar la concentración de poder, especialmente en manos del ejecutivo, a través de un sistema de contrapesos y equilibrios (*checks and balances*), para lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos.

c) Legalidad de la Administración: esto significó que toda la actividad estatal debía estar subordinada a leyes generales y abstractas, provenientes de la voluntad general.

d) Respeto de los derechos y libertades fundamentales: esto apuntó al establecimiento jurídico-formal de los mismos, como así también a ciertas garantías para su efectiva vigencia material.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli, sintetizó de la siguiente manera estos principios: a) de *legalidad* de toda la actuación estatal, vinculada a su vez al respeto de cierta garantías fundamentales de libertad e inmunidad personales, b) de *publicidad* de los actos tanto legislativos como administrativos y judiciales, que impone el ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles y por último c) de *control* de todas las actividades

¹ Es interesante en este punto el análisis que realiza NINO, Carlos, “Introducción al análisis del derecho”, 13^a reimp., Bs. As., Astrea, 2005, págs. 11/46.

estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jueces independientes y de control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivo y administrativos.

Asimismo, Ferrajoli² sostiene que con la expresión Estado de Derecho se pueden entender dos cosas diferentes: a) en sentido *débil* o *formal*, Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, son Estado de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, aún, los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal; b) en sentido, *fuerte* o *sustancial*, Estado de Derecho designa sólo aquellos ordenamientos en la que los poderes públicos están además, sujetos a la ley no sólo en lo relativo a las formas sino también en los contenidos. Son pues, Estados de Derecho aquellos ordenamientos en que todos los poderes están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. El primero es el denominado *Estado Legal o legislativo de derecho* que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolizador de la producción jurídica, y el segundo es el modelo del *Estado Constitucional de Derecho* en donde se produce la subordinación de la legalidad misma a constituciones rígidas y a las leyes como normas de reconocimiento de su validez, esto es, las condiciones de validez de las leyes dependen de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.

En este sentido, el concepto de validez de una norma deja de ser puramente formal (identificándose la misma con la pertenencia a cierto ordenamiento jurídico) y pasa a referirse al significado de la misma, en otras palabras en cuanto coherente y compatible con la Constitución. De esta manera “el paradigma del Estado Constitucional de Derecho –o sea el modelo garantista–, no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la

2 FERRAJOLI, Luigi, “Estado de Derecho: entre pasado y futuro (seguido de diez tesis)”, en “Cambio de paradigma en la filosofía política. Cuaderno del Seminario Público”, Fundación Juan March.

legitimación sustancial, o si se quiere la racionalidad formal y la racionalidad material weberiana”³.

III. Decretos de necesidad y urgencia en Argentina. Antecedentes

Nuestra Constitución histórica de 1853 adoptó el sistema presidencialista siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Importantes pensadores de la ciencia política como, Maurice Duverger y Karl Lowenstein ubican al presidencialismo dentro de los regímenes políticos de separación de poderes en contraposición con la colaboración de poderes, propias de los sistemas parlamentarios. Así, nuestros constituyentes, inspirados en la Constitución americana, incorporaron el sistema clásico de división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para evitar la concentración de poder que atente contra los derechos y garantías fundamentales y el abuso del poder que lleve a un gobierno totalitario.

Según nuestra Carta Magna, el presidente de la Nación, conforme al principio de división de poderes, no puede emitir disposiciones de carácter legislativo. Esa potestad recae exclusivamente en el Congreso, órgano legislativo por excelencia. El Poder ejecutivo sólo colegislaba participando en la etapa de iniciativa y sanción de las leyes, con el veto y la promulgación y dictando decretos o reglamentos autónomos y de ejecución o reglamentario de leyes. Este era el límite infranqueable, que el constituyente histórico había puesto al ejecutivo.

En efecto, antes de la reforma constitucional de 1994, la Constitución Nacional prohibía expresamente en su art. 29, con gran énfasis: “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional... facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consentan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”.

A pesar de ello, el dictado de decretos de necesidad y urgencia se convirtió poco a poco en una práctica habitual. Luego de restaurada la democracia, tanto Alfonsín como Menem los utilizaron, pero recién en la

³ FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho como sistema de garantías”, ponencia expuesta en las Jornadas sobre “La crisis del Derecho y sus alternativas”, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, diciembre 1992.

presidencia del segundo ello se convirtió en una rutina institucional. De esta manera –y a pesar de no haber sido receptados por la Constitución histórica–, estas facultades del PEN fueron aumentadas, al reconocerse doctrinaria y judicialmente la posibilidad de que el presidente dicte “*decretos de necesidad y urgencia*”, asumiendo por sí mismo competencias legisferantes atribuidas por la Constitución al Congreso.

La recepción jurisprudencial de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia en 1990 con el fallo “Peralta”⁴, en el que se aceptó la constitucionalidad de los mismos, pues se le reconoció expresamente al presidente la posibilidad de dictar este tipo de normas, siguiendo con la incorporación de los mismos al texto constitucional.

Con el objetivo de poner límites a esta práctica abusiva de legislar por parte del PEN, la reforma de 1994 a través del dictado del art. 99 inc. 3º C.N. le reconoce expresamente al Presidente la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia pero con carácter excepcional y sobre determinadas materias y circunstancias habilitantes.

Así, del citado artículo surge un *principio general* que es la prohibición del dictado de este tipo de decretos: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”. Y una excepción, “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros. El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”.

Según se desprende del artículo, es necesario que exista una situación real de “necesidad y urgencia”. Tal como sostiene Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia. Es decir no puede ser utilizado este mecanismo de excepción por la mera imposibilidad política derivada de la carencia, por el gobierno, de quórum o mayorías propias para imponer su criterio pues se corre el riesgo de que la asunción extraordinaria de estas

4 CSJN, “Peralta, Luis A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, sentencia del 27/12/1990. Mediante un DNU, se autorizó la apropiación por parte del Estado de depósitos a plazo fijo convirtiéndolos en bonos del Estado pagaderos a diez años.

facultades termine convirtiéndose en una usurpación de las competencias de otro poder. Asimismo, debe existir un estado de “urgencia”, y lo urgente es lo que no tolera demora. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento parlamentario normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible legislar sin demora por parte del Poder Ejecutivo.

Marienhoff sostiene que “ha de tratarse de una necesidad y una urgencia súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo. Si ese estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de causa”⁵.

En suma, muchos autores sostienen que debe producirse un hecho donde entre en juego la supervivencia del sistema político, debe existir una imposibilidad material y formal de seguir con los trámites normales de sanción de las leyes y por último la circunstancia debe ser ciertamente excepcional.

Mucho se ha dicho sobre el acierto (o el desacuerdo) de la incorporación constitucional de este instituto, pero casi unánimemente se coincide en la ilegitimidad de su utilización arbitraria e infundada, en el entendimiento que todo decreto de necesidad y urgencia, quebranta el esquema clásico de división de poderes. A pesar de ello, entre 1853 y 1983 se dictaron 15 decretos de necesidad y urgencia, por su parte durante el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín (1983/1989) ascendieron a 10. Mientras que durante el gobierno de Menem el dictado de este tipo de decretos ascendió a más de 472, aproximadamente. En sus cuatro años de gobierno, Kirchner firmó 249 aproximadamente y sólo envió al Congreso 176 proyectos de ley.

Desde el restablecimiento de la democracia, se ha incrementado sustancialmente el uso de este instrumento y se ha convertido en un instrumento ordinario de gobierno.

IV. Decretos de necesidad y urgencia. Situación actual

El uso de los decretos de necesidad y urgencia, implica la pérdida de competencias propias del Congreso. En esta línea es importante destacar que recién en julio de 2006 se sancionó la ley que reglamenta el trámite y los

5 MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho administrativo”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965.

alcances de la intervención del Congreso (Comisión Bicameral Permanente) respecto de los decretos de necesidad y urgencia y delegados, es decir 12 años después de la reforma constitucional.

