



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

**FACULTAD DE DERECHO**

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

**INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA**

**Nº. 6**



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

1988

(c)

Registro de la Propiedad Intelectual en trámite.

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

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

Director responsable: Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani.

Tirada: 100 ejemplares

FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

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

## I N D I C E

### JORNADA SOBRE "LA INVESTIGACION JURIDICA"

	pág.
La investigación jurídica (Miguel Angel CIURO CALDANI)....	5
Aportes para el debate de algunas cuestiones en la investigación jurídica (Anahí FERNANDEZ- Julio LLANAN)....	7
Filosofía , metodología e investigación jurídicas (Alfredo Mario SOTO).....	11
¿Qué investigar en Derecho? (Pablo Gabriel TOJO).....	21
Algunos aportes sobre la importancia de la investigación jurídica (Graciela GONEM MACHELLO).....	29
Una breve diagnosis sobre la tarea del investigador jurídico (Ada LATTUCA).....	39
Reflexiones acerca de la biblioteca necesaria para la investigación jurídica (Miguel Angel CIURO CALDANI)....	45
Propuestas.....	57

### ARTICULOS Y NOTAS

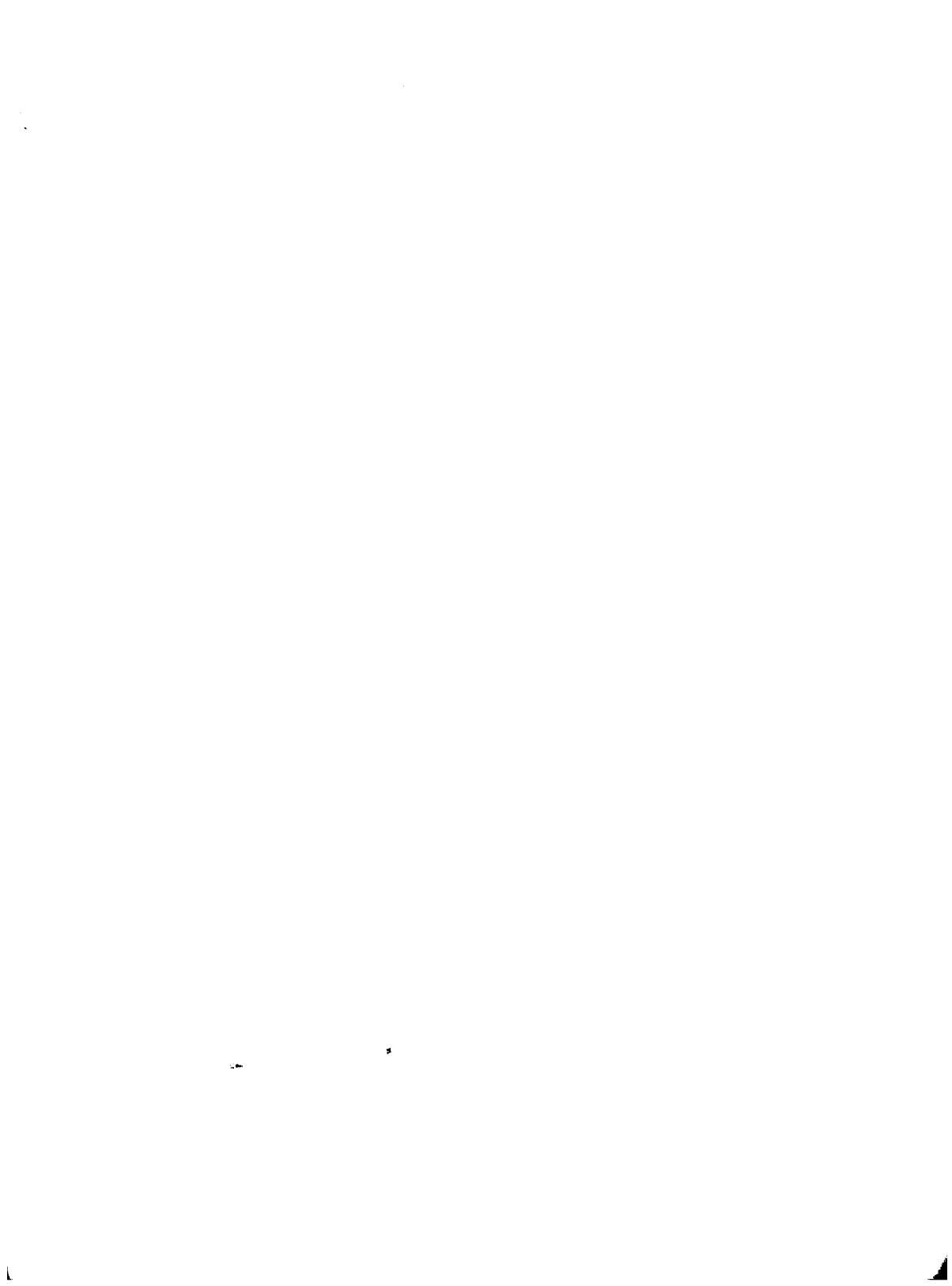
El Derecho Internacional Privado, su humanismo y su función histórica en las postrimerías del siglo XX (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	61
Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio ( Miguel Angel CIURO CALDANI).....	65
Justicia y persona (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	69
Nota filosófica-histórica sobre Filosofía, democracia y desarrollo (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	75
Nota sobre Hispanoamérica y la asunción del pensamiento juspublicista europeo (Miguel Angel CIURO CALDANI)...	81

Notas para la fundamentación de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	87
Reflexiones comparativas del Derecho Occidental y el Derecho musulmán (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	97
Seminario de Profundización sobre "El funcionamiento de las normas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (Miguel Angel CIURO CALDANI).....	105
Notas sobre la teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento de Godofredo Leibniz (Alfredo Mario SOTO).....	113
Reseña: ""Critical Theory, Social Science, and Values" por Kai Nielsen" (Pablo PEÑA).....	119

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

JORNADA SOBRE "LA INVESTIGACION JURIDICA" (\*)

(\*) Llevada a cabo el 16 de agosto de 1988. Organizada por el Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la U.N.R. con el auspicio de la fundación para las Investigaciones Jurídicas.



## LA INVESTIGACION JURIDICA (\*)

La concepción de la investigación depende, en mucho, de la filosofía que se sustente y, en especial, del puesto que se reconozca al hombre en el cosmos. El hombre es un ser que se pregunta: los seres inferiores no alcanzan a la intensidad de la pregunta y los seres superiores -en caso de reconocerse su existencia- se aproximan más a ser la respuesta. La pregunta está siempre en relación con valores y a nuestro parecer la investigación significa una pregunta tendiente al desfraccionamiento de la verdad.

La verdad tiene un sentido personalizante, diverso del mero conocimiento. En definitiva, todo el complejo de valores a nuestro alcance ha de coadyuvar a la realización de la humanidad ( el deber ser de nuestro ser ), de modo que la investigación, para ser cabalmente tal, ha de contribuir al cumplimiento de las exigencias de dicho valor humanidad.

La investigación jurídica debe apreciarse al hilo de los valores del Derecho, que culminan en la justicia, cuyo principio supremo exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona. Es importante en la medida que realice la verdad acerca de los valores del Derecho y, sobre todo, con referencia a la justicia.

Las necesidades de la investigación presentan la perspectiva de tenso conflicto entre el valor utilidad, inherente a la satisfacción de las necesidades, y la verdad. Esta situación conflictual con el valor utilidad predominante en nuestro tiempo (muchas veces arrogante, subversivo e inversivo) se hace escialmente difícil cuando se trata de los valores jurídicos y, sobre todo, de la justicia. Si a veces la utilidad desvía la

verdad en las investigaciones de otras áreas -v.gr. en las ciencias llamadas "naturales"- los obstáculos se presentan con más frecuencia cuando se trata de la investigación en el marco del Derecho.

Hacemos votos para que esta Jornada contribuya a la comprehensión y solución de los problemas que presenta la investigación jurídica.

Miguel Angel Ciuro Caldani (\*\*)

(\*) Ideas básicas de la apertura de la Jornada.

(\*\*) Investigador del CONICET.

APORTES PARA EL DEBATE DE ALGUNAS CUESTIONES  
EN LA INVESTIGACION JURIDICA

Anahí FERNANDEZ (\*)

Julio LLANAN (\*\*)

Intentaremos a través de esta comunicación aportar al debate alrededor del tema que nos convoca debiendo formular una aclaración previa: nuestra puntualización no parte de una conceptualización en abstracto de una determinada metodología sino que surge de un principio de teorización de nuestra propia práctica en el estudio de lo jurídico.

La impronta del positivismo en el pensamiento científico es uno de los primeros obstáculos a superar cuando intentamos aproximarnos al abordaje de núcleos que hacen a nuestra temática.

La remisión a un modelo naturalista de ciencia produce y reproduce en lo metodológico esquemas que finalmente excluyen lo social. Al clausurar de este modo el objeto de estudio, el positivismo descree de la posibilidad de construir y teorizar en ámbitos donde la materia prima no es susceptible de aprehender siguiendo los senderos señalados por los criterios científicos.

Dentro del mundo jurídico, la unilateralidad en los supuestos de un estudio meramente normológico hacen a la exclusión de una investigación abarcadora de la problemática -la cues-

tión jurídica- que no sólo trasciende tan mezquino marco si-  
no que se fundamenta y explica por lo que se ha pretendido  
silenciar. Claro está que esto no implica que lo metodológico y la sistematización dogmática no ocupen un lugar de importancia en el estudio del derecho, pero sí que no pueden agotar lo; el derecho se encuentra traspasado por otras dimensiones de la vida social que no son simples agregados sino que son constituyentes-productores de lo jurídico.

Esto nos habla de un todo social complejo, donde lo jurídico se conforma como un aspecto, entramado en diversas prácticas sociales que en el terreno de lo cognitivo son accedidas desde distintas ciencias sociales. Dichas disciplinas brindan categorías y marcos de análisis en préstamo para nuestro estudio que potencializan las categorías propias elaboradas desde lo exclusivamente jurídico.

Ello es así porque la estructura propia del objeto nos exige un abordaje transdisciplinario del mismo que al ampliar nuestros horizontes cognitivos nos permite una mejor comprensión de la cuestión jurídica.

El reconocer que lo jurídico excede cualitativamente lo normológico y aun el entender lo jurídico como un aspecto de lo social con la complejidad que esto implica y la consecuente necesidad de un abordaje transdisciplinario, es todavía insuficiente. Si sólo hiciéramos ésto nos encontraríamos en el mismo punto que nos proponíamos superar ya que seguiríamos describiendo, más completamente, pero describiendo.

En esta tarea de elaboración de marcos teóricos, conceptos y categorías, la reflexión no puede agotarse en el perfeccionamiento metodológico o lógico como si se tratase de un problema instrumental. En la complejión de la teoría aparece la del objeto, por lo que la crítica en la producción de herramientas conceptuales lleva consigo la crítica del objeto de

estudio. Es así que, v.g., la igualdad como concepto jurídico ante la desigualdad que sufre cotidianamente el hombre de carne y hueso, no es una categoría desajustada. No estamos ante contradicciones lógicas eliminables mediante el perfeccionamiento de las definiciones, sino ante la realidad de una determinada estructuración jurídico-política.

La crítica entonces, no puede enfocarse como una mera reformulación que se traduzca en una alquimia conceptual, sino que necesariamente nos conduce a un replanteo crítico del propio objeto de estudio.

Sin embargo, aun haciéndonos cargo de que una investigación crítica significa una crítica social, no habríamos agotado nuestro empeño si no hiciéramos referencia a una cuestión que impregna de sentido nuestra tarea. Si no la articulamos nuestra tarea con los hombres, en su singularidad y como grupos sociales, y con lo que el derecho les significa en su vida cotidiana, nuestro trabajo quedaría esterilizado como mero entretenimiento académico o perverso juego intelectual.

Investigar en derecho en el marco de una sociedad pauperizada y preñada de conflictos irresueltos, donde la exclusión de grandes sectores populares del espacio de lo público sigue presente, en la que crecen los obstáculos para la construcción de una identidad históricamente impedida conduce a un no rotundo a uno de los postulados más perniciosos del positivismo: la neutralidad axiológica.

Independientemente de que creemos que ya ha sido ampliamente demostrado que dicho postulado es falaz, debemos señalar que es doblemente encubridor. Disfrazá intelectualmente sus construcciones en su pretendida asepsia y lo que es más grave, congela lo jurídico borrando la historia y por tanto, negando la aspiración humana a una sociedad mejor.

Lo axiológico no se conforma como elemento exterior ni tampoco como un elemento más, sino que debe recorrer nuestra ta-

rea de investigación para que esta sea socialmente significativa.

La importancia de la investigación jurídica recae en trabajar desde un marco teórico y un programa proyecto diseñado axiológicamente, y por ende entendido como compromiso. Este trabajo intentará partir de las demandas sociales permitiendo un camino de ida y vuelta entre la teoría y la realidad hacia la producción de aportes para la transformación de la misma.

\*\*\*\*\*

(\*) Profesora Adjunta de "Introducción a la Filosofía y las Ciencias sociales" e "Historia del Derecho" (Facultad de Derecho) y de "Estructura Jurídica del Estado" (Facultad de Ciencias Políticas y RR.II.) de la U.N.R.  
Investigadora del CIUNR.

(\*\*) Ayudante Alumno de "Introducción a la Filosofía y las Ciencias sociales" (Fac. de Derecho).  
Alumno becario de Investigación.

## FILOSOFIA, METODOLOGIA E INVESTIGACION JURIDICAS(\*)

Alfredo Mario SOTO(\*\*)

Entre filosofía e investigación jurídicas se pueden establecer relaciones que van desde la absoluta dependencia una de otra, gradualmente hasta su rechazo. Se podría hablar, por ejemplo, de la influencia de las filosofías occidentales en las posturas marxistas. Para ello enunciaremos las características sobresalientes de las filosofías romántica, empirista y racionalista, para advertir luego las implicancias sobre los marxismos filosófico, materialista, estructuralista, analítico y deductivo, además del movimiento crítico.

En cuanto al Romanticismo podemos decir que considera que el hombre es distinto de la naturaleza y por lo tanto las ciencias que se ocupan de él, por ejemplo el Derecho, necesitan de metodologías propias diferentes de aquellas de las ciencias naturales, aceptando la metodología interpretativa relativista y no objetiva, enfatizando el sujeto de conocimiento. Es idealista, el objeto de percepción externa son las ideas porque dudan de la existencia de un mundo real independiente del observador, en clara posición idealista genética. El hombre es capaz de definir su propia realidad, desplegado la libertad individual, la conciencia personal, un personal entendimiento de la realidad, una subjetiva construcción de un mundo individual. Si dos interpretaciones son inconsistentes, no necesariamente una es verdadera y la otra errónea, sino que los investigadores han creado

sus respectivos mundos diferentes. El conocimiento que resulta de la investigación difiere de persona a persona y de lugar a lugar. Son voluntaristas.

Los románticos prefieren conceptos nominales en el sentido de convenciones lingüísticas, más que conceptos reales. El significado de los conceptos es asignado por la persona cuando los usa porque ellos sólo sirven como símbolos.

El conocimiento se refiere a la totalidad, a lo absoluto. Rechazan el positivismo y su distinción entre hechos y valores, lo normativo y lo científico. Enfatizan la importancia de los valores. Eligen una explicación teleológica más que causal. Dan prioridad a la teoría sobre el dato. La construcción teórica es un proceso reflexivo e irracional.

Las investigaciones más compatibles con el Romanticismo son: hermenéutica, psicología freudiana, semiología, lingüística, fenomenología, existencialismo. Las técnicas de investigación incluyen observaciones participatorias, trabajos de campo, estudios de casos, biografías, cuestionarios. Entre los representantes de la filosofía del Derecho encontraríamos a Hegel, Fichte, la escuela histórica con Savigny, Hugo y Puchta.

Por el contrario para el Empirismo el hombre es parte de la naturaleza y por ello hay que utilizar el método de las ciencias naturales para estudiarlo. Su metodología es positivista y empírica, hay unidad entre ciencias naturales y humanas. Trata de lograr objetividad y pureza. Las distintas interpretaciones de los datos son aceptables mientras no sean contradictorios, ya que las inconsistencias necesitan ser resueltas por referencia a la experiencia observable. La investigación es inductiva y concreta; la observación es potencialmente fuente objetiva de información. El conocimiento resulta de la experiencia directa. Son materialistas. La realidad es

distinta del proceso mental y puede ser estudiada y comunicada a los otros.

Son deterministas en el sentido que la libertad humana es ta limitada por factores externos e internos. Todos los fenómenos son lógicos, predecibles, causales. Los eventos pueden ser interconectados de una manera sistemática y no aislados. Aplican la teoría a los datos reales del mundo.

La metodología utilizada consiste en entrevistas, consultas a la opinión pública, técnicas en pequeños grupos, experimentos en laboratorios. Sus representantes en el área jurídica serían los del Positivismo sociológico, lógico y normológico y la filosofía analítica.

El Racionalismo retoma la idea de que es imposible conocer la existencia de un mundo exterior al observador. No son ni deterministas ni voluntaristas. Enfatizan lo particular como un elemento de lo general, la parte en el contexto del todo. No están de acuerdo con el empirismo en la diferencia entre sujeto y objeto. Rechazan la importancia de la observación empírica y su énfasis en teorías basadas en datos y acep<sup>t</sup>tan la cualidad sistemática.

El conocimiento resulta de la razón, de la reflexión intelectual, usualmente deductivo. La actividad intelectual trasciende la experiencia sensible para aprehender universales abstractos y sus relaciones. La teoría es más importante que el dato. No comparan la teoría con la realidad sino con la integridad del razonamiento mismo, sobre su claridad. Conciben a la realidad en términos de estructuras, procesos o sistemas de significados, definidos analíticamente, abstractamente y deducidos.

Los Marxistas Filosóficos son influenciados por el romanticismo. Están representados por fenomenólogos hegelianos como Lukacs, freudianos como Marcuse, existencialistas como

Sartre, teoría crítica con Habermas y la escuela de Frankfurt con Adorno. Algunos no consideran importante a la investigación porque la filosofía se basta a sí misma. Su metodología interpretativa es subjetiva, más que objetiva. Son idealistas; su explicación es más teleológica que causal.

Rechazan las herramientas de las modernas ciencias sociales porque surgen de sociedades y culturas burguesas y consideran los resultados de la investigación empírica como triviales. Asumen que la investigación es sirviente de la política y las clases sociales dominantes, politizan el proceso de investigación y reorientan la misma a una educación política y emancipación personal, construyendo una nueva realidad que no existía previamente. Esta investigación envuelve el estudio de la creación humana tendiendo a fines (teleología), en un mundo cambiante (dialéctica) y asumiendo la construcción sobre la base de la libertad humana (voluntarismo).

El Marxismo Materialista está influenciado por el empirismo. Sus representantes son Nikita Khruschev y Mikhail Gorbachev; como precursores encontramos a la pre escuela de Frankfurt, los marxistas de la Segunda Internacional como Kautsky y Bernstein y el marxismo-leninismo.

Acordes con la norma positivista, aceptan que la teoría debe estar conforme a la evidencia o los datos. Se basan en estadísticas y experiencias observables. Son materialistas y deterministas. Sus investigaciones no son tan sirvientes de la política y las clases dominantes. Emplean el punto de vista empírista y algunos la dialéctica. No coinciden con los empiristas en que la investigación debe ser neutral y la persona que investiga no debe participar, pero reafirman la objetividad para avanzar en el interés particular del proletariado.

Las técnicas empleadas son: encuestas, laboratorios experi-

mentales, dado que pueden ser utilizados desde la perspectiva dialéctica. En occidente sus investigaciones se refieren a la naturaleza del capitalismo, el Estado, la burocracia, la economía, la relación entre política y economía, imperialismo, estructura de clases, conflicto de clases, trabajadores. En los países socialistas: transición de las formas privadas de propiedad a las públicas, los efectos de distintos tipos de incentivos en la producción, cómo incorporar minorías y grupos étnicos en la sociedad, cómo hacer la administración más efectiva, cómo incrementar la movilidad social, etc.

El Marxismo Estructuralista es racionalista. Inspirado en Piaget, De Saussure, Bachelard, Levi-Strauss, Althusser, Foucault, Lacan, Poulantzas.

No toman clara posición en el debate entre materialismo e idealismo. Rechazan el voluntarismo y el fatalismo en favor de una forma estructuralista de determinación. El estudio de las partes es esencial para entender la totalidad. Critican a aquellos que convierten a la ciencia en sirviente de la política y de las clases sociales dominantes. La investigación debe ser objetiva, lo que no significa que refleje un estado que exista en el mundo real sino determinando un punto de vista acerca de la realidad.

Rechazan los datos por ser subjetivas creaciones abiertas a numerosas y distintas interpretaciones, a veces contradictorias; pero mantiene que su interpretación, en términos de estructuras es la única objetiva y válida. Esa interpretación no tiene relación con la experiencia y no debe ser contrastada con la realidad.

Los althusserianos vacilan entre aceptar o rechazar la causalidad y la predicción en las ciencias sociales. Formulan la causalidad estructural como cadenas causales de mediación y efecto recíproco, más que como causa directa unidimensional, lo que implica una forma de autodeterminación de estructura

donde una subestructura puede predominar en un momento, mas no permanentemente. La investigación tiene que descubrir las reglas por las que la sociedad es constantemente reestructurada, más que las causas directas de un fenómeno observable.

Rechazan las técnicas de investigación enfocadas en eventos individuales y personas en lugares determinados y acciones concretas. Desaprueban ver la historia en términos de eventos o actores individuales y proponen sustituirlo por un punto de vista estructuralista de la historia como un proceso sin sujetos. Así, por ejemplo, se habla del derecho como texto sin sujeto.

La teoría no es aplicada sino evaluada sobre la base de sus propias características internas, incluyendo lógica, consistencia y forma. Frecuentemente emprenden un análisis subjetivo textual de carácter abstracto empleando los métodos del análisis del discurso o semiótica. Hay que estudiar lo que se esconde bajo los símbolos del texto, dando prioridad a la forma más que al contenido de la comunicación.

Los no althusserianos retienen el paradigma estructuralista y el lenguaje y presentan sus conclusiones en términos de una construcción teorética estructuralista, pero acuerdan que debe ser confirmada por referencias a estadísticas y datos, evidencias, para corregir sobre la base de esa nueva información. Enfatizan la lógica y consistencia como criterios para evaluar la teoría pero insisten que ésta debe estar acorde con los hechos.

El Marxismo Analítico rechaza el dogmatismo y enfatiza el rigor intelectual. Surgió en Estados Unidos e Inglaterra; sus representantes son John Roemer, Jon Elster, G.B.Cohen, Robert Wolff. Dan prioridad a la teoría, la lógica y la razón sobre la observación y los datos. Producen teoría formal sobre la base del proceso deductivo, análisis lógico o postulaciones más que formas de generalización de evidencia o experiencia. La

abstracción es necesaria. Su propósito es la sistematización de interrogantes y clarificación de conceptos básicos y la reconstrucción de estos conceptos en una más coherente estructura teorética.

El Marxismo Deductivo combina elementos de romanticismo, empirismo y racionalismo. No son ni idealistas ni materialistas. Convierten a las ciencias sociales en sirvientes de la política; hay una ciencia social fraudulenta de la burguesía, y otra auténtica y verdadera que es la del proletariado.

Son dogmáticos y sostienen que el análisis debe seguir lógicamente de lo que escribieron Marx, Engels y Lenin. Su metodología es formal, a priori y dependiente de un materialismo dialéctico e histórico. Definen a la objetividad como conformidad a un punto de vista marxista-leninista. La inmediata observación de la realidad tiene escaso valor. Su dialéctica es una inmutable posición de reglas y leyes que describen y explican el mundo. La interpretación es un proceso de razonamiento formal que se deduce directamente de las premisas históricas del materialismo. Enfatizan la totalidad sobre las partes. Rechazan la causalidad directa: causa y efecto no pueden ser separadas porque están en constante interacción, en recíproca dependencia.

Hacen exégesis de los escritos de los padres del marxismo y descripción histórica guiada por los escritos de Marx y sus sucesores. Trasladan los fenómenos sociales y el proceso de desarrollo en las categorías del materialismo dialéctico e histórico y la explicación de la transformación social a la luz de los principios políticos del Partido Comunista.

Por último el movimiento crítico actual propone una investigación emancipatoria, como práctica en un período postpositivista en que la ciencia social podría permitirnos comprender la mala distribución del poder y cambiarlo para un mundo más

igual, a través de la crítica del status quo para construir una sociedad más justa.

El postpositivismo implica un conocimiento históricamente absorbido y basado en valores, sin hablar de neutralidad en las ciencias sociales sino de explicitación de ideologías. La teoría surge de investigaciones vividas y no proveen un texto de verdad porque no hay la verdad, ni una verdad. La teoría sigue al dato más que precederlo. El resultado es una minimización de definiciones impuestas por el investigador de la situación. Sin dogmas, informando y estableciendo las circunstancias de la vida diaria y con respeto a las capacidades políticas e intelectuales de los desposeídos. El principio moral de respeto se da cuando el poder es compartido en la generación de conocimiento.

Una investigación social emancipatoria llama al que investiga y al investigado, hay unidad entre dato y teoría. Hay que desmitificar el mundo para que los desposeídos se eleven. El éxito de la investigación emancipadora es alentar la autorreflexión y que la persona sea capaz de generar conocimiento teórico y empírico. La investigación crítica es respuesta a las experiencias, deseos y necesidades de las personas oprimidas, guiándolos en el proceso de transformación cultural, de manera de cambiar el autoentendimiento de las masas para una reacción crítica de su mundo. La validez de la interpretación crítica no es sostener una interpretación sino ver qué podría estar equivocado en ella. Hay que fundar teorías correctivas que verifiquen el dato y minimicen la distorsión humana sobre la lógica. Más que establecer una nueva ortodoxia se necesita experimentar un documento y compartir los efectos de una teoría emancipatoria.

Como conclusión podría resultar la necesidad de atender en la investigación jurídica a todos los aspectos señalados parcialmente por las corrientes precedentes, mas integradas en

una complejidad pura. La crítica de la realidad social y de las relaciones de poder, además de los fenómenos de cooperación, deben investigarse en la Jurística Sociológica y no disolverse en la Política entendida como estudio del poder, o en la Sociología. Las normas ocupan su lugar en la Jurística Normológica y no como meras construcciones lingüísticas. Y por sobre todo debe continuarse y enfatizar el estudio de los valores jurídicos, en especial del más alto valor del De recho, esto es, la justicia, en la Jurística Dikelógica. La complejidad pura del Trialismo nos ofrece una herramienta va- riosísima para ello.

\*\*\*\*\*

(\*) El presente trabajo es, en su mayor parte, una reseña de dos "separatas" recibidas en el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, a cuyos textos remitimos, y que dada la escasa difusión de este tipo de material en nuestro medio hemos estimado oportuno informar acerca de ellas en la Jornada sobre "La Investigación Jurídica":

- "Philosophy, methodology, and research. Marxist Assumptions About Inquiry" by Pauline M. Rosenau, in "Comparative Political Studies", vol. 20, N° 4, January 1988, ps. 423-454.

- "Research as Praxis" by Patti Lather, in "Harvard Educational Review", vol. 56, N° 3, August 1986, ps. 257 y ss.

(\*\*) Ayudante de Investigación.

## ¿ QUE INVESTIGAR EN DERECHO ?

Pablo Gabriel TOJO (\*)

Es la del título una pregunta de la cual son destinatarios repetidamente todos aquellos que de una u otra manera se hallan relacionados con algún tipo de investigación en el campo de la ciencia jurídica. Interrogante que, contrariamente a lo que podría suponerse, no sólo proviene del lego en la materia sino que, en medida mucho mayor, proviene de quienes de algún modo poseen mayor contacto con la vida jurídica, tal el caso de, por ejemplo, alumnos, graduados y docentes.

Esto se manifiesta en el propio trato cotidiano con las personas recién señaladas, quienes en numerosas oportunidades manifiestan su extrañeza respecto a quienes se dedican a la investigación y su consecuente manifestación, la docencia.

Respecto a lo primero, pareciera que en Derecho está ya todo dicho, y poco resta agregar. Las grandes construcciones acerca de lo jurídico ya han sido formuladas, y sólo queda adherirse a ellas o rechazarlas. En caso de rechazo de alguna de ellas, no implica que corresponda elaborar otra propuesta que la supere, sino sólo adherir a otra de las ya existentes que responda más adecuadamente a nuestros propósitos. En todo caso, el pequeño ámbito que queda al jurista es el de dedicarse a desentrañar algunas cuestiones menores, a las que podríamos denominar "lingüísticas"; esto es, desentrañar algunos puntos oscuros que puedan ofrecernos por ejemplo las normas, a buscar

le a ellas el significado que mejor se corresponda con nuestros intereses. Visión profundamente relacionada con aquella otra (sino la misma) que ve al jurista valorándolo en relación a su efectividad ante el foro. En este contexto, se es mejor jurista cuanto mayor es el número de pleitos que logran culminarse exitosamente. Para esta visión, el único "vuelo" que puede permitirse el jurista es el de lograr volcar la norma en favor del interés que circunstancialmente defiende.

En cuanto a lo señalado acerca de la docencia, sólo se acepta a ésta, en el ámbito jurídico, en cuanto sea una actividad secundaria en relación al ejercicio profesional ante los tribunales, y no como expresión de una labor propia de investigación. Podría denominarse a esta concepción como de la "docencia-hobby", es decir, como pasatiempo o, en el mejor de los casos, como un modo más de obtener o acrecentar un cierto status social.

En estos modelos, que en esencia no son algo diverso sino aspectos de un mismo esquema de pensamiento, en definitiva puede afirmarse que la tarea de investigación y la de docencia sólo son admisibles, o mejor dicho "justificables", en cuanto complemento secundario del ejercicio práctico de la profesión de abogado. En esta visión, la praxis siempre va un paso delante de la investigación y de la docencia. Y no sólo es así, sino que debe ser así. Si el jurista será mayormente reconocido cuanta mayor cantidad de pleitos logre coronar con el éxito de su posición, es lógico que no interese mayormente su actividad creativa personal, pues al fin lo que debe hacer es seguir tal o cual modelo de solución de casos que mejor se adapte a su interés parcial.

Luego de esta somera descripción de este modo de pensar a dos actividades íntimamente vinculadas como lo son la Investigación y la Docencia, corresponde analizarlo con mayor pro-

fundidad, con el propósito de apreciar cuánto de acierto poseen, y si existe alguna alternativa posible que pueda superarlo.

Comenzamos haciendo referencia a que las grandes construcciones jurídicas parecen ya haber sido realizadas, y que sólo cabe su adopción o su rechazo. Esta reflexión contiene insitos dos elementos sumamente graves.

En primer lugar, si ya las elaboraciones teóricas han sido realizadas, ello implica que siempre los formuladores de tales construcciones son otros, y jamás ellas son fruto de nuestra propia actividad. Es decir que "ellos", los "creadores", han tenido la capacidad para realizar tan magna labor, pero nosotros, por vaya a saber qué misteriosa circunstancia, no hemos sido favorecidos con tal don. ¿Qué significa ésto?. Que no nos cabe otro rol que el ser meros repetidores de ideas concebidas por otras mentes, aplicándolas ciegamente a realidades que no pocas veces son diametralmente opuestas a aquellas en que esas ideas fueron concebidas. Somos esclavos de alguien ajeno a nosotros, y al proyectar esa sujeción a una determinada situación, ella misma termina siendo sometida.

En segundo lugar, la posibilidad de aceptar o rechazar las elaboraciones ya realizadas encierra una opción engañosa, pues si bien es cierto puede dejarse de lado una y adherir a otra, siempre este proceso se da dentro del marco de las fórmulas ya creadas, y no existe la verdadera posibilidad de idear una propuesta nueva. De este modo se cierra el círculo que en el párrafo anterior habíamos observado cómo comenzaba a delinearse. La sujeción que debemos padecer respecto a las grandes construcciones teóricas, pareciera suavizarse en este punto, pues existe la posibilidad de que en un acto de libertad rechacemos determinada construcción. Pero se trata de una falsa libertad, con fines casi "propagandísticos", pues al no permitirse la salida

del marco de lo ya realizado, aquélla sujeción se mantiene inalterada, aunque se intente disfrazarle.

Habíamos señalado también que se considera al jurista como cabalmente tal en cuanto acumulador de éxitos a nivel de la praxis tribunalicia. Por tanto, dado que el abogado en no pocas oportunidades a lo largo de su ejercicio profesional se encontrará defendiendo intereses diversos, sino enteramente contrapuestos, el mayor despliegue intelectual que puede permitirse es el de hallar la mejor propuesta que respalte su posición circunstancial. En este contexto, no es lógico que sea él mismo formulador de modelos, pues ésto podría llegar a ser contradictorio con ese rol de abogar por un cierto interés en un momento determinado, y por otro distinto en otra ocasión. En esta visión, el jurista prácticamente podría llegar a quedar atrapado por sus propias elaboraciones, y sumido en contradicciones irresolubles, las cuales no se presentan en igual grado si se limita a un papel de promotor de intereses partiales, y seleccionador de propuestas ajenas.

Relacionado profundamente con esto, se halla el considerar a la docencia como una actividad justificable en cuanto complemento del ejercicio de la profesión de abogado. Ya le habíamos llamado concepción de la "docencia-hobby", a la que debemos añadir otra caracterización que reviste mayor gravedad, cual es la de "docencia-mecanicista". Desde ésta óptica, la labor del docente se desenvuelve fundamentalmente por una vía, pudiendo a lo sumo llegar a adicionarse otra. La tarea principal es la de ser un mero transmisor de doctrinas ajenas (1), y en todo caso señalar su mayor o menor adecuación a nuestra situación. Esto es, no un análisis profundo de ellas, rescatando lo valioso que por cierto poseen, considerándolas íntegramente si no, en nuestro caso particular, fundamentalmente su utilidad o inutilidad con respecto a las normas de nuestro ordenamiento.

Es decir, no sólo continuamos con lo ya apuntado respecto a la sujeción a formulaciones que no nos son extrañas en mayor o menor grado, sino que no las aplicamos a la totalidad del mundo jurídico, sino tan sólo a un componente de ese mundo. En el mejor de los casos, señalamos, puede a ésta agregarse otra tarea, cual es la de vertir las experiencias recogidas en el ejercicio de la profesión ante el foro; y en este sentido, podemos adosarle, a ese enfoque predominantemente normativista, una cierta dosis de realidad social, pero en una complejidad impura tal que finalizan desvirtuándose ambos factores (2). Además, esta dosis de "realismo" que se insufla a la tarea docente, no escapa al esquema mecanicista de la primera vía señalada, pues si ya observamos que el jurista es valorado en relación a su "efectividad" tribunalicia, y para ello debe mantener una postura acomodaticia ante las construcciones teóricas, tomando hoy una y mañana otra, este realismo se limita a desarrollar una mayor o menor astucia para determinar cuál es la mejor ("mejor" entendido siempre en relación a la efectividad práctica) posición que puede adoptarse para obtener una resolución favorable a los intereses que se patrocinan. Se desarrolle sólo una de estas posibilidades, o ambas, se aprecia que en ningún caso se estimula el desarrollo de un pensamiento creativo, ni en el docente ni en el alumno. El docente no transmite el fruto de su quehacer personal creativo, desarrollado a través de su propia investigación, sino que se convierte en simple repetidor de ideas de terceros; él se halla ya sujeto a ellas, y a través de su tarea logra someter a nuevas personas a esa perversa relación: sus alumnos. Estos no sólo no ven en el docente un modelo que estimule el desarrollo de su quehacer creativo, sino que incluso son frustrados cuando pretenden intentarlo.

Ante todo este panorama, que por cierto revista caracteres sombríos, existe sin embargo otra concepción.

Hablamos ahora de una concepción en la cual no todo en De recho se ha dicho ya, sino que aún queda mucho por decir. Grandes elaboraciones teóricas han sido efectuadas ya, pero ello no implica que en el presente y en el futuro grandes elaboraciones sean realizadas. Lo hasta ahora desarrollado es valioso, por cierto; no debe caerse en un radicalizado hipercriticismo que pretenda arrasar con el pasado por la simple circunstancia de ser tal. Pero lo que sí debe fomentarse y desarrollarse es una visión que enjuicie a lo ya construído; rescatando lo positivo, pero sin renunciar a superar los aspectos negativos. En oposición a la concepción ya analizada que rechaza una habitación de una casa ya construida sólo para pasar a un cuarto quizás más acogedor del mismo edificio, en esta otra se trata de que ante la habitación incómoda, pongamos manos a la obra y elaboremos nosotros mismos una morada adecuada a nuestra necesidad. Esta es, metafóricamente expresada, la tarea de la investigación.