Esta ley, la 26.122, de forma vaga e imprecisa define su mecanismo de actuación, a saber:

1. Estará integrada por ocho senadores y ocho diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de las representaciones políticas.
2. Cumple funciones aún durante el receso del Congreso.
3. Sólo sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros.
4. Los dictámenes de la Comisión se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas.
5. La Comisión deberá expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.
6. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.
7. Para emitir dictamen, la Comisión puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.
8. En caso de que el Jefe de Gabinete no remita el decreto en el plazo establecido a la Comisión, ésta última se abocará de oficio a su tratamiento.
9. La Comisión tiene diez días hábiles desde la presentación del decreto por el Jefe de Gabinete para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración. En caso de que transcurra el plazo sin que la Comisión haya elevado el correspondiente despacho en el plazo correspondiente, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto.
10. Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.

La crítica más importante a esta ley, se centra en el mecanismo de aprobación de los decretos. Esto es así, ya que la ley indica que la Comisión Bicameral Permanente deberá expedirse dentro de los 10 días hábiles (desde

la presentación realizada por el Jefe de Gabinete), acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar su dictamen al plenario de cada Cámara para su tratamiento, sin embargo la ley no establece el plazo dentro del cual el Congreso debe pronunciarse. De esta manera, mediante esta ley cualquier decreto conservará su vigencia hasta tanto no sea rechazado por ambas Cámaras. Es decir, si uno de los cuerpos legislativos lo aprueba y otro lo rechaza, el decreto quedará firme hasta no tenga la aprobación o rechazo de ambas. Este mecanismo de aprobación “tácita” viola el principio de legalidad y de división de poderes. Específicamente esta reglamentación vulnera el art. 82 de la Constitución Nacional que expresa: “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

La omisión del Congreso de pronunciarse tiene como consecuencia la aprobación ficta de los citados decretos. Este mecanismo, quebranta la expresa prohibición del art. 82. de la C.N.

Asimismo, la ley 26.122 atenta contra el principio de división de poderes, convirtiendo en una excepción el principio general que prohíbe al Poder Ejecutivo, bajo pena de nulidad absoluta, emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99., inc. 3), ya que autorizaría a dicho órgano a legislar hasta tanto el Congreso decida (en un plazo completamente indeterminado) ratificar o no tal disposición.

En este punto, como juristas tenemos que alertar sobre este doble peligro:

- a) En Argentina la doctrina de la excepción se ha convertido en una rutina institucional, en la cual el Congreso es visto como un estorbo para las políticas públicas de los gobiernos de turno, arrogándose el ejecutivo facultades legislativas que le son impropias.
- b) En segundo lugar, la reglamentación de la intervención del Congreso, desdibuja y frustra la posibilidad de control sobre el ejecutivo. Razón por la cual sostenemos la inconstitucionalidad de la ley 26.122.

Vale sostener que la consideración propuesta tiene relación con un sistema político-institucional caracterizado en nuestro país por la falta de independencia del poder judicial, el crecimiento de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, y que permitió desde la Corte Suprema confirmar jurisprudencialmente temas como la reforma del Estado, las privatizaciones, el corralón financiero, la pesificación, reducciones salariales, la limitación al

derecho a huelga o los indultos a los militares que participaron de la última dictadura militar.

En este sentido, Negretto puntualiza que la interpretación más aceptada del “gobierno por decreto” (*government by decree*) en las nuevas democracias asocia esta práctica con los desafíos que enfrentan los países que experimentan una doble transición: del autoritarismo a la democracia y del estatismo a la economía de mercado. Países como Bolivia, Argentina, Perú y Brasil, desde mediados del ochenta, han adoptado planes de estabilización y reformas estructurales mediante decretos. Sin embargo, hay consenso general entre los estudiosos de las transiciones democráticas y económicas, en ver a la práctica del *decretismo*, un impedimento absoluto para la consolidación de las instituciones representativas⁶.

V. Breve referencia al caso brasileño

En oposición a lo que sucede en Argentina, con la nueva reglamentación que introduce la aprobación tácita, en Brasil rige la regla de la aprobación expresa.

La Constitución reformada en 1988 de Brasil en su art. 62, impone que en casos de “relevancia” y “urgencia” el presidente podrá dictar *medidas provisorias* con fuerza de ley, las cuales deberán ser aprobadas de forma inmediata por el Congreso, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días. En su versión original, el artículo establecía que las medidas provisionales perderían eficacia si no eran convertidas en ley en el plazo de 30 días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso regular las relaciones derivadas de ellas. Desde 2001, el límite para la validez y aprobación de las medidas provisionales es de 60 días, con opción a extender el plazo por 60 días más por única vez.

Antes de 2001, sin embargo, el plazo podía ser eternamente extendido, generando un cúmulo progresivo de medidas provisionarias que alcanzó un ápice de 2587 reediciones en el segundo gobierno de Fernando Enrique Cardoso, entre los años 1998 y 2002.

Encaminadas al Congreso, las medidas provisionarias pueden convertirse en ley. Tras 45 días de su publicación, su votación, en la Cámara o en el Senado,

6 NEGRETTO, Gabriel, “Government capacities and policy making by decree in Latin America, the cases of Brazil and Argentina”, en “Comparative Political Studies”, vol. 37, N° 5, 2004, págs. 531/62.

entra en régimen de urgencia, suspendiendo todos los procesos e impidiendo la votación de proposiciones, haciendo con que ningún otro asunto sea votado antes de que se decida respecto a la medida provisoria anterior.

En la Constitución brasileña de 1967 regía la aprobación ficta, sin embargo el objetivo principal de la reforma de 1988 fue reforzar el papel del Congreso, debilitando la capacidad de legislar del Ejecutivo, mediante la intervención del mismo.

VI. Conclusiones

Este trabajo se propuso estudiar el papel de los decretos de necesidad y urgencia en el fortalecimiento o debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho (adoptando la terminología de Ferrajoli).

En este sentido se pudo apreciar:

- 1) Un instrumento de excepción y emergencia, como son los decretos de necesidad y urgencia, son en cambio, utilizados como herramienta ordinaria de gobierno.
- 2) En muchos casos los mencionados decretos han contribuido al debilitamiento y/o pérdida de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional (a tenor de las materias objeto de los decretos).
- 3) La nueva ley que reglamenta el control del Congreso sobre el Ejecutivo, en cuanto al dictado de los decretos de necesidad y urgencia, desdibuja mediante la aprobación ficta la revisión del órgano legislativo, desvirtuando la intención del constituyente de 1994.
- 4) La experiencia brasileña, puede servirnos de modelo a imitar, en tanto impone la aprobación expresa del Congreso y vigoriza el sistema de pesos y contrapesos. Como, asimismo equilibra la distribución de poder y la posibilidad de control.

A modo de corolario, se podría agregar lo siguiente:

Los decretos son una manifestación más del “decisionismo” reinante y del decrecimiento de la independencia de poderes, siendo además una expresión del debilitamiento de las instituciones frente al fortalecimiento del Ejecutivo. Se puede concluir que en Argentina, está en crisis el principio de legalidad, la división de poderes y que el control jurisdiccional y político resulta insuficiente y en muchos casos ineficaz.

Esta hiper producción de decretos, es una muestra clara de que en la Argentina subsiste una manera legalista de concebir el poder. La legalidad propia del Estado Constitucional de Derecho que enuncia Ferrajoli, es reemplazaba por el *decisionismo de turno*.

Para Negretto “el mayor riesgo de los decretos de necesidad y urgencia, es que cualquier política que para el gobierno resulta importante, no sólo cuando se ve en riesgo la supervivencia de la democracia o el sistema económico, *puede ser aprobada por decreto*. De esta manera, los decretos de necesidad y urgencia debilitan los mecanismos horizontales y verticales de responsabilidad y afectan la legitimación parlamentaria legisferante, y asimismo la confianza de los ciudadanos y los agentes económicos en la estabilidad de las decisiones de gobierno”⁷.

Argentina, está lejos de ser un Estado de Derecho en sentido fuerte, el paradigma aristotélico del *gobierno de la ley* es reemplazado por el de *gobierno por decreto*. El respeto de los poderes públicos a la ley, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en cuanto a sus contenidos coherentes con la Constitución Nacional, es suplantado por la discrecionalidad del Ejecutivo de turno.

Con el deterioro de las instituciones, se desdibujó el Estado Constitucional de Derecho. A mayor poder, debe corresponder mayor control. Por ello, sólo una cultura jurídica que tome en serio la Constitución podrá construir un país donde los derechos, libertades y garantías previstos en la Constitución, no sean sólo un catálogo de ilusiones.

⁷ Íd.

RESEÑAS

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.),
NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.),
“DOS FILOSOFÍAS DEL DERECHO
ARGENTINAS ANTICIPATORIAS. HOMENAJE A
WERNER GOLDSCHMIDT Y CARLOS COSSIO”
(Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007)

I. Introducción

1987 fue un año excesivamente largo, tanto como para sumar en nuestro país las pérdidas los dos iusfilósofos más importantes del siglo, Werner Goldschmidt (21 de julio) y Carlos Cossio (24 de agosto).

La conmemoración, al cumplirse dos décadas, fue la confirmación del significado de sus obras y de su vigencia.

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario promovió dos homenajes a la manera propia del ámbito académico en el que forjaron sus ideas: la edición de un libro en el que participan numerosos autores y la organización de unas Jornadas de Filosofía del Derecho, a cargo del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, las Cátedras A y E de Introducción al Derecho, la Cátedra C de Filosofía del Derecho y el Doctorado en Derecho de esa casa.

Esta reseña no persigue más que la elocuencia para invitar a la lectura de ese libro que, desde el título, anticipa su interés: “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”.

Coordinado por Miguel Ángel Ciuro Caldani, con una prolífica sistematización de los compiladores, Mariano H. Novelli y Silvina Pezzetta, el libro editado por la Fundación para las Investigaciones Jurídicas incluye artículos de prestigiosos y promisorios cultores de la disciplina.

Ellos dan cuenta de que la teoría trialista y la teoría egológica del Derecho perviven en la filosofía jurídica latinoamericana de la mejor manera: desarrollándose con su propia identidad y, a la vez, descubriendose en las afinidades del pensamiento de otras corrientes actuales.

II. Las partes

1. Werner Goldschmidt

La primera sección del libro está dedicada a *Werner Goldschmidt*, ordenando los trabajos en una Parte General y una Parte Especial.

En el Capítulo I de la Parte General se aborda la *teoría trialista del mundo jurídico*, con el orden que sigue:

❖ PABLO BANCHIO, “METODOLOGÍA JURÍDICA TRIALISTA”. La metodología jurídica trialista emplea métodos constitutivos específicos y generales, tal como los presentó Goldschmidt en “La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)”. Banchio, recogiendo los nuevos desarrollos de Ciuro Caldani, expone ordenadamente la metodología trialista, facilitando su conocimiento a quien se interese en estudiar trialismo desde su sustento epistemológico. En su conclusión, el autor sostiene que la ciencia del Derecho debe tener como meta la verdad, entendida como conocimiento humanizante, lo que supone apreciar los valores jurídicos.

❖ MARIO E. CHAUMET, “EL TRIALISMO (LA ACTUALIDAD DE UNA TEORÍA DEL DERECHO ELABORADA POR UN PRECURSOR VISIONARIO”’. El título anticipa el acierto del propósito del artículo, aunque la realización debía estar reservada a uno de los más notables exponentes de esta corriente iusfilosófica, para colocar en su justo relieve a las adjetivaciones. Chaumet evoca cuatro ejemplos paradigmáticos del preclaro pensamiento del homenajeado: el Derecho como fenómeno complejo; la influencia humana difusa; la exactitud de la norma y el régimen de justicia. La elección tiene rango de muestra porque se ocupa de las tres dimensiones y porque acude a referentes de indiscutida vigencia.

❖ MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI, “LAS PARTES Y EL TODO EN LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO”. Dice el coordinador de la obra que su objetivo, en este caso, “es mostrar los enfoques en que el trialismo se remite más a sus partes o a su conjunto, evidenciar las posibilidades de diálogo con otras corrientes que encuentra según se refiera a unas u otro y mostrar, indirectamente, cómo el sistema del trialismo se ha evidenciado claramente flexible, con la posibilidad de producir desarrollos diferentes”.

Una diferencia de desarrollo la exhibe al referirse al carácter objetivo del principio supremo de justicia formulado por el maestro, entendiéndolo Ciuro Caldani como construcción, aunque ambos lo vinculan más a la “parte”: cada individuo; diferenciándose de las concepciones de conjunto como el tomismo o el marxismo, sin perjuicio de que desde la parte hay una proyección a lo general.

El nuevo trialismo desplegó la Teoría General del Derecho, que considera las ramas jurídicas en lo común pero también en lo abarcativo, lo que no había llegado a profundizar el trialismo goldschmidtiano.

❖ MARÍA ISOLINA DABOVE, ÉRIKA NAWOJCYK Y DARIEL O. BARBERO “WERNER GOLDSCHMIDT Y ROBERT ALEXY: CORSI E RECORSI DEL INTEGRATIVISMO JURÍDICO”. La comparación del pensamiento y de algunos rasgos biográficos de estos dos iusfilósofos de origen germánico, es la cuestión que moviliza a los autores. Los resultados confirman la lucidez vanguardista del trialismo y las razones geográfico-culturales de su postergación. La concepción del derecho como objeto complejo –ya mencionado en la reseña de Mario Chaumet– es uno de los principales puntos de contacto con la teoría no-positivista de Alexy. Aunque más cercana al trialismo constructivista, se destacan las coincidencias axiológicas que se edifican sobre la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona. En la dimensión normológica hay un matiz diferencial en cuanto a la conceptualización de los principios, que se distinguen cualitativamente de las reglas en la obra de Alexy y sólo por gradación en la goldschmidtiana. La apelación a determinadas citas les permite ilustrar a Dabove, Nawojczyk y Barbero las notables simetrías que justifican su estudio.

❖ ALEJANDRO ALDO MENICOCCI, “LA TEORÍA TRIALISTA DE WERNER GOLDSCHMIDT”. Con la finalidad de poner manifiesto “la extraordinaria originalidad de explicar el derecho como fenómeno de adjudicación”, Menicocci observa que en el trialismo el fenómeno jurídico se construye alrededor de un dar o un quitar, pero no sobre la forma de ese dar o quitar (Hart), ni sobre la regla que lo capta (Kelsen), sino como resultado de una conducta o de una fuerza extrahumana. El protagonismo del reparto es propio de la modernidad –aunque postrera– en que fue concebido. “Desplazándose el fenómeno jurídico al resultado de la conducta, no es posible reducir su validez

a la argumentación”, pero la sociedad interviene con su juicio de razonabilidad (limitado a la aceptabilidad, no a constituir lo justo), reflexiona el autor.

El Capítulo I se completa con un artículo biográfico a cargo de una de las más cercanas discípulas del eximio iusprivatista internacional:

❖ ALICIA M. PERUGINI ZANETTI, “WERNER GOLDSCHMIDT (1910-1987)”. En torno a qué cosas eligió ser y a por qué las eligió, despliega su especial homenaje Alicia Perugini Zanetti, en la inteligencia de que “las personas se definen por sus elecciones”. De ineludible lectura para aproximarse al autor, la vida de Goldschmidt tiene ribetes que podrían justificar el interés por sí sola. El artículo analiza la relevancia del jurista en la ciencia del Derecho Internacional Privado, como renovador (en la aplicación del método normo-lógico) e innovador (en el método ontológico y en los métodos clasificatorios y constitutivos que desarrolló con el trialismo), y su repercusión a 20 años de su partida en el ámbito académico y en la jurisprudencia. Esto último habilita a extender el reconocimiento a la persona que inspira y encabeza la Escuela Rosarina de Derecho Internacional Privado y de Filosofía Jurídica y Social, el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, que ha estimulado a un nutrido grupo de docentes e investigadores que han renovado la obra fundacional sin alterar la simiente.