Es desarrollando esta tarea que quien se halla inmerso en la vida jurídica, llegará a ser cabalmente jurista. Vimos ya que en aquel otro modelo, la consideración del jurista se halla en relación a la utilidad práctica, olvidando que jurista es quien a sabiendas reparte con justicia(3). Para lograr repartir a sabiendas con justicia, es menester alcanzar el pleno desenvolvimiento de las potencialidades intelectuales de tipo creativo, lo que se obtiene a través de una seria labor de investigación. No se trata de negar el ejercicio práctico de la profesión de abogado, sino más bien de poner cada elemento en el lugar que le corresponde. La praxis no puede, como señaláramos al comienzo, ir siempre un paso delante de la investigación, sino que en todo caso debe seguirle. De lo contrario, el propio ejercicio profesional finaliza desvirtuándose, convirtiéndose en una labor perversa, pues adquiere el carácter

de una tarea repetitiva, mecánica, en la cual el hombre pierde su carácter de fin en sí mismo para actuar como instrumento, a semejanza de un engranaje fácilmente sustituible de una diabólica maquinaria (4).

Consecuentemente, en este enfoque alternativo, la docencia deja de ser algo mecánico y secundario respecto a la práctica forense, ocupando su rol de principal manifestación del desarrollo de la investigación personal. Así, de repetidor, el docente adquiere su cabal dimensión de creador, haciendo partícipes de dicha creación a sus alumnos, y estimulando en ellos el desenvolvimiento de sus propias potencias. La docencia abandona el dogma, fomentando en su lugar la pregunta, el interrogante formulado de modo personal acerca del mundo en general, y en nuestro caso del Derecho en particular. Se advierte de este modo la íntima vinculación entre Investigación, Docencia y Filosofía. Y todo ello, a su vez, estrechamente relacionado con la libertad (5). Así como hemos apreciado un modelo esclavizante del hombre de Derecho, encontramos aquí una alternativa de libertad.

Libertad personal constantemente presente a lo largo de todo el proceso de investigación jurídica, y consecuentemente liberación del mundo. El hombre no es ya un instrumento de maquinaria alguna, sino que es reconocido en su talla de fin por sí mismo. El hombre se libera, y se convierte a su vez en foco radiante de libertad.

Libertad, al fin, para la más plena realización de la justicia y del más alto valor a nuestro alcance, la humanidad (6).

En conclusión, estamos ahora en condiciones de dar respuesta al interrogante con que abrimos esta Comunicación. Hemos comprobado que existe una concepción altamente humana y humanizante de lo jurídico. Una concepción personalizante del individuo humano en general, y que permite al hombre de Derecho

convertirse en verdadero jurista. Concepción que nos permite satisfacer el interrogante planteado, y así es como a la pregunta "¿Qué investigar en Derecho?" podemos ahora dar una respuesta segura y completa: Todo resta por investigar. La libertad, la justicia y la humanidad, nos imponen ahora la realización de esta respuesta.

\*\*\*\*\*

- (\*) Alumno adscripto al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (1) Ver por ej. GOLDSCHMIDT, Werner: "Introducción Filosófica al Derecho", 6a. Edición, Buenos Aires, Depalma, 1983, pág. 105.
- (2) Acerca de simplicidad pura, complejidad impura y complejidad pura, ver por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., p. XVII; CIURO CALDANI, Miguel Angel: "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976, pág. 1 y ss.; del mismo autor: "El Trialismo, Filosofía Jurídica de la complejidad Pura", en revista EL DERECHO, edición del 1 de febrero de 1988.
- (3) Ver GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. VII.
- (4) Acerca de los "quehaceres perversos", puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 434 y ss.
- (5) Ver por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel: "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, especialmente pág. 1 y ss.
- (6) Acerca de estos valores ver por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel: "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, T. II, 1984, Especialmente págs. 16 y ss.

## ALGUNOS APORTES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION

JURIDICA (\*)

Graciela N. GONEM MACHELLO (\*\*)

1. La Investigación Jurídica tiene un papel protagónico para el progreso humano, y debe ser fomentada "ya que las ventajas materiales que las conquistas técnicas puedan reportarnos no contribuirán a incrementar realmente la felicidad de los hombres si falta un Derecho que impida que el egoísmo de unos pocos prive en la práctica de todo beneficio a los más"(1).

El Derecho existe para realizar la Justicia como valor absoluto, y "sin un buen Derecho no puede existir Estado alguno organizado, donde las gentes convivan en paz y sin resentimientos ni temores recíprocos"(2).

Los problemas jurídicos no deben tener una solución meramente "política", no obstante el político no puede postergar su propuesta resolutiva en espera de que la Ciencia proporcione los recursos conceptuales aptos para lograrla. Por esta particularidad, por ser los problemas jurídicos siempre apremiantes, resulta necesaria una intensa investigación.

Los desaciertos legislativos atribuibles frecuentemente a estudios insuficientes y a fórmulas improvisadas ocasionan a la comunidad daños muy difíciles de reparar. No se puede legislar con sabiduría sin más ayuda que el sentido común o la habilidad instintiva.

2. Por consiguiente, consideramos fundamentales las investigaciones de orientación histórica, comparatista y prospectiva, las cuales no constituyen compartimientos estancos, sino que suelen frecuentemente integrarse -junto con la investigación de orientación descriptiva, según Juan Carlos Smith-, en un solo proceso investigativo de acuerdo con la finalidad que haya tenido en vista el investigador: "fundamentar una nueva doctrina, postular un cambio jurisprudencial, o proponer una nueva legislación" (3).

En la Investigación de orientación histórica lo fundamental es la determinación y evaluación de las causas y consecuencias históricas de los cambios sucesivamente operados en la institución investigada, más que la constatación y exposición descriptiva de los mencionados cambios.

Si bien no carece de interés que "los historiadores del Derecho nos informen sobre las leyes que hayan venido rigiendo en un país, hasta la fecha, mucho mayor lo tiene que nos enseñen qué necesidades trataron de remediar, y en qué grado lo consiguieron, y en qué medida fracasaron"(4).

La Investigación de orientación comparatista se refiere únicamente a un método, a una actitud de investigación que consiste en la comparación de legislaciones, jurisprudencias, doctrinas, y en general instituciones diversas.

Esta investigación puede efectuarse ya con relación a una determinada rama del derecho positivo, o con referencia a una institución o a una serie de instituciones comprendidas en varias ramas, y puede realizarse en tres planos: legislativo, jurisprudencial y doctrinario(5).

Con respecto al primero -legislativo- la legislación en los países de Derecho legislado "resulta decisiva como instrumento revelador no sólo de la conciencia jurídica de la comunidad respectiva, sino también del complejo sistema de factores so-

cioculturales en que aquella se fundamenta"(6).

En el plano jurisprudencial la investigación comparativa tiene gran importancia: en los países del grupo inglés o familia del Common Law, casi todo el derecho privado y buena parte del Derecho público tienen en la jurisprudencia su fuente fundamental. Y en los países de Derecho legislado "la legislación vigente no siempre constituye la expresión auténtica de las valoraciones de la comunidad, toda vez que un buen número de instituciones organizadas por el legislador son permanentemente modificadas o especificadas en sus alcances prácticos a través de las decisiones judiciales"(7).

En lo que hace al plano doctrinario, la teoría jurídica caracteriza axiológicamente las instituciones jurídicas normativamente organizadas, ya en función de la estimativa de la fuente creadora, ya en vista de las valoraciones vigentes, además de exponer descriptivamente los caracteres ontológicos de las instituciones jurídicas normativamente organizadas, integrando en un movimiento interpretativo unificador tanto a las normas reguladas como al comportamiento humano regulado (8).

La investigación de sentido comparatista puede efectuarse con el alcance de una indagación autónoma y autosuficiente, o con un alcance propedéutico o instrumental.

En la primera modalidad tiene un valor teórico circunscripto generalmente por la finalidad de demostrar los puntos de contacto de culturas jurídicas diversas o las contradicciones existentes en una misma cultura jurídica (9).

La investigación comparativa con sentido propedéutico o instrumental sirve de base para la postulación de una tesis proyectiva o la creación concreta de una norma jurídica positiva. Tiene un carácter eminentemente práctico, por ej.: a) Cuando por medio de un Tratado Internacional dos o más Estados

dos adoptan una ley uniforme, ésta necesita apoyarse en una comparación analítica previa que asegure su ulterior eficacia, b) cuando, teniendo en cuenta el adelanto de su propio derecho positivo el legislador de un país tiende a un acercamiento con el Derecho vigente en otros Estados, y c) cuando es necesario crear en el ámbito del Derecho Internacional Privado una regla de solución de conflictos sean de leyes o de jurisdicciones.

Es trascendente por consiguiente la tarea de los historiadores del Derecho, y de los "comparativistas". "Tenemos en el espacio y en el tiempo un rico panorama y una carga de experiencias valiosísima que sólo esperan para cristalizar en principios científicos por el concurso de investigadores con coraje"(10).

La investigación comparativista adquiere una función fundamentalmente orientadora en la actividad del legislador, puesto que la experiencia jurídica del mismo entraña necesariamente con los resultados que han obtenido, y que incluso podrían obtener las soluciones dadas por otras legislaciones a un problema igual (11).

Además, el Derecho comparado adquiere una función cabalmente prospectiva como método previo indesplazable para una eficaz actividad legislativa, cuando debido a los progresos científicos y tecnológicos, es necesario adaptar numerosas instituciones jurídicas a las nuevas condiciones de vida social (12).

Mencionamos también como fundamental la Investigación de orientación prospectiva. Esta tiende en una proyección de futuro a modificar una determinada concepción doctrinaria o un estado de cosas existente, y culmina siempre en una determinada solución propuesta por el investigador como consecuencia de un estado de cosas efectivas o potencialmente conflictivo.

En general, se puede afirmar, que la tarea de la Investigación Jurídica consiste en "descubrir las falencias interpretativas de la teoría, demostrar la necesidad de nuevos esquemas axiológicos, proponer cambios de legislación o jurisprudencia, en síntesis: llenar la necesidad lógica y la exigencia axiológica de una constante clarificación de los conceptos jurídicos en función de una realidad social que ininterrumpidamente se transforma" (13).

3. La presencia de la investigación es necesaria también en la Universidad a fin de que la enseñanza de los profesores no quede desactualizada, y el país se estanque en un sistema educativo que sólo produzca ejecutivos profesionales, y porque en la educación superior pueden surgir los futuros investigadores (14) que tengan conciencia de que "la investigación no yuxtapone sino que hace asimilar los conocimientos y no para dar tejidos de reserva, sino para su utilización dinámica...La investigación enseña que lo que se obtiene es limitado, parcial, incompleto..., imprime en el hombre el sentido de la limitación"(15), y de que " la continuidad del trabajo investigador modela cualidades educadoras del carácter. La investigación es un desarrollo que exige e impone orden, orden en diferentes direcciones. Un orden que sitúa el trabajo propio en un conjunto que aparece, con frecuencia prácticamente inabordable por su magnitud, y así plantea al espíritu dos posiciones complementarias: humildad y sociabilidad, necesidad de integrar la pequeña dimensión personal en la amplitud humana"(16).

4. Según la concepción filosófica del derecho que se tenga se dimensionará o no adecuadamente la investigación jurídica. Creemos que la Teoría Trialista del Derecho es la

que contempla el mundo jurídico en forma más acabada ya que considera que el Derecho es un conjunto de repartos -adjudicaciones de potencia e impotencia llevados a cabo por hombres-, captados por normas y valorados por la Justicia. "Poesie en consecuencia tres dimensiones, una sociológica, otra normológica y la tercera dikelógica, cada una con su respectivo despliegue de valor, aunque las tres son determinadas en última instancia por las posibilidades de realización del más alto valor jurídico, único "absoluto" en el Derecho, y cuya existencia da origen a la dimensión dikelógica: el valor Justicia"(17).

"La ciencia que se ocupa de este mundo jurídico ha de reunir correspondientemente las características de la sociología y la sociografía, de la dikelogía y de la normología, en resumidas cuentas ha de ser socio-dike-normológica. Hay que rechazar como unilateral tanto el realismo que sólo contempla la realidad social, como el iusnaturalismo racionalista que estima poder contentarse con la investigación de la justicia, como por último el normativismo en su forma positivista que reduce el mundo jurídico a un conjunto de normas(18).

En especial es importante la investigación jurídica para efectuar una adecuada interpretación, y para llenar las carencias históricas y dikelógicas.(La primera se da por impresión del legislador, cuando el legislador se ha olvidado de reglamentar un supuesto determinado, o por nuevas circunstancias que sobrevienen luego de la confección de la norma, o cuando aparecen nuevos hechos científicos o técnicos, y la segunda cuando quien debe hacer funcionar la norma la considera injusta y no la aplica (19)."

5. Creemos fervientemente que la investigación jurídica, tanto aplicada como pura-investigación sin objetivos prácticos

cos inmediatos-, independiente de la legalidad impuesta es fundamental para la vida de la sociedad, vida compleja y heterogénea, y que dicha investigación puede contribuir a lograr soluciones más justas a efectos de una convivencia armónica, en la verdad, el amor, la libertad, la paz, la cooperación, el orden y la seguridad.

La investigación jurídica es insustituible. Los gobiernos responsables tienen que estimularla, protegerla, y favorecerla con incentivos hasta que ella realmente inspire y presida la evolución de la convivencia en el país (20).

En síntesis, la Investigación Jurídica es de fundamental importancia; a) para la actividad legislativa (debe precederla y servirle de base, adquiriendo relevancia en este aspecto la investigación de orientación histórica y de orientación comparatista), b) para la creación y fundamentación de nuevas doctrinas, c) para proponer cambios jurisprudenciales, d) para la actividad docente.

Si bien destacamos la importancia de las investigaciones con sentido histórico y comparatista reconocemos que constituyen tareas difíciles en nuestro medio por la situación de crisis actual, y que tal vez sólo sea posible efectuar la actividad de investigación parcialmente.

No obstante, y a pesar de las dificultades que existen nos agradaría que estas Jornadas favorecieran la reflexión, y ayudaran a jóvenes con auténtica vocación a emprender la investigación jurídica, teniendo en cuenta que, la investigación en general, es según José M. Albareda Herrera "anhelo de un más allá, insatisfacción de lo conocido y dominado, deseo de caminar buscando verdades..."(21).

\*\*\*\*\*

(\*) Esta comunicación se ha efectuado básicamente teniendo

en cuenta los trabajos de José LOIS ESTÉVEZ, "La Investigación Científica y su propedéutica en el Derecho. El acorralamiento sistemático de los errores jurídicos", Caracas, Imprenta Universitaria Caracas, 1972, Tomo II, y de Juan Carlos SMITH, "La experiencia Jurídica", en L.L.T. 1981 -A, Sec. Doct., pág. 729.

(\*\*)Investigadora del C.I.U.N.R.

- (1) LOIS ESTEVEZ, José, op.cit., págs. 32/33.
- (2) Id., pág. 36.
- (3) SMITH, Juan Carlos, op. cit., pág. 742.
- (4) LOIS ESTEVEZ, José, op.cit., págs. 33/34.
- (5) SMITH, Juan Carlos, op. cit., pág. 743.
- (6) Id.
- (7) Id.
- (8) Id.
- (9) Id., pág. 744.
- (10) LOIS ESTEVEZ, José, op. cit., pág. 33.
- (11) SMITH, Juan Carlos, "La utilización del Derecho comparado por el legislador", en E.D., T.95, pág. 826.
- (12) Id.
- (13) SMITH, Juan Carlos,"La experiencia Jurídica", en L.L.T., 1981-A, sec. Doct., pág. 741.
- (14) COBO SUERO, Juan Manuel, "La enseñanza superior en el mundo. Estudio comparado e hipótesis", Madrid, Narcea, 1979, pág. 337.
- (15) ALBAREDA HERRERA, José María, "Consideraciones sobre la investigación científica", Madrid, Talleres Gráficos S. Aguirre, 1951, págs. 166/167.
- (16) Id., pág. 167.
- (17) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios jusfilosóficos", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986, pág. 72.

- (18) GOLDSCHMIDT, Werner, "La doctrina del mundo Jurídico (Programa de la Ciencia jurídica como ciencia socio-dikenormológica)", en Ciencia Jurídica, Simposio, Instituto del Derecho y Sociología, Universidad Nacional de la Plata, 1970, Tomo I, pág. 217.
- (19) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1985, págs. 289 y ss.
- (20) LOIS ESTEVEZ, José, op.cit., pág. 37.
- (21) ALBAREDA HERRERA, José María, op. cit., pág. 406.

## UNA BREVE DIAGNOSIS SOBRE LA TAREA DEL INVESTIGADOR JURIDICO

Ada LATTUCA (\*)

Dentro del ámbito de nuestro país y específicamente en el de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, es dable comprobar cierta falta de respuestas a las sucesivas convocatorias emanadas en diversos organismos y destinadas a captar investigadores en el área de las ciencias jurídicas.

En el arco de la evolución del Consejo de Investigaciones, de aquella Universidad se verifica a partir de su creación en 1971 el ingreso a Carrera de dos investigadores, reducido solamente a uno hasta principios de la década siguiente. En su transcurso se produce, hasta la fecha, una mayor movilidad en los niveles de Becarios e Investigadores aunque cabe aclarar que algunos provienen de otras áreas de estudio y otros figuran, por diversos motivos, dentro del régimen de licencias.

En realidad la escasa receptividad obtenida en las inscripciones anuales se comprende, quizás, en el marco de la redistribución "franciscana" estipulada para el investigador. El desempeño de una profesión para la cual, según amplio consenso, el estudiante había sido exclusivamente preparado y la promesa de mejores estipendios sustrajo el material humano aspirante al ingreso y produjo un sentimiento casi de incomprendión hacia los escasos especímenes que se anotaban en tal aventura. Es por ello de desear que la atención merecida en las

últimas convocatorias no obedeza a la manifiesta retracción habida en la actividad profesional.

Sin embargo, pese a la mayor sensibilidad operada en los diversos estamentos universitarios ante los anuncios publicados por diferentes organismos -CIUNR, CONICET- o de Centros y Comisiones pertenecientes a la Facultad de Derecho, se detecta la persistencia de fallas estructurales que entorpecen y desaniman, en unos casos, la continuidad de una labor emprendida.

Respecto de la infraestructura requerida con el objeto de desarrollar las actividades específicas, se descubre una total desatención que no logra superarse pese al ingenio y creatividad desplegadas por los investigadores. Incómodos cubículos, limitados por armarios o escritorios, con escasa iluminación y compartidos con otros colegas o la presencia de participantes a reuniones ad-hoc, desvanecen el clima de silencio, empeñosamente logrado y fomentan la añoranza del ámbito hogareño donde el sosiego ayudará a dar cima a la labor incoada.

Ahora bien, al concluir su tarea pese a las dificultades apuntadas e intentar utilizar los obsoletos recursos técnicos concedidos con parquedad, con el objeto de tipizar su contenido, una sensación de zozobra le acompañará hasta el momento de su finalización.

Por otra parte, el fárrago de actividades de índole exclusivamente administrativas que debe desempeñar, sin el concurso de personal adecuado a esos efectos, obligan al investigador a emplear su valioso tiempo en la confección de solicitudes, y reiteración de solicitudes ante eventuales extravíos sobre los tópicos más heterogéneos.

Asimismo, la multiplicación de tareas docentes a desarrollar, producto de la hiperpoblación estudiantil le construyen a cumplimentar un calendario que excede, en muchos casos, el tiempo acordado para esas tareas. De allí, que la difundida

convicción acerca de la relación docencia-investigación se resuelve, cada vez más, en el ejercicio prioritario del primer término matizado con tareas administrativas.

En cuanto a la difusión de los resultados obtenidos en la investigación es dable comprobar una marcada reticencia en la asignación de presupuesto aplicados a tal fin. Cuestiones evaluadas como impostergables aletargan su impresión en el tiempo adecuado y transforman un trabajo novedoso en anticuado cuando, luego de superar espinosos y dilatados laberintos, el expediente obtiene finalmente el úkase correspondiente. Por otra parte, la carencia de responsables directos en la tarea de agilizar y concretar tales trámites torna inocuo el deseo de hacer justicia. Es por ello que el conocimiento sobre la evolución y estado de las investigaciones en curso se limita, generalmente, a reuniones y encuentros, no siempre concursados en la medida deseable, sobre todo por docentes y estudiantes, recipientarios directos en la mayoría de los casos, de los desvelos del investigador al abordar el tratamiento de casos específicos y de evidente utilidad en diversas asignaturas.

La provisión de bibliografía y de publicaciones periódicas especializadas arroja también un saldo poco positivo, debiendo suplirse tal carencia con el concurso de una especie de montepío privado. Argumento éste que se aplica, con bastante frecuencia, al concebirse la publicación de algún tema en tiempo prudente.

Cabe expresar, además, con hondo desaliento la manía lamentablemente extendida en denominar como trabajos de investigación a labores de cátedra que resultan simples recopilaciones. Y lo que es más grave, detectar como tarea impuesta por el docente la presentación a cargo del alumno de un "trabajo de investigación" con el objeto de cumplimentar ciertas exigencias.

En realidad la adjudicación del término rebasa una generosidad que no cabe y resulta totalmente improcedente a pesar del tesón activado por el alumno en copiar Manuales y Tratados. Con ello se alienta equivocadamente a una gran parte del estudiantado el cual, orientado correctamente podría constituir un elenco de promisorios investigadores.

La enunciación suscinta de algunas dolencias crónicas padecidas en el ámbito de la investigación en el seno de la Facultad de Derecho motiva a esbozar ciertas reflexiones.

Si aceptamos el hecho de reconocer la plenitud valorativa que corresponde a cada situación vital y por ende profesional descartando los valores falsos, podremos captar la función del investigador en su verdadera esencia. "Sólo el valor -no las construcciones lógicas "muertas" que suelen denominarse "ciencia"- es constantemente exigente y muestra la insuficiencia de cualquier cúmulo de conocimientos".

En la medida que cada investigador sea autoexigente y comprenda definitivamente su rol en el área específica, su desempeño será humanamente valioso.

Pero además urge reconocer que pese a la maximización de esfuerzos en aquél sentido, atentan contra la legitimidad de la investigación quienes se disfrazan oportunamente de tales con fines mezquinos, confundiendo así aquella premisa que viene cada vez más grave en la medida que los mismos investigadores se dejen "instrumentalizar" -quizás involuntariamente- hacia una actitud carente de responsabilidad, es decir de una falta de respuesta de lo que es con miras al deber ser.

En suma, el "abaratamiento" de las funciones de investigación deberá ser condenada por él mismo siempre que haya conseguido una armonía consciente en la difícil y heroica tarea de producir, mejor de crear, muchas veces en soledad frente a la

incomprensión manifiesta por algunos de sus semejantes.

Pero también ello podrá conseguirse plenamente cuando autoridades, docentes, alumnos y no docentes prioricen "el estilo de la investigación". La arrogación del material estimativo de la investigación, en búsqueda de la verdad para la humanidad, por otros disvaliosos y espúreos que avanzan peligrosamente sobre su esfera concluirá quizás, postergando y más grave aún, minimizando una labor que, en definitiva ayuda a crecer a la Universidad y al país.

Sabido es que lograr la optimización del consenso resulta particularmente difícil en el presente que es un tiempo heredero del exaltado deber de la edad Moderna, tan particularmente notorio en el "deber incondicionado" de Kant, que evi-dencia el desgaste originado por esa excesiva tensión de la exigencia pura.

Sin embargo es de desear un cambio en tal sentido y la magnitud de los fines merece el esfuerzo.

\*\*\*\*\*

(\*) Investigadora del C.I.U.N.R.

REFLEXIONES ACERCA DE LA BIBLIOTECA NECESARIA PARA LA INVESTIGACION JURIDICA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

a) La investigación jurídica y su especial inserción social

1. La investigación significa siempre, en cierta perspectiva, la búsqueda del "desfraccionamiento" de la verdad (1) y, cuando se trata de investigación científica, ese desfraccionamiento ha de producirse en relación con la realización social de la verdad. La "novedad" que desfracciona la verdad ha de considerarse en comparación con el saber disponible en la sociedad y al hilo de los valores cuyo conocimiento avanza con ese desfraccionamiento. En definitiva, la verdad y los valores a que ella se refiere deben estimarse con relación al valor más alto que podemos realizar, que es la humanidad (el deber ser de nuestro ser)(2).

En el marco del Derecho, el significado de la verdad de la investigación puede entenderse de manera más concreta como desfraccionamiento acerca de los valores jurídicos, que nos parece correcto reconocer a la luz del "trialismo"(3). En relación con la dimensión sociológica, se trata del desfraccionamiento de la verdad acerca de la conducción (por los repartos) y la espontaneidad (por las distribuciones); del poder (por los repartos autoritarios) y la cooperación (respecto de los repartos autónomos); de la previsibilidad (por el plan de

gobierno en marcha), la solidaridad (por la ejemplaridad) y el orden (con miras al régimen en su conjunto). En relación con la dimensión normológica, la investigación significa búsqueda del desfraccionamiento de la verdad acerca de la fidelidad y la exactitud (por las funciones descriptivas de las normas); en la adecuación (por las funciones integradoras); respecto de la predecibilidad (por las normas generales) y la inmediatez (por las normas individuales) y acerca de la susbordinación y la ilación (por las relaciones verticales entre normas), la infalibilidad y la concordancia (por las vinculaciones horizontales) y la coherencia (con miras al ordenamiento normativo en su conjunto). En otros sentidos, cabe decir que, con referencia a la dimensión normológica, se trata del desfraccionamiento de la misma verdad (por las funciones descriptivas) y la "eficiencia"(por las funciones integradoras). En última instancia, se trata, sin embargo, de satisfacer las exigencias de la dimensión dikelógica mediante la realización de la justicia, que es el único valor absoluto del Derecho. Entendemos que este amplio complejo de posibilidades para estimar la investigación en el área, brindado por la teoría trialista del mundo jurídico, es un instrumento de excepcional riqueza para asegurar que, como es debido, contribuya a la realización del valor humanidad. Las perspectivas "infra dimensionales" son, a nuestro parecer, mutilantes y en definitiva "subversivas" contra el valor humanidad.

El desfraccionamiento de la verdad acerca de los valores requiere llegar al despliegue más integral de las valoraciones completas. En ellas se superan las fronteras a veces demasiado aislantes entre investigación "básica" y "aplicada" y esto significa, en el Derecho, que ha de avanzarse hasta sus proyecciones a la vida real. Por ejemplo: que ha de investigarse la plenitud de las "fuentes", abarcando y superando las de carácter

"formal" (constituciones, leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.) para llegar a las fuentes materiales, que son los repartos mismos; que ha de considerarse la integridad del funcionamiento de las normas, comprendiendo la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación, etc.

2. Hay objetos de investigación, como lo son mayoritariamente los de las llamadas ciencias "naturales" y "exactas", que son más "fraccionados" (puede decirse también "limitados"), de modo que dan lugar a las denominadas "ciencias de lo general" o sea de lo que, por estar "recortado", puede repetirse. Hay otros objetos de investigación, de las llamadas ciencias de la cultura, que son mayoritariamente más "pantónomos" (pan = todo; nomos = ley que gobierna), de modo que significan el desarrollo de las ciencias de lo "individual" (4), porque en el complejo todo resulta "irrepetible". Es más, las ciencias de lo fraccionado abandonan su pasado, podría decirse que hay en ellas más líneas de "fractura", de modo tal que -por ejemplo- aceptada la teoría heliocéntrica, la concepción geocéntrica pasa a no ser ciencia, sino historia de la ciencia; en cambio, las ciencias de objeto más "pantónomo" conservan más su pasado y son más históricas, porque suelen referirse a la vida en sentido cultural y ésta se proyecta en todos los despliegues del tiempo (5). El juego de los conceptos "verdad-error" es mucho más recortado y nítido en las ciencias llamadas "naturales" y "exactas", donde caben más "revoluciones" en el saber; en cambio, en las denominadas ciencias "culturales" todo es siempre más en función del pasado, el presente y el porvenir. De aquí que, pese a la creciente "socialización" de la investigación y la ciencia en todas sus manifestaciones, en las ciencias "naturales" y "exactas" sean más individualizables los grandes descubrimientos

res e inventores.

Aunque con frecuencia, sobre todo a través del unidimensionalismo normológico, se pretende pensar al saber científico-jurídico como si fuera una ciencia "natural" o "exacta", en realidad, principalmente en cuanto a las dimensiones socio lógica y dikelógica, la ciencia jurídica es, en el sentido más cabal, una ciencia "cultural". La generalidad es un despliegue legítimo de lo jurídico, pero no es siquiera el principal. El Derecho se comprende en su inserción histórica y, en definitiva, con referencia a los tres despliegues de la temporalidad (6).

El Derecho es en sí un objeto "social" en un sentido amplio y resulta, con especial intensidad, una elaboración colectiva, donde hay menos descubridores e inventores individualizables. Savigny, uno de los más grandes científicos del Derecho de todos los tiempos, lo es en gran medida por haber contribuido a descubrir que nuestro objeto es en mucho un producto "histórico" del "espíritu del pueblo", que se manifiesta en la costumbre (7).

3. En las llamadas ciencias "culturales", sobre todo en las áreas sociales y en particular en el Derecho, la investigación y la ciencia en general influyen ampliamente en los objetos de estudio. Aunque cabe una diferenciación relativamente pulcra entre las "fuentes de conocimiento" que constituyen la doctrina y las "fuentes reales" de las normas, la frontera entre ambos tipos de fuentes es más permeable que la que separa a las ciencias llamadas "naturales" de su objeto. Las opiniones de los científicos del Derecho influyen con frecuencia en lo que acaba siendo-Derecho.

4. El Derecho es una parte de la cultura especialmente in-

terrelacionada con el conjunto, de modo que su investigación ha de vincularse más con todo el resto del mundo cultural. No es por azar que François Gény hablaba de datos que inscriben el fenómeno jurídico en el resto del universo, refiriéndose a los datos reales (o estrictamente naturales), al dato histórico, al dato racional y al dato ideal (8). No sin razón Goldschmidt señalaba los horizontes sociológico, lógico y metodológico y filosófico de la Jurística (9). Saber Derecho es, en mucho, saber también acerca de otras ramas políticas, de economía, religión, arte, medicina, etc. El Derecho es "infinito" por la materia, en que se basa y, sobre todo, por el espíritu, que tiene en él uno de sus momentos más elevados. Es frase vieja y muy sabia que quien sólo "sabe" Derecho no "sabe" Derecho.

5. La investigación y sobre todo la ciencia son siempre -en diversos grados- fenómenos sociales, cuyas posibilidades de desarrollo dependen de las condiciones de vida de la comunidad. Este carácter "social" de la investigación y de la ciencia en general condiciona la formación y la aceptación de las ideas. Cabe recordar, como ejemplo, que la concepción heliocéntrica fue sostenida desde la antigüedad, pero sólo admitida en base a los esfuerzos de Copérnico y las observaciones de Tycho Brahe, Juan Kepler y Galileo Galilei, en los siglos XVI y XVII. Como muestra de las múltiples fuerzas que se mueven con miras a la aceptación o el rechazo de una idea, cabe recordar, v. gr., que la obra principal del gran expositor de la teoría geocéntrica Claudio Ptolomeo (del siglo II) "Composición matemática" (o "Almagesto") tuvo un conocimiento y un uso muy limitados hasta la invención de la imprenta, precisamente en la época de su superación científica, y que, aún hoy, llamamos "planetas" ("astros errantes") a cuerpos que se mueven "en torno" al Sol (10).

Si situaciones como las que ejemplificamos se presentan en las ciencias llamadas "naturales" y también en las denominadas ciencias "exactas", ellas son más significativas en el marco de las humanidades y de las ciencias "sociales", quizás de manera muy especial en el Derecho (11). Aunque en realidad toda ciencia es "cultural" y se desenvuelve socialmente, en la ciencia jurídica estas características resultan particularmente intensas. Si bien las afirmaciones científicas resultan siempre en cierto sentido propuestas "ad referendum" de su aceptación social, las llamadas ciencias "naturales" y "exactas" se refieren a objetos cuya presencia y aprehensión está menos condicionada por la realidad social, de modo que las verdades pueden "imponerse" con más evidencia al resto de la comunidad. En cambio, en las humanidades y en las ciencias "sociales", y de manera especial en el Derecho, las afirmaciones científicas son en mayor medida modelos propuestos a los otros hombres, para que los acepten como paradigmas referidos a sí mismos, a su propia convivencia justa. Dentro del marco general de las ciencias sociales de carácter "político" (en sentido amplio), la ciencia jurídica tiene, de manera destacada, la tarea de "describir" propuestas vitales. Es más: las propuestas de los científicos del Derecho son en gran medida justas en cuanto son consentidas por los demás hombres, de modo que es imprescindible que todos estén informados de la manera de pensar de los demás. Se trata de ciencias especialmente participativas, sobre todo en la aceptación de las propuestas.

Werner Goldschmidt decía, con acierto, que "en las ciencias de la naturaleza el hombre intenta dominarla; y su imperio sobre la naturaleza se manifiesta en un éxito exterior"; en tanto que, en la dimensión sociológica, "el jurista se enfrenta con otros hombres" (12). Aunque en la "tridimensionalidad" del Derecho lo que en definitiva importa es la realización de la

justicia, ésta se produce en la realidad "social" y en las normas que captan esa realidad "social" y depende en mucho del consenso.

No obstante que siempre hubo anhelos relativamente utópicos de protección del individuo contra el régimen, esta protección sólo fue formulada de una manera realizable y aceptable para la sociedad cuando se dieron las condiciones sociales respectivas, a partir de los siglos XVII y XVIII. Sin una economía y en general una cultura como las del capitalismo y el liberalismo (en sus diversos aspectos), hubiesen sido imposibles la debida formulación y sobre todo la aceptación de la necesidad de proteger al gobernado contra el gobernante, como la pensamos desde entonces. Pese a que durante muy largo tiempo hubo denuncias contra la esclavitud, sólo se hizo realidad la conciencia respectiva cuando las condiciones socio-económicas la hicieron posible (cuando -según la intuición aristotélica- las lanzaderas tejieron y las púas tocaron el arpa por sí mismas (13)). Sólo con referencia al sistema capitalista son posibles y comprensibles ideas como las de Saint-Simon o Marx. Sin embargo, el carácter específicamente social de ciencias como la del Derecho surge, de manera principal, de la relevancia que posee el consenso acerca de las ideas respectivas. Aunque la protección del gobernado y la inexistencia de la esclavitud son objetivamente justas, lo son más porque los hombres estamos de acuerdo en ello.

Pese a que las ciencias sociales están demostrando el carácter "social" de toda ciencia, creemos que hay algunos tipos de saber, como el jurídico, que son particularmente "sociales" (14). De aquí, asimismo, los conflictos especialmente intensos y las grandes persecuciones que se desenvuelven en ellos con particular frecuencia. Pese a todas las resistencias, que no desconocemos, si alguien descubre un medicamento tiene muchas más posibilidades de evidenciar la verdad por la referencia al objeto

que si alguien propone la mejor de las fórmulas de perfeccionamiento jurídico, cuya verdad respecto de la justicia depende además, en cierto grado, del consenso (15).

b) La biblioteca al servicio de la investigación jurídica

6. Toda biblioteca ha de ser un instrumento adecuado a los fines que en concreto debe servir, evitando los riesgos de la "bibliofobia" que parecen engendrarse en ciertas manifestaciones de la cultura contemporánea y de la "bibliomanía", conducente a acumular elementos sin sentido. La biblioteca ha de ser un elemento orgánico de la vida cultural y, en nuestro caso, integrarse a la luz de los valores de la investigación.

Toda biblioteca para la investigación ha de ser especialmente dinámica y de vanguardia en cuanto a los elementos disponibles, para apoyar el desfraccionamiento de la verdad. Ha de contar con una hemeroteca y un servicio de información y documentación integrado con los recursos de la informática. El actual desarrollo de la documentación y sobre todo de la informática -con proyecciones francamente revolucionarias, que apoyan la idea de una nueva edad histórica- permite salvar distancias y tiempos en cuanto al almacenamiento y el manejo del material, pero por otra parte la aceleración de la investigación requiere una actualización constantemente intensificada. Sólo a través de la disponibilidad de información adecuada es posible estar a la altura de lo que ya se sabe y evitar repeticiones de resultados, que no producen, por ser tales, el desfraccionamiento de la verdad exigido para que haya auténtica investigación.