En el Capítulo II de la Parte General, los trabajos compilados acercan al lector a las *tres dimensiones del mundo jurídico*:

a) Jurística Sociológica

❖ SILVINA PEZZETTA, “SOBRE LA DIMENSIÓN SOCIOLOGICA DE LA TEORÍA TRIALISTA DE GOLDSCHMIDT”. El trabajo plantea desde una perspectiva epistemológica contemporánea, un problema de dependencia de la dimensión sociológica respecto de la dimensión axiológica. El mismo puede resumirse así: los fenómenos que ingresan a la esfera de la jurística sociológica (el recorte de la realidad social), son únicamente aquellos que pueden ser valorados como justos o injustos por la jurística dikelógica. En este aspecto es determinante la influencia de la Escuela Neokantiana de Baden. Concluye el trabajo planteando una reconsideración de esta cuestión, atendiendo fundamentalmente a la atenuación del objetivismo de los valores.

b) Jurística Normológica

❖ JUAN JOSÉ BENTOLILA, “LA TAREA DEL RECONOCIMIENTO Y LAS CONSTELACIONES DE PROXIMIDAD DE NORMAS”. El artículo plantea el problema que se presenta en la etapa del reconocimiento de la norma (la primera tarea del funcionamiento), cuando nos encontramos con un hecho susceptible de ser subsumido en una pluralidad de normas antinómicas. Ante la concurrencia de normas (aparente concurso) el juzgador habrá de elegir la que describe más adecuadamente el hecho y, si así no se puede establecer una prelación, debe optar teniendo en cuenta las reglas de funcionamiento del sistema (excluyendo las demás normas). En caso de concurso (no aparente), propone compatibilizar las normas en conflicto, aplicándolas en conjunto, lo que requiere la tarea de síntesis. El aporte de la teoría trialista es que proporciona categorías útiles para proceder a la comparación entre construcciones normativas plenas de contenido (“aporte trascendente a la tarea calificatoria”).

❖ MARIANO G. MORELLI, “NORMA Y LEY EN EL PENSAMIENTO DE WERNER GOLDSCHMIDT. OBJECIONES Y RESPUESTAS”. El valioso aporte de Morelli a la discusión de este tema –uno de los que marca más claramente lo que separa a Goldschmidt del tomismo–, reclama su lectura completa. Como motivación podríamos escribir en el dintel: “toda ley cuesta una injusticia, en tanto constituye una intervención en la esfera de libertad de los interesados”. La conclusión, por su parte, parece disipar otra polémica, en tanto afirma que la norma legal no es solamente captación de una mera voluntad, sino de una voluntad que se integra con contenidos racionales.

c) Jurística Dikelógica

❖ ELVIO GALATI, “UNA INTERPRETACIÓN GOLDSCHMIDIANA DEL OBJETIVISMO VALORATIVO DE WERNER GOLDSCHMIDT”. En torno a la pregunta sobre el estatuto científico de los valores en W. Goldschmidt a la luz del pensamiento complejo (especialmente a partir de la caracterización de E. Morin), el trabajo recopila una serie de citas del iusfilósofo que –a criterio de Galati– flexibiliza la tesis objetivista. “La separación mental de los valores, de lo valorado, queda gnoseológicamente justificada como una hipótesis de trabajo”, dice uno de los textos extractados, y allí encuentra un sostén el autor para derivar de la limitación de la naturaleza del conocimiento humano y de la

necesidad de expansión de la ciencia jurídica, una razón para flexibilizar la importancia práctica de la existencia en sí del valor como valencia.

❖ MARIANA ISERN, “DE ‘LA CIENCIA DE LA JUSTICIA (DIKELOGÍA)’ A ‘METODOLOGÍA DIKELÓGICA’, EL DERROTERO DE LA TEORÍA TRIALISTA”. Dos problemas epistemológicos principalmente ocupan a Goldschmidt, según Isern: la integración y la realización de las tres dimensiones del Derecho. El “programa de investigación trialista progresivo” se completa con la readecuación de la teoría trialista efectuada por Ciuro Caldani (particularmente en una de sus más recientes obras, “Metodología Dikelógica”) a los cánones científicos actuales. Porque la Justicia es la dimensión que encuentra más dificultades con su método, con el marco teórico actualizado afirma el artículo que el trialismo se impone como uno de los paradigmas alternativos frente a la crisis del Juspositivismo.

En la Parte Especial se analizan algunos temas de las *ramas del mundo jurídico* a la luz de la teoría elaborada por Werner Goldschmidt.

❖ EDUARDO LAPENTA, “LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS”. El profesor azuleño presenta algunos de los desafíos que enfrenta el Derecho Administrativo en la posmodernidad, teniendo en cuenta, especialmente, que es competencia de esta rama adoptar las estrategias que aseguren la creciente efectividad del sistema de Derechos Humanos, a través de acciones positivas y de la aplicación gradual del principio de progresividad en los países con menor desarrollo. Señala que uno de los problemas del Derecho Administrativo es que, en lugar de enfatizar la eficacia en sede administrativa, predomina el enfoque hacia la jurisdicción. La particularidad del funcionamiento de este derecho es que consagra la autotutela, que no debe considerarse sólo como una potestad sino como una obligación primaria y directa de la administración pública. El artículo termina con una declinación trialista del Derecho Administrativo que muestra la riqueza de este análisis.

❖ MATÍAS MASCITTI, “NOTAS SOBRE EL CONTRATO DE VIAJE TURÍSTICO ORGANIZADO”. Delineando algunos contornos del contrato de viaje de turismo, Mascitti plantea la importancia de considerar al turista como consumidor y cómo la aplicación de la axiología trialista brinda argumentos a favor, particularmente para la protección de la dignidad personal de aquél.

❖ ANDREA A. MEROI, “EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ (LAS OPINIONES PRECURSORAS DE WERNER GOLDSCHMIDT Y LOS DESARROLLOS ACTUALES DEL TEMA)”. A partir de la disertación del Prof. Goldschmidt cuando ingresó como miembro de número al Instituto Español de Derecho Procesal, titulada “La imparcialidad como principio básico del proceso” (publicada en “Conducta y norma”), insoslayable para quien se interese por este tema, y con citas de calificada doctrina procesalista, Meroi se suma con tanta solvencia al homenaje que, indirectamente lo hace extensivo a Ciuro Caldani, que le legó esta formación iusfilosófica. El tópico le permite incursionar en la subjetividad específica del conocimiento judicial, en la teoría de la argumentación jurídica (con el contexto de descubrimiento y justificación), en las enseñanzas de Alvarado Velloso respecto de la bilateralidad y la contradicción, en los asuntos cotidianos y vitales y en la razonabilidad y la fuerza de convicción de los pronunciamientos judiciales.

❖ NOEMÍ L. NICOLAU, “SIGNIFICACIÓN DE LA METODOLOGÍA TRIALISTA APLICADA A LA CONSTRUCCIÓN DE LAS NOCIONES JURÍDICAS (UN EJEMPLO: EL DERECHO A LA CALIDAD DE VIDA)”. La autora propone aplicar algunas categorías de la declinación trialista para bosquejar un concepto jurídico del “derecho a la calidad de vida”. No solamente cumple este propósito, sino que también resume, con su habitual precisión, las cuestiones actuales más candentes. Después de reseñar la evolución de la problemática, destaca el notable esfuerzo de la doctrina para conceptualizar la noción de calidad de vida. Considera reduccionista circunscribir su estudio a los indicadores sociales de desarrollo de base estadística, en tanto no incluyan la percepción que la persona tiene de su propia vida (de su bienestar). Lo ubica entre los derechos subjetivos de carácter personalísimo. Recoge la contribución de Fernández Sessarego con relación a la protección del “proyecto de vida” de la persona, unidad dialéctica de libertad y coexistencialidad. Pero advierte los límites propios de las adjudicaciones humanas, admitiendo que ningún régimen puede asegurar la plenitud, porque siempre será posible una mayor calidad de vida. Con sus propias palabras podemos poner colofón a este breve comentario: “A partir de una correcta noción de calidad de vida puede promoverse la imprescindible investigación para lograr su mejoramiento, que impacta en la mejora global de la sociedad”.

❖ MARIANO H. NOVELLI, JÉSICA LATTARI LUQUE Y JOANA SOL PERUGINI, “LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA COMPLEJIDAD DEL MUNDO JURÍDICO”. Complaciendo las pretensiones que supondríamos del Goldschmidt profesor, los jóvenes autores le tributan su homenaje haciendo una declinación trialista de los daños punitivos. Aplicando los nuevos despliegues de la Teoría General del Derecho, estudian el concepto, las cuestiones terminológicas (especialmente porque es un instituto que se desarrolla en el Derecho anglosajón), las funciones (agregando a las de sanción, disuasión y prevención, otras que juzgan relevantes, como las de educación, de incentivo para que los particulares hagan cumplir la ley y de restablecimiento emocional), su caracterización en distintas ramas jurídicas y su transversalidad. Recurriendo a algunos aspectos históricos y del Derecho Comparado, y a través de las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, consuman su aporte para el debate del tema.

La sección dedicada a W. Goldschmidt termina con un artículo que demuestra las proyecciones de su pensamiento, tanto por el contenido como por el autor, uno de los más destacados integrantes de la generación de juristas trialistas iusprivatistas que el profesor Ciuro Caldani forjó:

❖ ALFREDO MARIO SOTO, “EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO Y SUS TEMAS CONSTITUCIONALES”. Aborda específicamente las cuestiones constitucionales presentes en esta rama del Derecho Internacional, en particular: a) la jurisdicción internacional como cuestión federal (fuero privilegiado de extranjería), que comprende las garantías del debido proceso que se verían afectadas por el trato discriminatorio en caso de denegación internacional de justicia, la igualdad ante la ley que se afectaría con la excepción de arraigo o sin el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita a extranjeros; b) los problemas generales estructurales del derecho aplicable, en cuanto a los puntos de conexión (derecho del domicilio del marido en materia de régimen de bienes en el matrimonio y del domicilio del padre sobre el hijo para cuestiones referidas al menor) y a lo conectado, en cuanto al control de constitucionalidad de la norma extranjera, según la teoría del uso jurídico, abriéndose a los valores extranjeros, y en cuanto a la oficialidad consagrada en las fuentes convencionales del Derecho Internacional Privado argentino que en materia de Derecho Privado afectaría la perspectiva garantista del debido proceso; c) la vinculación con el orden público

internacional (que no es identificación) y d) la problemática de la cooperación y asistencia jurisdiccional internacional que no puede ser regulada por la Nación sin atender a las prerrogativas no delegadas por las provincias. Finaliza con tres temas actuales de la parte especial: sociedades extranjeras, dominio de tierras argentinas por extranjeros y derecho internacional de menores.

2. *Carlos Cossio*

La segunda sección del libro se dedica a *Carlos Cossio*, abriendo las páginas a tres reconocidos iusfilósofos que, tributando su homenaje al profesor tucumano, plusvalorizan este libro.

❖ CARLOS MARÍA CÁRCOVA, “TEORÍA EGOLÓGICA E IDEOLOGÍA: LOS MÉRITOS DE UN PENSAMIENTO ANTICIPATORIO”. Imbuido de las más actuales corrientes intelectuales de las ciencias sociales, el profesor Cárcova pone en relieve la obra de Carlos Cossio, confirmando la originalidad y anticipación de su teoría egológica. Permitiendo al lector atravesar las dificultades de un lenguaje que califica como “algo críptico, propio de una época cargada de metafísica”, acerca algunas reflexiones a partir del pensamiento del iusfilósofo argentino, con relación al rol del juez (“canon del sujeto cognosciente”). Considera que el camino trazado fue desarrollado –sin conocerlo– más tarde, por teorías críticas, que se definen como un saber interviniente, que “al observar el objeto lo reformula y reconstruye”. También explica la sistematización de los métodos de interpretación, agrupando entre intelectualistas y voluntaristas, demostrando cómo toda construcción teórica acerca del Derecho mantiene vínculos insoslayables con la problemática social general. La segunda parte del trabajo se dedica al análisis egológico de la ideología, fundamentalmente a partir de un obra inédita de Cossio, “Ideología y Derecho” –a la que se referirá el artículo que reseñamos más abajo, de Julio Raffo–, en la que caracteriza la ideología: a) si existe base ontológica no puede existir ideología, faltando aquélla, se abren múltiples posibilidades para ésta; b) la ideología se esclarece por reflexión, como la gnoseología, resultando así gnoseología del error, por referencia a lo que hay en ella de conciencia falsa; c) la ideología se origina en los intereses de dominación de algún grupo de poder, que la promueven, pero quedando enmascarados; y d) la ideología necesita divulgarse, con aparato publicitario

alcanza eficacia en una sociedad de masas. Advirtiendo en su coda el autor que no comparte la visión ontologista de la experiencia social de Cossio, reafirma que su pensamiento conserva una potencia elucidatoria singular.

❖ LUIZ FERNANDO COELHO, “O RESGATE DO CULTURALISMO EGOLÓGICO NA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA”. Es pertinente la inclusión de esta versión resumida de las conferencias brindadas por el iusfilósofo brasileño en Buenos Aires y en San Carlos de Bariloche en el año 2005. Coelho sostiene que la Filosofía del Derecho actual ha acrecentado poco de lo producido en el pasado; que el culturalismo fenomenológico iberoamericano reúne grandes concepciones como las de Reale, Goldschmidt, García Maynez, Recaséns Siches y Cossio. Respecto de este último reconoce la dimensión universal de la teoría egológica en la historia del pensamiento jurídico, tanto como para sostener que hay un antes y un después de Cossio. Señala las constantes axiológicas de las que hablaba Reale, en Dworkin, Rawls, Habermas, Alexy. Aunque ninguno mejor que Cossio sabe interpretar al Derecho como experiencia. Concluye que la teoría egológica del Derecho, junto con la teoría tridimensional de Reale, la teoría trialista de Goldschmidt y la teoría raciovitalista de Recaséns Siches, son alternativas teóricas aptas para liberar a la jusfilosofía iberoamericana del colonialismo cultural.

❖ JULIO RAFFO, “«IDEOLOGÍA Y DERECHO» –EL LIBRO PERSEGUIDO DE CARLOS COSSIO–”. Para entender a Cossio hay que conocer su vida y la historia argentina. El trabajo de Raffo, discípulo y amigo del maestro, pone nombres y apellidos en el emprendimiento. El libro del título es un libro muy anunciado por Cossio y que nunca pudo publicar. Lo presentaba como un estudio de la articulación entre la sociedad capitalista y la ciencia normativa del Derecho. A partir del año '63 comenzó a enviarlo a editoriales, que se rehusaron a publicarlo (menciona 4 ‘editoriales amigas’) “temiendo que el libro les acarrease una restricción del crédito bancario, atento a su contenido de crítica social”. En “Ideología y Derecho”, Cossio desarrollaba la “Gnoseología del error”, tema perisistemático pero central de la ciencia jurídica: las ideologías no sólo son un fenómeno de falsa conciencia sino que constituyen un obstáculo social, porque afectan al Derecho como realidad social (a diferencia del error de Ptolomeo que no afectaba el movimiento de los astros). Ejemplifica sus consecuencias con el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (que Cossio anticipó, cuando la dogmática la

rechazaba) y con el problema de la inseguridad, que tiene varias facetas, pero que se instala en la opinión pública solamente la que afecta a la clase dominante. Finalmente el autor relata la censura sufrida por Cossio y la egología en la Universidad argentina de 1956 a 1973, que no se puede ya reparar, pero que exige al menos que se rescate su obra del olvido.