Una biblioteca para la investigación jurídica ha de tener, sin embargo, ciertas características especiales, adecuables según el tema de estudio. En primer lugar, ha de reflejar en

su material la composición de su propio objeto, integrado tridimensionalmente. Ha de atender a las fuentes formales (leyes, decretos, resoluciones, sentencias, etc.) que se publican como elementos de biblioteca y las fuentes materiales de cierto modo testimoniadas en elementos de archivo (expedientes, documentos, etc.); debe considerar la plenitud del funcionamiento de las normas. Dada la "pantomomía" de las categorías con que ha de comprenderse el Derecho, debe atender a sus proyecciones históricas, de "prospectiva" y comparativas. En atención a la influencia de la doctrina sobre el Derecho Positivo, debe reconocerla no sólo como descripción del objeto de estudio sino, en última instancia, como un componente de ese mismo objeto.

Dada la vasta integración cultural del Derecho, la biblioteca para la investigación jurídica ha de atender a sus horizontes sociológicos, lógicos y metodológicos y filosóficos y, también, a la necesidad de aportes de información política general, económica, religiosa, artística, médica, etc. Una biblioteca para la investigación jurídica sólo es satisfactoria como elemento de un panorama bibliotecológico cabalmente universitario.

Además, en atención al carácter especialmente "social" de las propuestas vitales que se efectúan a través de estas investigaciones, es imprescindible contar con un panorama de las opiniones que, pese a no ser informes científicos, brinden una visión del consenso (o disenso), existente y posible, respecto de las áreas en cuestión.

En la biblioteca de Derecho se integran muchas de las necesidades que otras ciencias requieren mediante otros elementos. Aunque la investigación jurídica tiene, obviamente, también otras necesidades, en sus requerimientos bibliográficos se integran, por ejemplo, exigencias que otras materias tienen

además en sus laboratorios. Pretender equiparar los recursos que se destinan con fines bibliográficos a la investigación jurídica con los que se orientan, por ejemplo, a las ciencias "naturales", significa ignorar -con una frecuente mezcla de "cientificismo" y autoritarismo- la realidad más notoria del Derecho.

De cierto modo, la Biblioteca de Derecho es infinita, porque el Derecho y la vida son especialmente infinitos (16).

\*\*\*\*\*

(\*) Homenaje a la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N.R.

(\*\*) Investigador del CONICET.

- (1) Puede v. acerca del fraccionamiento y el desfraccionamiento de la justicia, por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 401 y ss.
- (2) Según esta perspectiva humanista de la investigación, la verdad y sus valores de referencia han de coadyuvar con el valor humanidad y éste, en principio, legitima en alto grado toda búsqueda de la verdad, por ser un despliegue característico del deber ser humano.

La relación entre el saber disponible y su desfraccionamiento aproxima a la vinculación entre el sujeto investigador, que busca el desfraccionamiento, y la sociedad. Para las concepciones "monistas" y "dualistas" radicales, la investigación tiene menos importancia, sea porque niegan la "autonomía" del investigador o porque la convierten en "sobreranía" que no se vincula con la sociedad e incluso puede desinteresarse de la verdad. Para quienes compartimos una posición no radicalizada, integradora de los despliegues

individuales y sociales, la investigación es una expresión de importancia dentro del desarrollo cósmico.

- (3) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede c., por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FIJ, 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, FIJ, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986.
- (4) Cabe recordar: RICKERT, H., "Ciencia cultural y ciencia natural", trad. Manuel G. Morente, Madrid, Calpe, 1922.
- (5) Puede v. CIURO CALDANI, "Estudios de Filosofía..." cit., T. I, págs. 213 y ss.
- (6) Puede v. CIURO CALDANI, "Perspectivas..." cit., págs. 65 y ss.
- (7) V. SAVIGNY, F.de, "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho", trad. Adolfo G. Posada, Bs. As., Atalaya, 1946.
- (8) GENY, F., "Science et technique en droit privé positif", t. II, Paris, Sirey, 2a. ed., 1927, págs. 369 y ss. (parágrafos 166 y ss.)
- (9) V. GOLDSCHMIDT, op.cit.
- (10) V. SCHELER, Max, "Sociología del saber", trad. José Gaos, Bs. As., Siglo XX, 1973; también c. por ej. LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan, "Max Scheler", Bs. As., Nova, 1966, págs. 397 y ss.
- (11) V. COSSIO, Carlos, por ej., "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, págs. 648/9.
- (12) GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. XIV.
- (13) ARISTOTELES, "Política" (I-2), en "Obras", trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1416.
- (14) Creemos útiles pero exageradas las posiciones como la sostenida al respecto por Michel Foucault, por ej. en "La verdad y las formas jurídicas", trad. Enrique Lynch, 2a.reimp. en México, Gedisa, 1984.

- (15) Pese a que la justicia es objetiva (no necesariamente universal ni eterna en sus exigencias, que varían respecto de las situaciones), su alta complejidad y sus propios requerimientos de libertad hacen que las aristocracias al respecto sean menos notorias que las referidas a los marcos de las llamadas ciencias naturales y exactas. Por eso, de cierto modo, las aristocracias de justicia son, en cambio, humanamente más valiosas.
- (16) V. BORGES, Jorge Luis, "Ficciones", Madrid, Alianza, 1971 (Emecé, 1956), págs. 89 y ss. ("La Biblioteca de Babel").

Los suscriptos, participantes en la Jornada sobre la INVESTIGACION JURIDICA realizada el 16 de agosto de 1988, que fuera organizada por el Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, considerando las ideas expuestas en la misma, recomendamos ante el señor Decano, el H. Consejo Directivo, el Consejo Asesor de Investigaciones y los claustros de esta Casa de Estudios, las siguientes propuestas tendientes a coadyuvar a la realización plena de la investigación jurídica en nuestro ámbito:

- a) Procurar la mayor integración entre las áreas académicas y las de investigación;
- b) Asegurar la participación de los investigadores en todas las manifestaciones académicas desarrolladas en la Facultad;
- c) Proceder a la designación de investigadores, en tal carácter, como integrantes de las Comisiones Asesoras en los concursos a realizarse en la Casa;
- ch) Implementar un adecuado sistema a efectos de lograr la correcta evaluación de los antecedentes logrados en investigación, en el trámite de los concursos;
- d) Ampliar el cupo de becas de investigación destinadas a alumnos de la Carrera, aumentar la retribución acordada y determinar un mecanismo apropiado a fin de tomar conocimiento de los resultados obtenidos y evaluarlos convenientemente;
- e) Impulsar la organización de la documentación y la informática con fines de investigación en la Facultad;
- f) Organizar la o las bibliotecas específicas necesarias para la investigación y proveer asimismo a la compra de material bibliográfico;
- g) Promover la obtención de fondos para la publicación permanente de los trabajos de investigación;

h) Asignar locales adecuados, provistos del equipamiento necesario y de personal administrativo, a efectos de poder desarrollar apropiadamente la tarea de investigación.

Fdo.: Miguel Angel CIURO CALDANI- Anahí FERNANDEZ- Graciela GONEM MACHELLO- Ada LATTUCA- Noemí NICOLAU- Alfredo Mario SOTO- Ricardo TALARN- Pablo Gabriel TOJO-

A R T I C U L O S   Y   N O T A S

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, SU HUMANISMO Y SU FUNCION  
HISTORICA EN LAS POSTRIMERIAS DEL SIGLO XX (1)

Miguel Angel CIURO CALDANI (2)

Pese a que, por ser una rama del mundo jurídico, está signado por un complejo de valores que en última instancia se refieren a la justicia (en una particular exigencia, que requiere soluciones, métodos y principios propios -1-), el Derecho Internacional Privado es un área jurídica con especiales requerimientos del valor humanidad (el deber ser de nuestro ser) (2). El valor humanidad exige que, superando las diversas particularidades culturales, se respete en la mayor medida posible la dignidad inherente a la condición humana. A la luz de la etnología y de la antropología es hoy especialmente posible apreciar con relativa apertura las particularidades de las diferentes culturas y, así, el Derecho Internacional Privado encuentra mejores caminos para comprenderlas y respetarlas.

Sin embargo, en las postrimerías del siglo XX, la familia jurídica "occidental" (incluyendo en ella a los sectores occidentalizados de otras culturas), parece encaminarse, al hilo del desarrollo del capitalismo y del valor utilidad (que -a diferencia del amor- iguala), a la elaboración de soluciones materiales uniformes e incluso unificadas, de las cuales es un ejemplo de avanzada la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mer-

caderías (3). Se va formando, de este modo, un "Derecho Privado Internacional" que es cada vez menos "inter-nacional".

Como hay muchas culturas diferentes, cuya existencia y porvenir depende de que a la luz de la condición humana el "Derecho Internacional Privado" asegure el respeto que les corresponde, es imprescindible que tal tenencia no eclipse a nuestra materia (4). Basta señalar, como ejemplos de dichas diferencias, la vitalidad que todavía posee la cultura del Islam y que, en nuestra América, subsisten muchas características incígenas (además de la supervivencia de rasgos hispánicos e itálicos tradicionales) (5). Para estos hombres, la vida jurídica tiene sentidos muy diversos a los de la familia occidental.

El espíritu del Derecho Internacional Privado (Derecho de la Tolerancia -6-), debe conducir no sólo al respeto de los Derechos elaborados por los Estados, sino a que éstos elaboren Derechos respetuosos de sus culturas interiores. En caso de no reconocerse la jerarquía del Derecho Internacional Privado, el respeto a la únicaidad, en nombre del cual se llega hasta a la "autonomía universal", adquiere ciertos caracteres de mascara colonialista. Se trataría sólo de la unicidad de los poderosos que pueden marginar a los Estados.

Cuando la familia jurídica occidental tiende a abandonar las diversidades que originaron el Derecho Internacional Privado, a impulsos del utilitario desarrollo del capitalismo que bloquea el despliegue de otros valores, como el amor y la bondad, urge que se mantenga y desenvuelva la vía justicista internacional de reconocimiento de dichos valores, para que el estilo de vida occidental no termine imponiendo la uniformidad que empobrece al fenómeno humano. En el respeto a la diversidad se juega en mucho el porvenir del maravilloso misterio del hombre y de la misma cultura occidental.

En las otras culturas, diversas de la propia, están siempre los caminos alternativos que constituyen la esperanza.

Ante las diferencias culturales profundamente significativas se puede advertir en qué medida el Derecho Internacional Privado se basa en una posición realista genética, respetuosa del carácter para nosotros infinito del universo a descubrir, y en cuánto se funda en el idealismo genético que conduce al relativismo, desenvuelto -como es inevitable- sólo en marcos de aceptación de diferencias meramente superficiales (7). El idealismo genético suele permitir en la superficie diferencias más amplias, pero sólo el realismo genético, al aceptar el carácter infinito del universo (incluso del propio sujeto) puede admitirlas con la mayor profundidad. La base realista genética es fundamental para que, sin perjuicio del Derecho Privado Internacional, se mantenga y desenvuelva la vía profundamente humanista del Derecho Internacional Privado (8).

\*\*\*\*\*

(\*) Investigador del CONICET

- (1) Puede v., por ej., CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 132/133, y "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965.
- (2) El valor humanidad, que trasciende el mundo jurídico, es el más elevado a nuestro alcance (es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 71 y ss.).
- (3) La Convención fue aprobada por Argentina mediante ley N°

22.765 e influye en el proyecto de unificación civil y comercial(v. ADLA, XLIII - B, págs. 1259 y ss.). Cabe destacar, desde el punto de vista jusfilosófico privatista internacional, las normas de los artículos 7 y ss.

- (4) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos", Bs. As., Edito rial de Belgrano, 1979.
- (5) V. gr.: la prensa del día nos relata que en México los lacandones, que  nunca fueron evangelizados, aún conser van sus características culturales y veneran a sus anti guas divinidades (por ejemplo depositando en la boca de sus estatuas trozos de carne, una torta de maíz o un ci garro) (v. SIMMONET, Dominique, "Encuentro con los dioses", en "La Nación" del 8-9-88, pág. 7).
- (6) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Pri vado-Derecho de la Tolerancia", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988.
- (7) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Dere cho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 21 y ss.
- (8) Es posible v., en relación con la Filosofía del Derecho Internacional Privado, por ej. CIURO CALDANI, Miguel An gel, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Pri vado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurí dicas, 1979 y la bibliografía allí referida. También pue den c. diversos trabajos publicados en el "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filoso fía Social" y en "Investigación y Docencia".

## HOMENAJE A WERNER GOLDSCHMIDT Y CARLOS COSSIO

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

Carlos Cossio y Werner Goldschmidt fueron juristas de alto nivel internacional por la jerarquía y la originalidad de sus aportes, que llevaron a la ciencia jurídica argentina a la vanguardia real del saber mundial acerca del Derecho. Carlos Cossio entró en la Filosofía Jurídica por una vertiente más "filosófica", desde los aportes de la fenomenología y el existencialismo. Luego del dogmatismo entronizado durante largo tiempo, la duda albergada en el relativismo de estilo kelseniano había significado un avance, pero, dando un paso más adelante, Cossio se afirmó en el sujeto y presentó, en la teoría egológica del Derecho, la angustiante problemática existencial que se produce en la conducta en interferencia inter-subjetiva. Werner Goldschmidt penetró en la ciencia del Derecho por la vía de la especialidad, y llegó al cultivo intenso de la Filosofía Jurídica cuando era uno de los grandes maestros del Derecho Internacional Privado, a nivel mundial, destacándose desde 1935 por sus aportes de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado y la teoría del uso jurídico. Luego de la afirmación subjetivista de la egología, la teoría trialista del mundo jurídico parte del desarrollo de una "Dikelogía" que reconoce la objetividad de la justicia y la dificultad de su despliegue al hilo de la

"pantomomía" de sus exigencias. Frente a la mutilación y la tendencia estática del dogmatismo inicial, la Dikelogía abarca la justicia en su plenitud y su dinámica, referida a cada situación en el complejo universal. Si bien la egología y el trialismo coinciden en destacar, con diversa intensidad, la importancia de la conducta, la diferencia en la comprensión de la justicia explica muchas de sus diferencias: al hilo del reconocimiento de la objetividad de la justicia, Goldschmidt avanza desde la conducta a la potencia y la impotencia y a la idea de reparto, complementada, a su vez, con la noción de distribución (1).

Además de ser parte de la vanguardia del pensamiento universal, los aportes jusfilosóficos de Cossio y Goldschmidt, sobre todo al integrar en diversos grados la realidad social, las normas y los valores, son expresión muy profunda de la idiosincrasia latinoamericana. Cervantes comprendió que quizás la cuestión más honda de la perspectiva hispánica de lo humano es la integración del ideal de justicia de don Quijote con la realidad representada por Sancho, y Goldschmidt brinda, en la teoría trialista del mundo jurídico, la integración profunda de los dos despliegues. La tensión que el Manco genial señaló en el clásico más expresivo de lo hispánico fue superada, en un país de la América Latina, por un gran jurista de formación germánica, amante de la libertad al estilo anglosajón, pero profundamente identificado con la problemática última de lo hispanoamericano.

Si América Latina, y sobre todo Argentina, tienen algo original que decir en el concierto universal de la Jusfilosofía, deben hacerlo al hilo de la egología y el trialismo. El凭ir de ambas teorías depende en mucho del futuro que tenga nuestra cultura, pero no nos cabe duda que las ideas de Cossio y Goldschmidt ocupan un lugar de verdadera vanguardia en el

pensamiento de nuestro tiempo. Lograr el éxito social depende en mucho de fuerzas extrañas, pero la grandeza consiste en me recerlo. ¡Ojalá que todos nosotros y de manera particular los jóvenes, a quienes los dos maestros amaron muy especialmente, contribuyamos a que ese éxito se haga realidad! (2).

\*\*\*\*\*

(\*) Ideas básicas de la exposición del autor en el acto de ho menaje a los dos juristas mencionados, con motivo del primer aniversario de su desaparición física, organizado por la Cátedra Interdisciplinaria "Profesor Dr. Werner Goldschmidt" dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R. y el Instituto "Werner Goldschmidt" de Investigaciones Jurídicas Especializadas e Interdisciplinarias de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. En el acto disertaron también los doctores Alfredo Mario Soto y Mario Eugenio Chaumet, quienes se refirieron respectivamente a las ideas universitarias de Carlos Cossío y Werner Goldschmidt.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) En un mundo donde la ciencia supera todos los moldes tra dicionales, donde se domina la energía atómica y se hace predecible la "construcción" de seres humanos a través de la ingeniería genética, en el que se domina el espacio, el tiempo y la materia, se requieren nuevos modelos, más abiertos, en todas las áreas del pensamiento. De aquí la importancia del trialismo, como sistema jusfilosófico cabal y abierto, para satisfacer las necesidades del pensamiento jurídico de nuestros días (cabe recordar, acerca de las relaciones entre la ciencia y la Filosofía, por ejemplo, la obra de William Cecil Dampier "Historia de la

ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión", trad. Cecilio sánchez Gil, la. reimpr., Madrid, Tecnos, 1986). Aunque la noción de sistema ha sido frecuente instrumento del positivismo, es legítimo señalar que también se abre a la preocupación por la justicia (puede v. SEVE, René, "Introduction", en "Archives de philosophie du droit", t. 31, pág. 2). Ante los cerrados sistemas jusfilosóficos tradicionales y la apertura relativa de ciertas corrientes importantes en nuestro tiempo (principalmente la filosofía analítica y también la filosofía crítica) el trialismo brinda la alternativa de la superación en un sistema abierto, integrador de los resultados de la ciencia.

- (2) Otra de las expresiones significativas de la idiosincrasia latinoamericana en el marco de la Filosofía del Derecho es el pensamiento de Miguel Reale. Creemos que la egología y sobre todo el trialismo pueden integrar algunas de las enseñanzas del jusfilósofo brasileño, pero el camino inverso es más difícil, en parte -por ejemplo- porque el marco de referencia del tridimensionalismo realeano es menos vasto que el del trialismo (cabe, en mucho, en la dimensión sociológica del trialismo).

## JUSTICIA Y PERSONA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

Aunque son muchos los avances que se han logrado en los últimos tiempos, de manera considerable sobre aportes como los de Rawls y Dworkin (1), para superar el bloqueo que se había opuesto a las consideraciones dikelógicas, creemos que aún resta cierto trecho para el cabal reconocimiento de las posibilidades de la Dikelogía (2), en mucho por el apego excesivo a perspectivas parciales de la justicia, referidas exclusivamente a la igualdad y la libertad. Pese al notorio avance que significa, por ejemplo, el planteo dworkiniano del "derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto"(3), creemos que ni la igualdad ni la libertad, sino la persona, son la referencia última a la que se remiten las exigencias de justicia.