III. El todo

Comentamos las partes de este libro. El todo es el homenaje, que se alcanza reuniendo a auténticos cultores del pensamiento originalísimo de W. Goldschmidt y de C. Cossio, que les rinden tributo de la misma manera que ellos hubieran esperado. Así la pérdida se atenúa, porque el paso del tiempo (ya veinte años) consolida sus ideas.

El libro pretende instarnos a *leer a* Werner Goldschmidt y a Carlos Cossio. Esta reseña pretende instar a los lectores también a *leer acerca de* Werner Goldschmidt y de Carlos Cossio. Los iusfilósofos nos han dejado una nutrida bibliografía para cumplir con lo primero, los autores de “Dos Filosofías...” se ocuparon de completar un libro para cumplir con lo segundo.

Miguel Ángel Ciuro Caldani cerró las Jornadas de Homenaje en las que se presentó este libro deseando que sus discípulos amen la docencia y la investigación, aunque no sean trialistas, porque eso es apertura mental, que es lo que más amaba Goldschmidt.

FERNANDO RONCHETTI *

* Profesor de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN).

NOTICIAS

SEMINARIO SOBRE ESTRATEGIAS DE APRENDIZAJE EN LA UNIVERSIDAD

WALTER BIRCHMEYER * - ELVIO GALATI **

En el marco del Grupo de Enseñanza Personalizada de la cátedra “A” de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario se realizó en el año 2007 un seminario sobre estrategias de aprendizaje en la Universidad. El mismo fue organizado por Walter Birchmeyer, profesor de la comisión 4 de dicha cátedra, y contó con la colaboración del adscripto Elvio Galati y los ayudantes alumnos Germán Armesto y Soledad Vizzi. Participaron de los tres encuentros alumnos de las comisiones 2, 4 y 8 de la cátedra “A”.

En la reunión del 13 de septiembre, a cargo del profesor Birchmeyer, éste desarrolló la temática de los beneficios de la práctica del ensayo para los estudiantes de Derecho. En el encuentro del 20 de septiembre, coordinado por Germán Armesto y Soledad Vizzi, se expusieron las técnicas de estudio propiamente dichas, tratándose recursos como la administración del tiempo, materiales de estudio, la lectura, la organización de la información, cómo enfrentarse a los exámenes, etc. Y en la reunión del 27 de septiembre, a cargo de Elvio Galati, éste desarrolló la importancia de la investigación como ayuda para el estudio¹.

Frente a los desafíos que presenta la masividad en la enseñanza, la cátedra, y más específicamente el grupo, se proponen desarrollar herramientas para personalizar aún más el proceso de enseñanza-aprendizaje. Se sigue en esta tarea una práctica inaugurada por el “Seminario optativo de profundización sobre fuentes y funcionamiento de las normas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, de larga tradición en nuestra

* Profesor de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. E-mail: walterbirch@arnet.com.ar

** Adscripto de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Becario doctoral del CONICET. E-mail: elviogalati@gmail.com

1 Puede v. en este número de la Revista el artículo de su autoría “¿Cómo estudiar? Aprender investigando. Apología de la investigación”.

cátedra². Creemos que se debería avanzar en nuestro medio, la Universidad argentina, en una mayor consideración de estas prácticas, que tanto contribuyen a la jerarquización de los estudios de grado.

2 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Seminario de profundización sobre ‘El funcionamiento de las normas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación’”, en “Investigación y Docencia”, N° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988, págs. 105/11; MENICOCCI, Alejandro y otros, “Seminario de profundización sobre ‘El funcionamiento de las normas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación’, informe final”, en “Investigación...” cit., N° 8, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988, págs. 99/106; MENICOCCI, Alejandro y otros, “Seminario de profundización sobre ‘El funcionamiento de las normas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación’ -1989- informe final”, en “Investigación...” cit., N° 14, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1989, págs. 109/15; RAVEGLIA, María Fabiana, “Seminario de la Cátedra I de Introducción al Derecho”, en “Investigación...” cit., N° 30, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 113; “Seminario de profundización”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 10, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1988, págs. 66 y ss.

**JORNADAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
EN CONMEMORACIÓN DEL VIGÉSIMO
ANIVERSARIO DEL FALLECIMIENTO DE
WERNER GOLDSCHMIDT Y CARLOS COSSIO**

MARIANO H. NOVELLI * - SILVINA PEZZETTA **

El viernes 24 de agosto de 2007 comenzaron las “*Jornadas de Filosofía del Derecho en conmemoración del vigésimo aniversario del fallecimiento de Werner Goldschmidt y Carlos Cossio y en recordación del vigésimo quinto aniversario de la constitución del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*”, que finalizaron el día sábado 25 de agosto con la exposición de los trabajos de profesores provenientes de diferentes lugares del país y del exterior.

La primera actividad de las Jornadas consistió en la presentación del Libro Homenaje a los recordados juristas, titulado “*Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*”. Dicho acto estuvo a cargo del Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI, quien remarcó el espíritu vanguardista de ambos filósofos del Derecho, cuyas semillas aún dan frutos en sus discípulos y seguidores.

A continuación, el Dr. JULIO RAFFO desarrolló una emotiva conferencia sobre Carlos Cossio, deteniéndose en detalles biográficos sobre los resquemores que contra éste se generaron, originados en malintencionadas interpretaciones políticas, pero también en la intolerancia propia de su época. En cuanto a los desarrollos teóricos de Cossio, señaló que el creador de la egología, acorde a la profundidad de su pensamiento filosófico, comenzó por

* Docente de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Becario del CONICET. Coordinador de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR. Becario Fulbright del Departamento de Estado de los Estados Unidos. E-mail: mnovelli@fder.unr.edu.ar

** Docente de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Becaria del CONICET. Doctoranda de la Facultad de Derecho de la UNR. E-mail: silvinapezzetta@gmail.com

preguntarse qué era el Derecho. Así, llegó a la conclusión de que éste aparece en toda su plenitud en la sentencia, y que a ella debe recurrirse para conocerlo.

De esta forma, lo que conoce el juez es la conducta, canon del conocimiento jurídico. La conducta se piensa a través de las normas, que son las que nos permiten estudiarla en *interferencia intersubjetiva*. Se arriba entonces a la definición cossiana del Derecho.

Por último, señaló Raffo que la conducta se comprende si se tiene en cuenta el valor, e hizo mención al concepto de *gnoseología del error*, teoría por medio de la que Cossio compara el error de un físico, que no altera la realidad, y el error de un jurista, que sí tiene tal capacidad de cambio.

Por la tarde, tuvo lugar el primero de los paneles, cuyo tema fue la *obra de Carlos Cossio*. Allí, el Dr. DIEGO LUNA planteó cuestiones sobre el debate de las supuestas implicancias de la aplicación de la egología a la teoría causalista del Derecho Penal. Las consecuencias “nazificantes” que se atribuyeron a la teoría de Cossio durante las décadas del ’40 y ’50 tuvieron que ver, según el disertante, con el desconocimiento filosófico de los penalistas, sin que esto obstara a su conocimiento como especialistas en Derecho Penal. Luna finalizó su disertación destacando las aportaciones de la teoría de Carlos Cossio al Derecho Penal, que a su criterio son hoy reafirmadas por la teoría crítica del Derecho, que en materia penal llega a conclusiones similares a las de la egología.

A posteriori, expuso el Dr. EDUARDO MÉNDEZ, quien comenzó narrando su experiencia personal en el acercamiento a la teoría egológica. Así, al igual que Raffo, señaló el ostracismo al que quedó confinado Cossio y la falta de contacto que durante años tuvieron con la egología los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tal situación, que también le tocó vivir a Méndez, llamó su atención y lo impulsó a estudiar la obra cossiana.

De la teoría egológica, Méndez subrayó el problema de la interpretación, entendida como la diferencia entre el conocimiento del protagonista y del espectador. Tal tarea implica determinar cómo se “ingresa” al dato jurídico. Recordó que Cossio habló de la comprensión, que cuando se dirige a los objetos culturales *implica* al sujeto. A su modo de ver, procuró así superar al dogmatismo (pura lógica) y al positivismo (experiencia neutra al valor), y

también la dicotomía sujeto-objeto (del espectador pasivo), lo cual hizo a través del método empírico-dialéctico, poniendo al juez como protagonista de la interpretación. Afirmó Méndez que Cossio fue un crítico del pensamiento normativista, por faltar éste al conocimiento de la realidad. Sacó al Derecho del normativismo, sin entregarlo por eso a la ambigua sociología, que también ocupa el lugar de espectador.

Méndez expuso asimismo algunas de las ideas políticas de Cossio. En esta línea, dijo que el creador de la egología creyó que la antropología filosófica del capitalismo es la que genera la miseria, y fue un convencido de que nunca podría llevar el capitalismo al universalismo democrático.

El profesor Méndez cerró su exposición señalando la gran esperanza que Cossio tenía en lo mucho que pueden hacer los jueces y los juristas para mejorar la vida humana si se liberan de la dictadura del dinero.

El Dr. CARLOS CÁRCOVA, cerrando el panel, recordó la persecución hacia Cossio por su alegada ideología peronista, hecho que lo hizo una víctima paradigmática de canibalismo político. En lo personal, sostuvo Cárcova que no podía entender que alguien que hubiera leído el prólogo de “La política como conciencia” pudiera pensar que Cossio era peronista, aunque sostuvo que aquél se manejó con cierta impericia política y sinceridad existencialista, lo que hizo que muchos no le creyeran lo que escribió en ese prólogo. No obstante, afirmó el expositor que no se puede negar que la universidad debió haber acogido a Cossio, por su honda capacidad de generar conocimiento. En cambio, se convirtió en un perseguido, aun cuando no hubo problemas con otros juristas que se declararon ególogos.

En su referencia a cuestiones teóricas, Cárcova puso de resalto el carácter *anticipatorio* de la teoría egológica. Remarcó, empero, que constituye un pensamiento difícil, pues el modelo ontológico ha sido abandonado y por eso cuesta comprenderlo. Enfatizó el valor de las categorías jurídicas que creaba este pensamiento, el acento que la egología ponía en el juez (que recién cobró impulso con el pensamiento jurídico post-positivista), y la ubicación de la figura de éste como eje de la naturaleza epistémica del discurso jurídico.

El expositor se refirió luego a las conexiones entre las ideas políticas de Cossio y su teoría del Derecho. Afirmó que Cossio recalcó la diferencia entre los criterios de interpretación intelectualistas y voluntaristas, criticando a quienes creían que había una verdad en la norma, porque pensó que ésta se

creaba a partir –también– de la actividad hermenéutica. Develó así el anclaje político de los métodos clásicos, por ejemplo el de la hermenéutica francesa (el parlamento era el que condensaba el poder de la burguesía), la búsqueda del antecedente, o el método *ex cathedra* en Alemania, que remitía a los profesores porque no había habido revolución en ese país.

Culminando su exposición, el profesor Cárcova recordó una reflexión de Cossio sobre la paradoja del conocimiento, al haber dicho: “Si todo conocimiento es un conocimiento condicionado, ¿cómo puedo afirmar esto sin que la afirmación misma resulte condicionada?”. Según explicó Cárcova, existiría una solución fenomenológica: es falso que el Derecho tenga una historia propia: la historia del Derecho es la historia de las formaciones sociales y económicas. En el seno de esa historia, de la historia del Derecho que construyen los juristas, anida un misterio, el misterio del error, ese misterio se resuelve asociando la historia del Derecho con la general a secas. Con esto se corregiría el problema de la ideología, esclarecida por reflexión.

Tras la exposición del Dr. Cárcova, tuvo lugar el panel referido a la *vida y obra del profesor Werner Goldschmidt*.

Abrió el panel el Dr. JUAN JOSÉ BENTOLILA, quien se refirió a la existencia de hechos unitarios susceptibles de ser subsumidos en una pluralidad de normas, con la subsiguiente generación de diversos conflictos normativos a ser resueltos. Destacó allí la ventaja que la teoría trialista del mundo jurídico presenta frente a concepciones formales normológicas del Derecho, en orden a la utilización de las tareas del reconocimiento y la síntesis, previas a la subsunción.

Asimismo, sostuvo que el recurso a las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica del Derecho provee una rica gama de categorías útiles a los fines de proceder a una comparación entre construcciones normativas plenas de contenido. En tal faena, remarcó la existencia de una compleja red de vinculaciones entre normas, cuyos nexos podrán generar una mayor “cercanía” o “separación” de las fuentes normativas, fundando la posibilidad de construcción de verdaderas constelaciones normativas por grados de distancia, y concluyó que la relación entre proximidad normológica de las normas concurrentes y posibilidad de divergencia calificatoria, es directamente proporcional.

La Dra. MARÍA ISOLINA DABOVE expuso sobre las teorías iusfilosóficas de Werner Goldschmidt y Robert Alexy, enfatizando que éstas presentan interesantes coincidencias entre sí. Como punto de contacto inicial entre ambas teorías, recordó que —a pesar de sus diversas experiencias vitales— ambos juristas abrevaron en una fuente teórica común para el desarrollo de sus posiciones: la razón práctica o ética kantiana.

Luego señaló otros postulados compartidos, en especial:

- a) el carácter complejo y tridimensional del Derecho, indicando que ambas perspectivas constituyen ejemplos de teorías jurídicas integrativistas;
- b) la crítica a las teorías jurídicas no integrativistas, que se infiere del análisis de las corrientes jurídicas “no integrativistas”; y
- c) la composición y el funcionamiento del Derecho, pues ambas teorías plantean la necesidad de una compresión estática y dinámica del fenómeno jurídico.

Concluyó afirmando que en el marco del integrativismo jurídico, la teoría formulada por Alexy puede perfectamente considerarse a fin de potenciar el desarrollo de las categorías jurídicas creadas por el trialismo. Más aún, que tal integración es deseable, toda vez que ambas producciones ven al Derecho como instrumento para promover la libertad de la persona, en salvaguarda de su dignidad.

El Dr. MARIO CHAUMET, por su parte, manifestó que las bondades de una teoría del Derecho se advierten, especialmente, en la medida que sirva para describir con plenitud la actividad de los operadores jurídicos.

Luego desarrolló algunas cuestiones que, a su entender, demostrarían no sólo la actualidad del planteo de Goldschmidt, sino que permitirían calificar al maestro germano-argentino como un pensador visionario. Entre ellas, se refirió a:

❖ *El derecho como fenómeno complejo.* Indicó que hace más de cuarenta años, Goldschmidt ya destacaba la necesidad de reconocer la complejidad del objeto a tratar, mediante el reconocimiento integrado de los aspectos fácticos, normativos y axiológicos del fenómeno jurídico.

❖ *Influencia humana difusa.* Para el trialismo los conflictos jurídicos se originan tanto de repartos como de distribuciones provenientes de la naturaleza, del azar y de la influencia humana difusa. Esta última forma de distribución cobra especial significación en estos días, cuando los “intereses difusos” constituyen un tema central de la juridicidad.

❖ *Exactitud de la norma.* Goldschmidt construyó un concepto de norma que permite al jurista prestar especial atención al grado de cumplimiento que tienen tanto la norma aislada como el ordenamiento normativo.

❖ *Régimen de justicia.* Uno de los temas centrales de la teoría trialista es su desarrollo para comprender la dimensión dikelógica del fenómeno jurídico. Afirmó Chaumet que Goldschmidt efectuó una fuerte búsqueda en el respeto por la dignidad del ser humano.

Como conclusión de su disertación, sostuvo que la obra goldschmidiana formuló hace décadas el tratamiento exhaustivo de numerosos temas que desafian a la actual Teoría del Derecho.