La igualdad y la libertad planteadas como referencias últimas corresponden a visiones abstractas y estáticas, que renuncian a valorar concretamente el despliegue humano y, en definitiva, se complican así en un "conservadurismo" declarado u oculto. Desde la perspectiva trialista, donde la Dikelogía encuentra los cauces de su desarrollo, el hombre tiene derecho a ser persona a través de la esfera de libertad necesaria para que se realicen sus caracteres de igualdad, unicidad y comunidad. No existe un derecho básico a la igualdad, aunque

se agregue la enriquecedora referencia a la consideración y el respeto, sino derecho a la consideración y el respeto en la igualdad, la unicidad y la comunidad, como caracteres de la persona. No existe derecho básico a la libertad, sino derecho a ser persona en libertad: Goldschmidt se refiere a "la libertad del desarrollo de la personalidad"(4). El fundamento último no está en la igualdad ni en la libertad, sino en la persona (5).

Las teorías de la justicia elaboradas en los países satisfechos (generalmente estimados como "desarrollados") tienden a apartarse de la consideración integral de la persona, a veces asumiendo tales apariencias progresistas de igualdad y libertad, pero una teoría que esté en condiciones de dar cuenta de la problemática de la justicia a nivel universal debe referirse a esa plenitud de la persona.

La igualdad y la libertad son ciegas en cuanto al avance que necesitan, sobre todo, los marginados. Es cierto que ambas pueden evitar los riesgos de una falsa concepción de la persona y brindan ciertas posibilidades de crítica, aunque relativamente limitadas, pero ninguna está en condiciones de cuestionar y superar los cimientos culturales de un régimen. Ambas obligan a seguir los cauces culturales profundos ya establecidos, en cambio, la noción de persona, debidamente desarrollada, ilumina los caminos concretos constantemente renovados que exigen la justicia y el despliegue del fenómeno humano en el universo.

Sólo la referencia a la plenitud de lo humano permite elaborar una teoría completa y no tendenciosa de la justicia. La humanidad (el deber ser de nuestro ser) es el más alto valor a nuestro alcance, al que todos los otros valores se remiten. Puede decirse que el derecho fundamental de todo ser humano es precisamente el de ser "humano", cumpliendo las exigencias del

deber ser de su ser. En haberlo advertido desde el punto de vista de la justicia radica el mérito básico de la obra que conmemoramos.

\*\*\*\*\*

- (\*) Ideas básicas de la exposición del autor en una reunión en homenaje al 30º aniversario de la aparición de "La ciencia de la justicia (Dikelogía)" de Werner Goldschmidt (Madrid, Aguilar, 1958).
- (\*\*) Investigador del CONICET.
- (1) Puede c. RAWLS, John, "Justicia como equidad" (rec.), trad. Miguel Angel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986; "A Theory of Justice", 10a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980; DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984; también v. DWORKIN, R.M., (comp.), "La Filosofía del Derecho", trad. Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, esp. págs. 75 y ss.  
Acerca de las ideas de Rawls y de Dworkin, que han motivado importantes debates a nivel mundial, puede v., por ejemplo, HOFFE, Otfried, "Estudios sobre teoría del derecho y la justicia", trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Alfa, 1988 ("Rawls", págs. 27 y ss.); "Introduzione critica alla teoria della giustizia di Rawls", en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXI, 1984, págs. 603 y ss.; PASTORE, Baldassarre, "Dworkin giusnaturalista?", en íd., págs. 66 y ss.; SADURSKI, Wojciech, "Justicie: "Partial" or "Complete" Virtue? A critique of Rawls on Relations between Justice, Liberty and Utility", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 1985, LXXI, Heft 4, págs. 486 y ss.; BURNET, D.A., "Dworkin and Pound", en íd., Heft 2,

- págs. 234 y ss.; MILLER, Arye L., "Equality as an Integral Part of Social Justice", en íd., Vol. 1986, LXXII, Heft 4, págs. 482 y ss.; OLDS, Mason, "The Structure of Practical Justification in Rawl's Theory of Justice", (separata); LYONS, David, "The Connection Between Law and Morality: Comments on Dworkin", en "J. Legal Educ.", 485, págs. 485 y ss.; BALKIN, J.M., "Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique", en "UMKC Law Review", Vol. 55, Spring 1987, Nº 3, págs. 392 y ss.; SOPER, Philip, "Alternative Methodologies in Contemporary Jurisprudence: Comments on Dworkin", en "J. Legal Educ.", 488, págs. 488 y ss.; ABRAMSON, Jeffrey, "Ronald Dworkin and the Convergence of Law and Political Philosophy", en "Texas Law Review", Vol. 65, Nº 6, págs. 1201 y ss.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., también 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986; asimismo c. "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
- (3) DWOR<sup>KIN</sup>, "Los derechos..." cit., pág. 274, v. espec. capítulos 6 y 9.
- (4) GOLDSCHMIDT, "La ciencia..." cit., pág. 189; afirma que "Dentro de la zona de libertad el desarrollo de la personalidad constituye una tarea".(íd.). Asimismo expresa: "El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona..." ("Introducción..." cit., pág. 417). El "centro de gravedad" de la noción está en la persona ("La libertad sólo merece quien mediante ella se personaliza.": GOLDSCHMIDT, "La ciencia..."cit., prólogo a la 2a.ed.,pág.X).
- (5) La igualdad, la libertad, la consideración y el respeto son, en el mejor de los casos, aspectos relativamente for\_

males del contenido de la justicia. Si bien son abordados por la "axiosofía" dikelógica, atendidos aisladamente conducen al fraccionamiento indebido de la justicia.

NOTA FILOSOFICO-HISTORICA SOBRE FILOSOFIA, DEMOCRACIA Y  
DESARROLLO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

Si bien hemos señalado que la Filosofía, la democracia y el desarrollo son en profundidad manifestaciones diversas de la expansión cósmica, al hilo respectivo del saber, la participación y el despliegue de lo humano (1), cabe hacer algunas reflexiones filosófico-históricas que pueden permitir depurar tal afirmación.

La Filosofía, comprensible como proyección del hombre al saber con vocación de universalidad, tiene una historia que abarca aproximadamente dos mil quinientos años, desde la antigüedad griega, donde resulta ya configurada con nitidez en las ideas de Sócrates (470-399 a.J.C.). Hoy, sin embargo, está en relativa decadencia, en gran medida mutilada por la filosofía analítica y la filosofía crítica radical(2). La problemática y la realización de la democracia se presentan de manera esporádica en diversas épocas, pero adquirieron vasta significación a partir de los siglos XVII y XVIII; a su vez, el desarrollo se hizo particularmente relevante, no sólo como realidad sino como ideología, a partir del siglo XIX. Ambos, democracia y desarrollo, son temas relevantes en la eticidad de nuestro tiempo.

Si la Filosofía es caracterizable, en líneas generales, al hilo del saber, la democracia y el desarrollo son, en definitiva, más afines al hacer. Si la Filosofía está más vinculada

con un "puesto" del hombre, en el cosmos más "dependiente" del universo que él desea conocer, la democracia y el desarrollo corresponden a un hombre más protagonista, que, en definitiva, busca dominar el universo. La democracia y el desarrollo se inscriben en el proceso que se inicia, en la Edad Moderna, con la aparición del hombre como protagonista de la historia, de un hombre profundamente "disconforme" con el universo, que al fin sólo quiere someterlo. Podría llegar a creerse que, en última instancia, la Filosofía por una parte y la democracia y el desarrollo, por otra, son expresiones del fenómeno humano hostiles entre sí (3).

Mientras la democracia sea realitivamente formal y el desarrollo se encare con la orientación utilitaria, ceñida a la "corta" relación "medio-fin" (sin proyectarse con largos alcances) es posible sostener esa hostilidad, evidenciada en la referida diferencia histórica. Sin embargo, es posible que una comprensión de la democracia y sobre todo del desarrollo más referida a todo el complejo de valores a nuestro alcance ya su culminación en el valor humanidad (el deber ser de nuestro ser), requiera mayor integración con la Filosofía. Un problema acuciante consiste en saber si esta visión más humanista y "filosófica" de la democracia y del desarrollo es una vía idónea para lograrlos mejor o una "astucia" de la historia para desviarnos de los caminos de la democracia y el desarrollo posibles.

Aunque reconocemos que ciertas filosofías son incompatibles con las nociones de democracia y desarrollo, creemos que la respuesta correcta a ese problema es negativa (4). La conciencia de la cuestión puede contribuir, no obstante, a una integración más correcta de los tres despliegues referidos del fenómeno humano. (5).

- (\*) Ideas empleadas en el dictado de una clase del curso "Filosofía, democracia y desarrollo" del Ciclo de Orientación Definida, dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el 1º de setiembre de 1988.
- (\*\*) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Filosofía, democracia y desarrollo", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°10, págs. 19 y ss.
- (2) La Filosofía siempre subyace en las actitudes humanas, pero con diversos grados de intensidad.
- (3) Sin recurrir a la radical crítica de la verdad y la Filosofía que puede hacerse desde una perspectiva nietzscheana, cabe señalar las dificultades de integrar las teorías y la Filosofía con la democracia empleando palabras como las de Francisco Romero al decir "la ordenación democrática, perfeccionada entre experimentos y tanteos, sin mengua del irrenunciable postulado de la libertad, no se sustenta en la teoría sino en la sabiduría." ("La estructura de la Historia de la Filosofía y otros ensayos" (rec.), "Un caballero británico", Bs. As., Losada, 1967, págs. 348/349).
- (4) En nuestros días el desarrollo se ha hecho explosivo. El dominio de la energía atómica, la realización de los viajes espaciales y la computación nos han hecho, como nunca antes, dueños de la materia, el espacio y el tiempo. La ingeniería genética, sobre todo a nivel humano, constituye quizás el fenómeno "axial" más importante de la existencia temporal de la humanidad, ya que ésta puede llegar a ser capaz de construirse a sí misma. Ese desarrollo explosivo hace especialmente necesaria la Filosofía.

- (5) Acerca de la democracia y el desarrollo, además de la bibliografía citada en nuestro trabajo del "Boletín...", Nº 10, puede v., por ej.: CLAEYS, Gregory, "Paternalism and Democracy in the Politics of Robert Owen", en "International Review of Social History", vol. XXVII (1982, part.2, págs. 161 y ss.; WEEDE, Erich, "The Impact of Democracy on Economic Growth: Some Evidence from Cross-National Analysis", en "Kyklos", vo. 36, 1983, fasc. 1, págs. 21 y ss.; FERNSLER, John P. y otros, "Historical Perspectives, Current Trends and Future Roles in Housing and Community Development", en "The Urban Lawyer", Vol. 16, Number 4, págs. 683 y ss.; KEMAN, Hans, "Politics, Policies and Consequences: A Cross-national Analysis of Public Policy-formation in Advanced Capitalist Democracies (1967-1981)", en "European Journal of Political Research", 12 (1984), págs. 147 y ss.; SWAN, Frederick R., "Toward a New Democratic Political Theory: Contributions by C. Wright Mills" (separata); BOOTH, Wayne C., "A New Strategy for Establishing a Truly Democratic Criticism" (separata); ORWIN, Clifford, "Democracy and Distrust", en "The American Scholar", Vol. 53. Number 3, Summer 1984, págs. 313 y ss.; ANCKAR,Dag-BERNDTSON, Erkki (editores), "Essays on Democratic Theory", Helsinki, The Finnish Political Science Association; DONNELLY, Jack, "Human Rights and Development: Complementary or Competing Concerns?", en "World Politics", Vol. XXXVI, Nº 2, págs. 255 y ss.; JOSEPH, Lawrence B., "Corporate Political Power & Liberal Democratic Theory", en "Polity", Vol.XV, Nº 2, págs. 246 y ss.; GRAHAM, Gordon, "What is Special About Democracy?", en "Mind" (1983) Vol.XCII, págs. 94 y ss.; KATEB, George, "II. Democratic Individuality and the Claims of Politics", en "Political Theory", Vol.12, Nº 3, págs. 331 y ss.; KALLILEA, Alfred G., "Death and Democratic Theory: The Political Benefits of Vul

nerability"(separata); LEVIN, Henry M., "Educatiōn and organizational democracy", en CROUCH, C.-HELLER, F, (editores), "Organizational Democracy & Political Processes", págs. 227 y ss.; NIELSEN, Kai, "A Rationale for Egalitarianism", en "Social Research", Vol. 48, N° 2, págs. 260 y ss.; FRANCIS, Mark, "Disobedience and Democratic Theory", en "Politics", XVI (1), págs. 18 y ss.; DOWNS, Anthony, "The Evolution of Democracy: How Its Axioms and Institutional Forms Have Been Adapted to Changing Social Forces", en "Daedalus", Vol. 116, N° 3, págs. 119 y ss. (indicamos "separata" en los casos donde la misma no fue remitida con el origen).

NOTA SOBRE HISPANOAMERICA Y LA ASUNCION DEL PENSAMIENTO

JUSPUBLICISTA EUROPEC (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*).

Si bien la Edad Media estuvo signada por la problemática de la legitimidad "de ejercicio", que en su desarrollo llegó a prevalecer sobre la legitimidad "de origen"(1), la Edad Moderna fue más propensa a la cuestión de la legitimidad "de origen". No es por azar que la Edad Media fue predominantemente metafísica y estuvo dominada por el protagonismo del Estado y la Iglesia y la Edad Moderna fue marco para el desarrollo de la Gnoseología, incorporando a su vez el protagonismo del hombre (2).

El pensamiento juspublicista moderno está signado por la problemática de formación y democratización del Estado, figurando entre sus jalones respectivamente más representativos las ideas de Hobbes y Rousseau (3). El primero es paradigma del monopolio del poder en manos del gobierno y el segundo de su democratización (4). En la Edad Contemporánea, sobre todo en el período que nos toca vivir, la legitimidad de ejercicio parece relegada a niveles menos conscientes.

La América española fue fundada por una Potencia que quedó relativamente anclada en el pensamiento de la Edad Media, diferenciándose del curso de otros países de Europa occidental. De aquí su dificultad para integrar la idea medieval de legitimidad de ejercicio, que Europa conserva en su experiencia profunda, con las ideas modernas de monopolio del poder.

en manos del gobierno y democracia. Es así que la inestabilidad de la región, originada en mucho por graves tensiones de su vida económica y cultural (por ejemplo, en la incorporación parcial al sistema capitalista), se expresa con frecuencia en la pretensión de ignorar alguno de estos elementos de la conciencia jupublicista europea contemporánea, que -sin embargo- se presentan como aspiraciones de modelos deseados (sea que se trate de marginar el monopolio del poder por el gobierno, la democracia o la legitimidad de ejercicio). De aquí nuestra "violencia" difusa y nuestro constante recaer en las revoluciones y en las guerras civiles abiertas u ocultas, nuestras dictaduras, muchas veces oligárquicas, y nuestros gobiernos de origen democrático que vuelven las espaldas a las necesidades del pueblo, perdiendo su legitimidad por el origen por falta de legitimidad por el ejercicio (5).

Quizás la integración de tales elementos se haga posible en sociedades de "productores", como las que soñó Saint-Simon y se han generado en los países "desarrollados"; en cambio, Hispanoamérica se debate entre períodos "teológicos" y "metafísicos", sin lograr superar un sistema semifeudal desequilibrado(6).

Hispanoamérica es, en mucho, desde el punto de vista europeo, un área cultural anacrónica. Parece condenada a ser "civilización" sin generar su "civilización" a través de una "cultura", a ser apolínea sin haber sido suficientemente dionisíaca (7) y todo esto resulta muy difícil. Hispanoamérica es uno de los grandes retos para el espíritu humano.

\*\*\*\*\*

(\*) En recuerdo de una conversación con el profesor René

Sève. En homenaje a su interés por América Latina.

(\*\*) Investigador del CONICET.

- (1) Cabe recordar, al respecto, las ideas de Juan de Salisbury (v., desde el punto de vista filosófico, por ej. FRAILE, Guillermo, O.P., "Historia de la Filosofía", 3a. ed. actualizada por Teófilo URDANZOZ, II (Iº), Madrid, La Editorial Católica, 1975, pág. 469).
- (2) En el marco de las "ciencias", a la Teología le sucedieron, las ciencias "naturales"; en la Edad Contemporánea se formaron las ciencias "sociales" y "humanas".
- (3) HOBBES, Thomas, "Leviatán", trad. Manuel Sánchez Sarto, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1980; ROUSSEAU, Juan Jacobo, "El contrato social", Bs. As., Fé.
- (4) Cabe tener presente el tomo 21 de los "Archives de philosophie du droit", que abordan el tema "Genèse et déclin de l'Etat".
- (5) En realidad, la legitimidad es una sola e integral (puedo v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión trialista de la relación entre Derecho y legitimidad", en "III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito-Conferências", págs. 37 y ss.). La legitimidad se apoya con frecuencia en la representatividad y ésta queda afectada cuando el gobernante es elegido en base a engaño, por lo menos hasta que los electores tomen suficiente conciencia de la astucia electoral (un instrumento importante para este fin es el empleo de la distinción trialista entre los "móviles" de los repartidores, sus "razones alegadas", las "razones" sociales y el valor que en sí tengan los repartos; puede c. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 57/58). Aunque para preservar la democracia suele ser valioso "fraccionar" los vi-

cios de engaño en la elección, es plenamente legítimo el "desfraccionamiento" en el juicio histórico. En éste los gobernantes deben ser considerados democráticos en cuanto al origen cuando han sido elegidos sin vicios.

- (6) SAINT-SIMON, "Catecismo político de los industriales", trad. Luis David de los Arcos, 2a.ed. en BIF, Bs. As., Aguilar, 1964.

El equilibrio entre la legitimidad de ejercicio y la legitimidad de origen y también el equilibrio entre la legitimidad de ejercicio, la constitución del Estado y la democracia son importantes para evitar desviaciones gravemente "desvaliosas". La legitimidad de ejercicio, con sus exigencias últimas de personalización de todos los protagonistas, es importante, por ejemplo, para evitar las manipulaciones que suelen realizarse mediante el manejo del lenguaje y la opinión pública. La atención a la democracia es significativa principalmente para evitar la "esclerosis" de la noción de legitimidad de ejercicio. En términos sansimonianos podría decirse que la primera desviación es el triunfo de la "metafísica" y la segunda el imperio del sentido "teológico".

- (7) Acerca de la noción específica de "cultura" y las nociones de civilización y decadencia, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 5, págs. 9 y ss.

Respecto de lo dionisíaco y lo apolíneo, v. NIETZSCHE, "El origen de la tragedia", trad. Eduardo Ovejero Mauri, 7a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980.

Para una comprensión de la escisión de la conciencia jurídica y política argentina, que dificulta la asunción del

pensamiento juspublicista europeo al que nos referimos y nos coloca, en cambio, en la tendencia a imitar ciegamente modelos extranjeros, puede v. por ejemplo CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss. (también es posible tener en cuenta, del mismo autor, "Notas para la apreciación histórica de las posibilidades jurídicas de América", en "Boletín..." cit., Nº 3, págs. 31 y ss.). De cierto modo, es sostenible que existen dos estilos de argentinidad sin integrar, uno más dionisíaco (principalmente comunitario) y otro más apolíneo (principalmente individualista). De aquí que debajo de las apariencias frecuentemente "dramáticas" subyace cierto sentido "trágico" (acerca del significado de lo trágico puede v., además, v. gr. BERTACCHI, G.-BARTOLI, F., "Generi e componenti letterari", Bologna, Zanichelli, 1917, págs. 53/54; también CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro""", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, págs. 115 y ss.).

NOTAS PARA LA FUNDAMENTACION DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Aunque el positivismo, sobre todo en su versión normo lógica, ha generado la ilusión de que es posible y de cierto modo indiferente establecer cualquier solución para los problemas jurídicos, en realidad entre los problemas jurídicos y sus soluciones y, en el marco de las normas, respectivamente entre los tipos legales y las consecuencias jurídicas, hay relaciones legítimas de "correspondencia" y otras ilegítimas de (mera) "yuxtaposición"(1). Dentro de las relaciones de correspondencia, cabe diferenciar vinculaciones de afinidad y de derivación, sea ésta por subsidiariedad o atracción de otros problemas. Eso sucede también en Derecho Internacional Privado, donde a las relaciones referidas de correspondencia y juxtaposición entre los tipos y las consecuencias, que se concretan principalmente como vinculaciones entre las "causas" y los "puntos de conexión", cabe agregar la diferenciación de la juxtaposición según sea por desarraigo de los casos de sus asientos legítimos (que incluye el "secuestro" en provecho del Derecho propio), por destrozo de causas que deberían ser consideradas unitariamente o por confusión de causas que tendrían que ser diferenciadas (2).

Así, por ejemplo, si a una causa "personal" profunda, como la de la capacidad, le respondemos con un punto de conexión personal profundo, como el domicilio, podemos pensar que en

principio hay correspondencia por afinidad; si cuando no hay domicilio conocido se recurre a la residencia, hay correspondencia por derivación subsidiaria y cuando, con miras a obtener hijos legítimos, se somete la cuestión personal de la validez del matrimonio a la ley del lugar de celebración, hay correspondencia por derivación en virtud de la atracción de la cuestión matrimonial por la causa filiatoria. Si se someten los efectos personales del matrimonio cuando los cónyuges residen en el propio país a la ley de la residencia, hay yuxtaposición por desarraigo como secuestro; cuando se somete la sucesión, entendida como continuación de la persona del causante, a la ley de situación de los bienes, hay yuxtaposición por destrozo y si se consideran en una misma causa la validez y los efectos de un contrato de larga duración (como el de trabajo), remitiéndola -por ejemplo- al Derecho del lugar de celebración, hay yuxtaposición por confusión.

2. Las causas principales del Derecho Internacional Privado pueden diferenciarse según sean "elementales", como las referidas a personas, forma y propiedades, o "relacionales", como el matrimonio, la filiación, la sucesión y las obligaciones. A su vez, es posible reconocer en ellas diversos niveles de profundidad: las causas elementales tienen su grado mayor en las cuestiones de la persona física y las relaciones son más profundas en el matrimonio y la filiación (llegando con claridad a la superficialidad de las obligaciones convencionales).

Hay causas donde prevalecen planteos de justicia relacionados con el amor, como sucede en el matrimonio y la filiación, otras donde la justicia se vincula más con la utilidad, según ocurre en los problemas de las obligaciones, sobre todo cuando son de origen convencional, etc.(3).

3. En cuanto a los puntos de conexión, cabe diferenciarlos, por ejemplo, conforme sean personales, reales o conductistas; más o menos autónomos o autoritarios; más o menos superficiales o profundos y más o menos afines a la justicia particular y a la justicia general. A su vez, cabe distinguirlos según su carácter más liberal o más afin a la democracia y a la "res publica" y, asimismo, conforme presenten a la justicia más integrada con el amor, la utilidad, etc.

Puede sostenerse que en general los puntos de conexión conductistas son más autónomos, superficiales, particulares y liberales, en tanto que en relación con ellos los puntos de conexión reales (sobre todo cuando se trata de la situación del inmueble "por naturaleza") son más autoritarios, profundos, comunitarios, democráticos y "republicanos". Los puntos de conexión personales ocupan, en general, un lugar intermedio. A su vez, dentro de cada grupo, hay diferentes caracterizaciones, por ejemplo: entre los puntos de conexión conductistas, la autonomía de las partes, el lugar de celebración y el lugar de ejecución constituyen un arco de autonomía, superficilidad, justicia particular y liberalismo decrecientes. En general, en los puntos de conexión conductistas prevalece la relación de la justicia con la utilidad, principalmente en la autonomía de las partes (pues éstas eligen el Derecho que les resulta más conveniente) y en los puntos de conexión personales la justicia tiene más oportunidad de integración con el amor (quizás sobre todo en el domicilio conyugal o de los protagonistas de la filiación).

Cabe advertir que los puntos de conexión más cargados del sentido particularista del amor son más afines al mantenimiento del método del "conflicto de leyes" ("de elección"); en cambio, el despliegue de la utilidad conduce a abandonar el método "conflictual" en la búsqueda de contenidos materiales,

donde la relación entre medio y fin es más directa, como sucede en la autonomía universal y el Derecho unificado.

No es nuestro propósito puntualizar aquí detalladamente los marcos de correspondencia entre las causas y los puntos de conexión, pero sí mostrar cómo el tipo de planteo que proponemos permite reconocer las líneas básicas de legitimidad en la relación respectiva.

4. Las causas vinculadas a la persona física pueden comprenderse mejor con referencia al proceso de interrelación entre el individuo y la comunidad, que lleva a remitirse (por respectiva afinidad relativa) a los puntos de conexión personales domicilio y nacionalidad. El domicilio es más auténtico, de justicia particular y liberal, en tanto la nacionalidad es más autoritaria, general (comunitaria) y afín a la "res publica". La radicalización ilegítima del factor individual llevaría, por yuxtaposición por desarraigado, al punto de conexión autonomía del protagonista, en virtud del cual, por exceso de "autonomía" y superficialidad, por desborde de la justicia particular y el liberalismo y por impere del utilitarismo, se llegaría al extremo de que el hombre eligiera el Derecho al hilo del cual ha de constituirse. La yuxtaposición inversa se produciría, por exageración del factor social, con el empleo del punto de conexión residencia, que desbordaría la autoridad, la justicia general y la pertenencia democrática y republicana, con desarraigado del sentido individual de la persona.

Las personas jurídicas pueden ser entendidas con mayor referencia contractual o intitucional. En el primer sentido, predomina el punto de conexión relativamente conductista "lugar de constitución" y en el segundo el punto de conexión personal "domicilio". El lugar de constitución es más autono

mista, superficial, particular, liberal y utilitario; el domicilio significa más autoridad, profundidad y justicia general, tiene más afinidad con la democracia y la "res publica" y es menos utilitario. El empleo de una u otra concepción de la persona jurídica y de un tipo u otro de punto de conexión depende también, de cierto modo, de la clase de persona de que se trate: en las personas jurídicas más afines al valor utilidad (v. gr. en las sociedades comerciales) son más admisibles la concepción contractual y sus consecuencias. Es al hilo del desarrollo de la utilidad que va ganando espacio el punto de conexión "lugar de constitución", correspondiendo a un utilitario despliegue de cierta "autonomía" de los constituyentes.

5. Las causas referidas a la forma pueden inspirarse en una concepción más "superficial" o más relacionada con el contenido de los actos. La referencia a la superficie guarda correspondencia con los puntos de conexión conductistas, al hilo de los cuales se vincula con la autonomía, la justicia particular, el liberalismo y la utilidad. Sin embargo, aun en un régimen inspirado en una concepción "superficial", como el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, se advierte a veces la atracción del fondo, por ejemplo, en los arts. 1211 y 3129 o los arts. 3634 a 3638 del Código Civil, donde se muestra (con diversa fuerza) la respectiva influencia del régimen de Derechos reales sobre inmuebles y de validez intrínseca de los testamentos.

6. El régimen de los Derechos reales vincula a los titulares de los derechos con la comunidad, en relación con las cosas. Si se tiene más en cuenta la persona del titular, se contesta con su ley personal, pero si -como sucede habitualmente-

se atiende más a la comunidad, corresponde en principio la remisión al Derecho del lugar de situación física o cultural (registro) de la cosa. La ley personal del titular es más autónoma, particular y liberal; en cambio, el Derecho del lugar de situación es más autoritario, afín a la justicia general y referido a la "res publica". El vasto alcance de la causa del art. 10 del Código Civil argentino es, sin embargo, en cuanto excede los derechos reales, un ejemplo de yuxtaposición por secuestro, sobre todo en la medida que pertenezca a una sociedad de tipo capitalista, donde la propiedad inmobiliaria tiene menos influencia relativa en el ámbito público.

7. El matrimonio puede ser concebido según los paradigmas básicos del contrato y la institución. En el primer caso, se vincula más con la utilidad y en el segundo con el amor entre los cónyuges. De acuerdo a la concepción contractualista, le corresponden puntos de conexión más conductistas, que son generalmente el lugar de celebración y, a veces, la autonomía de las partes. Según la concepción institucionalista, han de corresponderle puntos de conexión más personales, principalmente el domicilio conyugal. La autonomía de las partes es, obviamente, más afín a la autonomía de los protagonistas del matrimonio y también lo es el lugar de celebración; ambos son más superficiales, guardan más afinidad con la justicia particular, son más liberales y están más vinculados con la utilidad. En cambio, el domicilio conyugal da más juego a la autoridad, tiene más profundidad y es relativamente más afín a la justicia general, se emparenta más con la "res publica" y da más posibilidades a la integración de la justicia con el amor.

Según ya señalamos, atendiendo a la exigencia dikelógica

de promover la legitimidad de los hijos, en cuanto hay desigualdad entre los de carácter "legítimo" e "ilegítimo", la figura filiatoria lleva a someter, por atracción, la validez del matrimonio al punto de conexión conductista lugar de celebración. Cuando, en cambio, se someten los efectos personales del matrimonio a la ley de la residencia en el propio país o los efectos del matrimonio relativos a bienes a la ley de situación de dichos bienes, hay mera yuxtaposición, en el primer caso por desarraigo y en el segundo por destrozo.

8. La filiación y la patria potestad son siempre relaciones de carácter personal que pueden entenderse con diversos tipos de equilibrio entre padres e hijos, quienes contribuyen así con sus respectivas leyes personales al régimen jus privatista internacional referido a ellas. En sus distintas modalidades, estas causas deben resolverse, así, con diversos equilibrios de los Derechos domiciliarios respectivos. Se trata de causas profundas y donde intervienen la integración de la justicia y el amor, de modo que corresponde hacer jugar puntos de conexión personales domiciliarios, que contribuyen al respeto de tales características. Cuando la patria potestad es escindida en los efectos personales y relativos a bienes, se produce ... yuxtaposición por destrozo de la causa y si se someten los efectos personales a la ley del lugar donde se la ejecuta o los efectos relativos a bienes al Derecho de su situación, se produce además yuxtaposición por desarraigo.

9. Las obligaciones convencionales pueden considerarse generadas en el mero convenio de las partes o en el convenio sobre un objeto relativamente justo, y , en general, se ca

racterizan por cierta integración de la justicia y la utilidad. En el primer caso, de concepción consensualista de la obligación, los puntos de conexión correspondientes son, sobre todo, la autonomía de las partes y el lugar de celebración; en el segundo caso, más referido al objeto, el punto de conexión más correspondiente es el lugar de cumplimiento. La autonomía y el lugar de celebración son más "autónomos" y superficiales, más afines a la justicia particular, liberales y utilitarios. El lugar de cumplimiento da más juego a la autoridad, es más profundo, más afín a la justicia general y apegado a la justicia misma, como valor.

No es sin razón que el peso de la utilidad suele conducir a que en el área de las obligaciones convencionales imperen también la autonomía universal y el Derecho unificado.

\*\*\*\*\*

- (\*) Bases de la disertación pronunciada en el Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires el 22 de agosto de 1988. El tema fue abordado en nuestro relato "La Filosofía y el Derecho Internacional Privado" presentado al IX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional realizado en San Miguel de Tucumán en 1987. Nos remitimos al mismo y a su bibliografía.
- (\*\*) Investigador del CONICET.
- (1) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Acerca de la correspondencia entre tipos legales jusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t. 80, págs. 298<sup>o</sup> y ss.
- (2) El destrozo y la confusión son yuxtaposiciones por lo me-

nos parciales.

- (3) La comprensión de los valores en juego en el Derecho Internacional Privado posee gran importancia desde diver-sas perspectivas. Otra de ellas es su aprovechamiento para conocer el sentido último de nuestro orden público. La tolerancia en que han de inspirarse las soluciones de nuestra materia ha de conducir a encontrar vías de compatibilización entre dichos valores, tomando apoyo en la justicia y la humanidad.

## REFLEXIONES COMPARATIVAS DEL DERECHO OCCIDENTAL Y EL DERECHO

MUSULMAN (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La comparación del Derecho "occidental" y el Derecho musulmán muestra, de manera muy nítida, las dificultades que se presentan, de modos y en grados diversos, cuando se considera el Derecho extranjero. Los grandes obstáculos para la información se acentúan porque si se toma como vía a un jurista de nuestro propio marco existe siempre duda de mala comprensión de su parte y si se toma como senda la intervención de un jurista del ámbito de referencia se presenta constantemente el interrogante acerca de una deficiente expresión. Estas dificultades son grandes aunque se trate, como en el Derecho musulmán, de una familia emparentada con la nuestra al punto de haberse podido hablar de la "grande y duradera herejía de Mahoma" (1).

2. La comprensión comparativa de la "familia" jurídica occidental y la "familia" jurídica musulmana puede partir del reconocimiento del "puesto" que una y otra atribuyen al ser humano y a Dios. En la familia occidental el puesto del hombre en relación con Dios ha tenido una creciente independencia, hasta poder afirmarse que "Dios ha muerto"; en cambio en el Derecho musulmán hay una firme inserción del hombre en un marco encabezado por Dios (2).

Sobre todo a partir de Savigny, en el Derecho occidental hay clara conciencia del origen humano de las fuentes de las normas, en tanto en el Derecho musulmán las fuentes principales son el Corán, revelado por Dios a Mahoma a través del arcángel Gabriel, la Sunna, o sea la conducta del Profeta (constituyendo ambos la ley divina), el Ijma, consenso unánime de la comunidad en sus sectores "sabios" (que fuera relativamente "clausurado" a partir de los siglos X a XIII) y el Kiyas (razonamiento por analogía). El más "humano" Derecho occidental permite el constante descubrimiento de "principios generales del Derecho", sean éstos "positivos" o de "justicia", en tanto el Derecho musulmán tiende a una mayor inmutabilidad de sus reglas básicas a través de la referencia a la ley divina revelada en los siglos VI y VII, la relativa clausura del Ijma y la vía del razonamiento analógico, limitada de lo particular a lo particular. Las otras fuentes del Derecho musulmán (costumbre y jurisprudencia, doctrina y equidad y ley nueva), que son de cierto modo correspondientes a las occidentales, quedan en definitiva, aunque tensamente, sometidas a la ley considerada divina, mucho más que en la conciencia general de occidente.

En general el Derecho occidental es un Derecho con profunda conciencia del tiempo y proyectado especialmente al futuro; en cambio, el Derecho musulmán tiene una concepción del tiempo menos intensa y más referida al pasado. El hombre, autor del Derecho occidental, es un ser temporal y "futurizo"; en cambio, el Derecho musulmán remite la principal de sus dos grandes fuentes primigenias (el Corán) a un Autor eterno y la segunda a un momento aislado en el tiempo, la vida del Profeta. Entre las muestras de la dificultad del pensamiento musulmán para dar cuenta del tiempo se pueden referir el rechazo del préstamo a interés y de la prescripción (3); también cabe

recordar que las penas con pretensión "repersonalizante" del Derecho occidental se diferencian de las penas destrutoras e irreversibles que suele sostener el Derecho musulmán, apoyado con frecuencia en mutilaciones de los condenados.

3. En cuanto a la dimensión sociológica del Derecho, la familia occidental se vale principalmente de repartos, realizadores de la conducción humana, en tanto el Derecho musulmán considera que hay sobre todo una adjudicación divina, que podría consistir, en caso de no ser tal, en un reparto del Profeta o (superados los marcos de lo previsible por el repartidor) en una distribución por influencias humanas difusas, realizadora del valor espontaneidad. En este supuesto, la posición musulmana significaría cierto hallarse "a la deriva" en las circunstancias históricas.

El Derecho occidental se encuentra en condiciones de mayor equilibrio, en todos los niveles, entre los repartos autoritarios (realizadores del valor poder) y los repartos autónomos (satisfactorios del valor cooperación); a su vez, es más integrador del plan de gobierno en marcha (realizador del valor previsibilidad) y la ejemplaridad (que satisface el valor solidaridad). En cambio, el Derecho musulmán tiene una composición más vertical, donde en los niveles superiores hay más juego de la autoridad y de la planificación que, en última instancia, son atribuidas a origen divino. En el Derecho musulmán el orden es más sólido y estable que en el Derecho occidental y no es concebible la idea de revolución respecto del régimen de origen divino.

4. En la dimensión normológica, cabe recordar, en primer término, la referencia humana de las fuentes reales del Derecho occidental, frente a la referencia divina de la fuente

real básica del Derecho musulmán. De esto surge el mayor juego de la capacidad de abstracción y propia sistematización de las fuentes de conocimiento (doctrina) del Derecho occidental, frente al condicionamiento de la ciencia jurídica musulmana por la referencia a las fuentes religiosas y a su sistema. En el Derecho occidental es más concebible la producción de carencias dikelógicas, en tanto que en el Derecho musulmán son inconcebibles, porque Dios no puede ser injusto.