El Dr. ALFREDO MARIO SOTO expuso sobre el Derecho Internacional Privado argentino y sus temas constitucionales. En ese marco, se refirió a la teoría tripartita integral, explicando cómo sus problemas estructurales –jurisdicción internacional, derecho aplicable y cooperación interjudisdiccional– presentan relaciones diversas con cuestiones de orden constitucional.

Asimismo, destacó que según la teoría del uso jurídico ideada por Goldschmidt, que ordena al juez imitar la sentencia que con el mayor grado de probabilidad axiológica dictaría en su caso la autoridad extranjera, cabría la constatación de la constitucionalidad de la norma extranjera a aplicar si eso hiciera el tribunal extranjero conforme a su ordenamiento jurídico.

El Dr. MARIANO MORELLI se refirió al pensamiento de Werner Goldschmidt, que describió como sumamente *original* y *sistemático*, pues logró integrar en un sistema elementos presentes en diversas elaboraciones iusfilosóficas.

Afirmó que pueden distinguirse en Goldschmidt tres grandes etapas intelectuales, indicando cómo pasó de cultivar un normativismo incipiente, a tomar elementos del iusnaturalismo, abreviar en la teoría egológica, para luego integrar los elementos asimilados en el sistema trialista, identificado de manera implícita en su libro “La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)” y ya de una manera explícita a partir de 1962, cuando publicó un breve trabajo de síntesis titulado “La Doctrina del Mundo Jurídico”, subtitulado “Programa de la ciencia jurídica como ciencia socio-dike-normológico”, además de la segunda edición de su “Introducción al Derecho”.

Las Jornadas concluyeron con una conferencia sobre Werner Goldschmidt, a cargo del Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI.

En primer lugar, éste señaló que tanto Werner Goldschmidt como Carlos Cossio son clásicos porque sus planteos todavía nos dicen cosas, y que tienen actualidad porque son pensadores que se anticiparon a su tiempo. Agregó que los autores actuales todavía no han alcanzado la profundidad de aquellos juristas.

Expresó también, en conexión con la visión abarcativa del fenómeno jurídico de Goldschmidt, que la ciencia jurídica tiene que hacerse cargo de todo lo que se necesita para vivir el Derecho. Para esto, es necesario saber más que lo que se reconoce habitualmente como jurídico. Admitió Ciuro Caldani que podría aceptar que el problema del valor no pueda conocerse científicamente, pero no que la realidad social no sea susceptible de un estudio científico. Por lo tanto, subrayó que nos encontramos frente a una mutilación llevada adelante por un pensamiento simple, pero de ningún modo ingenuo, pues constituye una forma de esconder los intereses dominantes.

De esta manera, reflexionó Ciuro Caldani que dejando de lado la realidad social, se pierde la posibilidad de pensar el país. La Argentina es una nación dependiente y, por eso, debe poder pensar cómo salir de esa dependencia. “¿Qué hemos hecho?”, se preguntó, para luego afirmar: “Hemos ocultado dos pensadores que abrieron camino para pensar estos caminos”. Sostuvo que, en lugar de sus teorías, se dio espacio a una filosofía deslumbrada por la precisión de la matemática. No obstante, consideró que cada ciencia debe tener la precisión que le permite su objeto. Esto significa que si bien la realidad social no permite la precisión de la matemática, no es ello algo que deba lamentarse.

Todas estas circunstancias, expresó Ciuro Caldani, son las que supieron ver Goldschmidt y Cossio. Por eso, concluyó afirmando que si la filosofía del Derecho tiene algún beneficio para el pensamiento jurídico y para el pensamiento de la humanidad, las obras de estos dos autores serán las filosofías jurídicas del porvenir.

Normas Editoriales

1. Tipos de trabajos o contribuciones

La Revista aceptará trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Las contribuciones podrán pertenecer a cuatro categorías:

- 1) *de investigación.*
- 2) *de revisión o aportes teóricos o metodológicos.*
- 3) *reseñas bibliográficas.*
- 4) *debates o ensayos.*

En los casos 1 y 2, los trabajos deberán ser originales, reflejar un sólido y actualizado conocimiento del estado del arte y representar una contribución real al conocimiento.

En el caso 1, los trabajos deberán reflejar rigurosidad en las metodologías utilizadas; en el caso 2, las contribuciones deberán reflejar rigurosidad en la argumentación. En el caso 3, las reseñas serán por solicitud de los Árbitros Científicos.

2. Formato de los trabajos

En lo posible, los trabajos deberán estar organizados del siguiente modo:

- 1) *Trabajos de investigación:* Introducción, Método, Resultados, Discusión y/o Conclusiones, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 12 páginas A4).
- 2) *Trabajos de revisión teórica:* Introducción, Desarrollo del tema (con sus correspondientes apartados), Discusión y/o Conclusiones, Notas, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 12 páginas A4)
- 3) *Reseñas bibliográficas:* Identificación del documento y Comentarios (Extensión máxima: 4 páginas A4).

En todos los casos, las citas textuales irán entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin ningún tipo de espaciado previo ni posterior).

3. Idioma

Los trabajos serán redactados en castellano, siendo obligatorio un resumen y un abstract, en español e inglés respectivamente, de entre 80 y 150 palabras cada uno. Asimismo, se deberán indicar, en ambos idiomas, entre 3 y 10 palabras clave.

4. Formato de presentación y envío

Los trabajos deberán ser presentados en formato de Microsoft Word, versión 6.0 o superior. El archivo se enviará como adjunto en un mensaje de correo electrónico simultáneamente a las direcciones: silvinapezzetta@hotmail.com y mnovelli@fder.unr.edu.ar

Los trabajos se organizarán como sigue:

- *Página 1*: Título del trabajo, nombre y apellido de todos los autores, filiación institucional, dirección postal, teléfono y dirección electrónica de contacto.
- *Página 2*: Título del trabajo, resumen y palabras clave. La misma información deberá ser presentada en inglés.
- *Resto de páginas*: El cuerpo del trabajo se organizará de acuerdo a los apartados mencionados *supra*, en el punto 2. Las tablas y gráficos se incluirán al final, enumeradas correlativamente según su correspondiente referencia en el texto.

En ningún caso deberá aparecer en las páginas 2 y siguientes cualquier información que permita identificar a los autores.

Se utilizará página A4, interlineado sencillo y letra Times New Roman 12.

5. Citas

Las notas deberán constar a pie de página, con números arábigos, en letra estilo Times New Roman 10, siguiendo las siguientes pautas:

a- Artículos de revistas

Ejemplo: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nuevamente sobre los efectos de la recepción jurídica en la cultura argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 29, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, págs. 49 y ss.

Para artículos de dos autores, se indicarán ambos, unidos por “y”. Para más de dos autores, se consignará el primero de ellos, seguido por “y otros”.

b- Libros

Ejemplo: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 4^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

Si son varios autores, se seguirá idéntico criterio que para los artículos.

c- Capítulos de libros

Ejemplo: CHAUMET, Mario, “El trialismo (la actualidad de una teoría del Derecho elaborada por un precursor visionario)”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvana (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorios. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 27 y ss.

d- Reiteración de citas

Se procederá del siguiente modo:

I) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior*, se colocará “Íd.”, seguido del/de los número/s de página/s.

II) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “op. cit.” y del/de los número/s de página/s.

III) Si se trata de la *reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “cit.” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

6. Evaluación de los trabajos

Se utiliza el método de revisión de doble ciego, esto es, manteniendo el anonimato de los autores y de los evaluadores. Los resultados finales de la evaluación pueden ser:

- 1) *Trabajo aceptado.*
- 2) *Trabajo aceptado, sujeto a modificaciones.*
- 3) *Trabajo rechazado.*

La decisión será inapelable.

Impreso en Mayo de 2008
en los Talleres Gráficos de
Librería Social Universitaria
Urquiza 2033 - Tel. (0341) 4259361
(2000) Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: libreriasocial@hotmail.com