El jurista del Derecho musulmán está en gran medida condenado a la interpretación y se vale con frecuencia de la exésis (4).

El carácter más humano, cambiante y complejo del Derecho occidental hace más posible y necesario el empleo de un arsenal conceptual muy rico, en tanto el Derecho musulmán está menos requerido al respecto, por una realidad que se tiene por más divina, más permanente y simple. El menor "espesor" cultural del Derecho musulmán se evidencia, por ejemplo, en la hostilidad hacia la noción de persona jurídica.

En el Derecho occidental las relaciones verticales y horizontales entre normas están más integradas por el común origen humano, pero en el Derecho musulmán los dos sentidos están más diferenciados por el origen divino de las normas del vértice.

El carácter humano reconocido a las normas del Derecho ocidental permite una codificación más amplia y dinámica. El Derecho musulmán tiene, en cambio, una especie de "codificación" de origen divino, referida a las necesidades de una época pasada, que posee sus principales posibilidades dinámicas a través del ya limitado recurso al Ijma y al hilo de la analogía.

5. La referencia a la dimensión dikelógica requiere partir

de la relación principal del Derecho occidental con los valores justicia y utilidad, con creciente incremento de ésta, y la referencia principal del Derecho musulmán está vinculada con la realización de la justicia ligada con la santidad. Aunque quizás en el Derecho musulmán la referencia al amor haya sobrevivido más, la presencia de este valor en el pensamiento cristiano "occidental" es más profunda: basta recordar el recurso musulmán al talión y la idea occidental de la repersonalización del delincuente.

El Derecho occidental puede superar más las relaciones de justicia asimétrica, principalmente en base a la simetrización que permite la moneda; en cambio, el Derecho musulmán necesita apoyarse más en la simetría. Así, por ejemplo, el Derecho occidental se arriesga a simetrizar los momentos del tiempo a través del interés.

Sobre la base de su referencia especialmente humana, el Derecho occidental tiende a desarrollar una vocación humanista abstencionista, que puede desbarrancarse en el oculto "totalitarismo" individualista; por su referencia divina el Derecho musulmán brinda más base a un humanismo intervencionista, con el riesgo de desviarse en el totalitarismo (social)(5).

La mayor referencia humana del Derecho occidental conduce, en mucho, a que a largo plazo impere la democracia, en tanto el origen del Derecho musulmán en lo dispuesto por la divinidad sirve de sustento relativamente válido a la aristocracia y, sobre todo, a la organización teocrática. La referencia divina, a la que se pueden remitir con más fuerza todos los valores, es un sustento importante para la organización aristocrática.

En el Derecho occidental el medio de realización del régimen de justicia considerado con atención más específica es la protección del individuo contra el régimen; en el Derecho

musulmán esta referencia es mucho menos significativa. Por su parte, el derecho musulmán brinda más consideración a la protección del individuo frente a los demás individuos y él mismo.

6. En el marco político general, el Derecho occidental se relaciona sobre todo con la política económica y, en cambio, el Derecho musulmán se remite a la política religiosa. Puede decirse que el Derecho occidental ha desarrollado con nitidez un sistema de carácter capitalista y el Derecho musulmán tiene más afinidad con el régimen feudal (6).

Se evidencia, así, cómo el "puesto" reconocido al hombre resulta altamente explicativo de muchas de las características del Derecho respectivo. Para el Derecho occidental, que se caracterizó por el amor del hombre a sí mismo y lo llevó a despliegues narcisistas, de cierto modo "incestuosos" (llegando a padecer el "castigo" correspondiente en la desorientación frente al mundo) el estudio del Derecho musulmán, como una variedad relativamente afín pero distinta del fenómeno jurídico y humano, debe resultar de especial interés.

\*\*\*\*\*

(\*) Notas de una disertación en el curso de "Elementos de Derecho Comparado" del Doctorado en Derecho Internacional Privado que se dicta en la Universidad Notarial Argentina en Córdoba.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) BELLOC, Hilaire, "Las grandes herejías", trad. Pedro de Olazábal, 3a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1966, págs. 61 y ss.

En cuanto a la importancia del Derecho musulmán, cabe se

ñalar, por ejemplo, su significación histórica y su relativamente destacada vitalidad actual. También corresponde indicar, v. gr., que el Islam es para algunos occcidentales una respuesta válida para las frecuentes ansias de religión insatisfechas que se experimentan en nuestra familia cultural. Además, frente a la superficialidad, la descomposición y la disolución materialista con que el pensamiento contemporáneo (v.gr. a través de la radicalización del "análisis" y la "crítica") contribuye a la formación de un imperio cada vez más mundial, el estilo de vida musulmán, más "profundo", integral y espiritual, presenta una esperanza -acertada o anacrónica- para muchos.

- (2) Nos referimos a la familia occidental en general, sin desconocer las diferencias significativas que en cuanto a algunas perspectivas separan a las "sub-familias" "romano-germánica" y del "common law". Acerca del tema abordado, puede c., por ej., ESTEVEZ BRASA, Teresa M., "Derecho Civil musulmán", Bs. As., Depalma, 1981; DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", Paris, Dalloz, 1969, págs. 461 y ss.; LOSANO, Mario, "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, págs. 230 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 191/192; EL SHAKANKIRI, Mohammed, "Loi divine, loi humaine et droit dans l'historie juridique de l'Islam", en "Revue internationale de droit comparé", 33e. année, págs. 767 y ss.
- Hay, sin embargo, en el Islam, cierta tensión entre ley humana y ley divina. Cabe tener presente que suele cuestionarse la expresión Derecho "musulmán".

Nos inspiramos, para la comparación, en las líneas que surgen de la teoría trialista del mundo jurídico (v. al respecto, por ej., GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., De palma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FIJ, 1982-84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986).

- (3) Introducida, sin embargo, de manera relativamente oculta, a través de la admisión de la posesión como medio de prueba de la propiedad.
- (4) Acerca de las diferentes líneas doctrinarias, puede c., v. gr., EL SHAKANKIRI, op. cit.
- (5) La influencia religiosa en el Derecho musulmán es mayor en el Derecho de familia, disminuye en el Derecho vinculado con la economía y es menor en el Derecho Público. La perspectiva principal del Derecho musulmán es el Derecho Civil.
- (6) Un ejemplo de las "trabas" feudales al desarrollo económico es la institución del "waqf".

SEMINARIO DE PROFUNDIZACION SOBRE "EL FUNCIONAMIENTO DE LAS  
NORMAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA NACION" (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

A) El logro de una universidad popular de alto nivel, plenamente participativa y creadora es de importancia vital para la cultura argentina, generalmente escindida en sectores de élite y populares de manera que cada uno por sí solo es incapaz de dar a nuestro país el lugar que le corresponde en el concierto de la cultura "universal" (1). Uno de los requisitos para la formación de esa universidad es que cada integrante de la misma reciba y cree en la medida más plena de sus posibilidades y a esto se destina el presente seminario de profundización, propuesto sobre todo a alumnos y ex alumnos de la Cátedra.

La metodología que caracteriza a un seminario resulta especialmente idónea para satisfacer los requerimientos antes referidos, sobre todo en cuanto a participación y creación.

B) El Derecho se manifiesta de diversas maneras, pero una de las más importantes es la jurisprudencia. A su vez, en el marco de la jurisprudencia se destaca la que proviene de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el más alto tribunal del país en el sentido formal (v. básicamente los arts. 100 y ss. de la Constitución Nacional) y órgano judicial especial

mente calificado por el elevado nivel doctrinario de sus decisiones.

El reconocimiento de la importancia de las decisiones jurisprudenciales nos aproxima al estilo de pensamiento jurídico anglosajón, expresado en el "common law" (2). Si una de las grandes "subfamilias" de la "familia" jurídica occidental (la otra es la nuestra, "romano-germánica") piensa el Derecho de manera principalmente jurisprudencial y los países respectivos tienen en el mundo actual un notorio papel protagónico, se hace especialmente fundado que tratemos de integrar nuestra tradición aprovechando esa perspectiva.

C) La teoría trialista del mundo jurídico brinda un vasto e importante sistema conceptual "abierto" para comprender el funcionamiento de las normas, donde se produce la integración definitiva de las tres dimensiones jurídicas. Con principal referencia a la dimensión normológica del funcionamiento, cabe considerar los contenidos teóricos de la Unidad VI del programa, donde se reconoce que para el progreso del reparto proyectado que capta la norma, a fin de que dicho reparto proyectado se convierta en reparto realizado, es necesario que la norma "funcione" (3), y se advierte que las principales etapas del funcionamiento son la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación.

Dentro de ese complejo de tareas que conforma el funcionamiento de las normas, la interpretación y la aplicación son siempre necesarias, la primera con referencia a la fidelidad y la segunda con miras a la exactitud. Todo el funcionamiento se vincula con la adecuación de la norma.

Una de las principales líneas de tensión del funcionamiento de las normas se muestra en la interpretación, entre el sentido literal y el sentido histórico y, dentro de éste, entre la auténtica voluntad del autor a nivel de intención y

de fin. Otra de las grandes líneas de tensión en el funcionamiento de las normas es la que suele llevar a la producción de carencias dikelógicas, sean éstas declaradas o mediante artificios que fuerzan, sobre todo, la interpretación o el encuadramiento de los casos, o a través de la omisión de la efectivización de la consecuencia jurídica. Esto revela que, con gran frecuencia, la etapa más riesgosa del funcionamiento, porque es la que puede albergar más fácilmente desviaciones ocultas, es la aplicación.

El funcionamiento de las normas debe ser encarado también desde las dimensiones sociológica y dikelógica. En el primer sentido, cabe tener en cuenta que para la conversión del reparto proyectado en reparto realizado es necesario que dicho reparto continúe, sea por la conducción de los mismos repartidores autores de la norma o de otros, encargados especialmente del funcionamiento, que "asumen" el reparto. En estos casos se produce una "transmudación"(4) del reparto por cambio de los repartidores, con todos los riesgos que dicho cambio significa. A veces, en lugar de la asunción del reparto hay un fenómeno de rechazo, sea éste abierto (mediante la producción de una carencia, que debe tener fundamentación "dikelógica") u oculto (forzando otros aspectos del funcionamiento). En definitiva, a través de los mismos autores o de otros repartidores el reparto ha de alcanzar su realización.

El funcionamiento de las normas significa actividad repartidora, sujeta a todos los límites, no sólo voluntarios, sino también necesarios, que se consideran en la Unidad II. Los límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, pueden impedir la asunción o el rechazo del reparto captado en la norma, por ejemplo, a través de condicionamientos psíquicos de los protagonistas, de obstáculos socio-políticos, socio-económicos, etc. Estos límites necesarios abarcan también los límites especiales de los repartos referidos a cues

tiones vitales, y precisamente las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación suelen abordar este tipo de casos (5).

Por otra parte, el funcionamiento de las normas tiene una dimensión dikelógica. Aunque la versión tradicional del trialismo afirma, no sin cierta razón, que la interpretación es bidimensional normo-sociológica y la elaboración expresa en alcance pleno la tridimensionalidad, creemos que en profundidad todo fenómeno jurídico, incluso la interpretación, es tridimensional. Es en base a la justicia que se debe decidir, en principio, la primacía de la interpretación histórica sobre la interpretación literal, para dejar plenamente identificados a los protagonistas que originaron la norma y permitir que luego, en su caso -asumiendo fundamentadamente su conducta- los encargados del funcionamiento produzcan las carencias dikelógicas que correspondan (6).

Aunque las carencias que producen los encargados del funcionamiento de las normas deben referirse a requerimientos de justicia (por eso deben declarar que hay carencia "dikelógica"), en realidad con frecuencia el rechazo de las normas está motivado por otros valores y, lo que es más importante y grave, suele no tener fundamento en las exigencias de justicia (por ej., estar motivado y corresponder a la realización de la utilidad, el amor, etc.).

En definitiva, el funcionamiento de las normas ha de estar siempre coronado por la satisfacción de las exigencias de justicia, que culminan en el principio supremo de que cada individuo reciba la esfera de libertad necesaria para que pueda convertirse en persona. A su vez, la justicia ha de coadyuvar a la realización del más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser de nuestro ser). El funcionamiento de las normas es una de las manifestaciones dinámicas de la vida

de más alta significación; a través de él funcionan también, en ciertos sentidos, la cultura y el universo todo (7).

\*\*\*\*\*

- (\*) Ideas básicas de la clase inaugural del Seminario de referencia, organizado por la cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R., que se dicta partir del 1º de setiembre de 1988.
- (\*\*) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.
- (2) V. por ej. CUETO RUA, Julio, "El "common law""", Bs. As., La Ley, 1957; DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", Paris, Dalloz, 1969, págs. 313 y ss.; LO SANO, Mario, "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, págs. 166 y ss.
- (3) Hablamos del funcionamiento de "las normas" porque cada norma funciona en relación con las demás. Cabe tener presente, sobre todo, el elemento sistemático de la interpretación y las posibilidades de elaboración por "auto integración". Ello no excluye que se trata del "funcionamiento" de cada una de las normas ni significa abandonar la perspectiva legítima del funcionamiento de las normas para hacer exclusivo el enfoque del funcionamiento del ordenamiento normativo.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, pág. 52.  
Hay que lograr que la "transmudación" de los reaprtidores no signifique cambio importante de los recipientarios, ni

"transmutación", ni "transfiguración".

- (5) En la formación de la decisión de los encargados del funcionamiento, como en la de todos los repartidores, cabe tener en cuenta perspectivas a las que se refiere la "teoría de la decisión" (v. por ej. la reciente publicación de HOFFE, Otfried, "Estudios sobre teoría del derecho y la justicia", trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Alfa, 1988, págs. 151 y ss.; también c., v.gr., DUMAZEDIER, Joffre, "De la Sociología de la Comunicación Colectiva a la Sociología del Desarrollo Cultural", trad. del Lic. Enrique Aguilar, 1a. ed., Quito, Ciespal, 1966, págs. 191 y ss.; SHACKLE, George L.S., "Decisión, orden y tiempo en las actividades humanas", trad. Vicente Cervera, Madrid, Tecnos, 1965. La teoría de la decisión puede ser integrada como aporte a la comprensión dinámica del Derecho al hilo del aprovechamiento de las oportunidades y de las posibilidades que se convierten en realidades (es posible v. CIURO CALDANI, "Derecho..." cit., págs. 51 y ss. y 60 y ss.).
- (6) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones triálistas sobre la interpretación", en "El Derecho", t.72, págs. 811 y ss.
- (7) El funcionamiento de las normas debe iluminarse, además, por los aportes que pueden efectuarse desde la Historia del Derecho, el Derecho Comparado y la Filosofía del Derecho, en mucho porque señalan modelos de pensamiento diferentes. Así, por ejemplo, el empleo de la analogía y el recurso a la equidad, especialmente significativos en la elaboración, pueden enriquecerse con la gran experiencia que al respecto posee el sistema jurídico anglosajón (enraizado, en mucho, en ideas como las del célebre nominalista Guillermo de Occam). Asimismo, son altamente fructíferas ciertas propuestas que provienen del pensamiento jusfilosófico, como las de François Gény (v.

por ej.: GÉNY, F., " Science et technique en droit privé positif", Paris, Sirey). En cuanto al funcionamiento de la cultura, cabe aprovechar, por ejemplo, las enseñanzas de la egología y el tridimensionalismo de Reale.

Acerca del tema del seminario, v. también, por ej., CUETO RUA, Julio, "Judicial Method of Interpretation of the Law", Louisiana State University, 1981 y el tomo XVII de los "Archives de philosophie du droit" ("L'interprétation dans le droit").

NOTAS SOBRE LA TEORIA TRIALISTA DEL MUNDO JURIDICO Y EL  
PENSAMIENTO DE GODOFREDO LEIBNIZ (\*)

Alfredo Mario SOTO (\*\*)

1. Se pueden establecer relaciones entre la teoría trialista del mundo jurídico y la obra de Leibniz comenzando por destacar que así como este último busca un orden universal en el que encuentren sitio y se armonicen espontáneamente los diferentes puntos de vista(1), según Goldschmidt la concepción tridimensional del derecho lo revela como un mundo perfectamente organizado en el que se halla el orden de repartos en su centro, descripto e integrado por el ordenamiento normativo y por encima advertimos la justicia que valora conjuntamente tanto el uno como el otro (2). Además se encuentran presentes en la teoría trialista la armonía como valor que realiza en sí el ordenamiento normativo (3) y la espontaneidad (ejemplaridad) como preferible óntica y dikelógicamente a la planificación (4).

2. Los espíritus que animan estos pensamientos son ampliamente acogedores; se proponen no excluir nada, sino conciliar todas las teorías hasta el punto que sea posible (5), por ello Goldschmidt "con la amplitud de mira de un filósofo cabal, estuvo siempre abierto para reconocer las maravillas del universo, a las que su mente privilegiada sabía comprender e inte-

grar en un sistema supeditado a constante perfección"(6). También en Leibniz existe una preocupación por el orden cósmico y la libertad (7). En síntesis, la búsqueda de la complejidad pura del universo (8).

3. A propósito de la libertad, ella es punto de referencia predominante porque en Leibniz es el orden y la razón del mundo (9), mientras que para el fundador de la teoría trialista del mundo jurídico el principio supremo de justicia en el orden de repartos (régimen) consiste en organizar la agrupación de manera que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convertirse de individuo en persona, en otras palabras, de "persona lizarse"(10). Entre otros requisitos del régimen de justicia está la tolerancia, que difiere de la indiferencia (11) porque esta última implica la negación acerca de la posibilidad de alcanzar la verdad o el desinterés por alcanzarla, mientras que la verdadera tolerancia es compatible con la convicción de poseer una verdad a la que se puede acceder tanto a través de convicciones de fe como las convicciones basadas en la razón (12). De esta manera se logra el auténtico pluralismo.

4. La idea de sistema está presente en ambos pensamientos (13), quizás en Goldschmidt como herencia "de la alta capacidad racional de la vieja Alemania" (14) de la que Leibniz era digno representante.

La preocupación por el valor es constante, en especial el reconocimiento de la objetividad del mismo en el sentido orientador de la mejor elección entre todas las posibles (15). Con referencia a los valores jurídicos, y en especial al único valor absoluto del Derecho, lo justo sería la mejor elección en-

tre todas las realizaciones de justicia posibles, teniendo en cuenta el caso concreto, "circunstanciadas en las cambian tes realidades vitales"(16). No cabe duda que es difícil saber qué es lo justo, pero tampoco dudamos que entre varias soluciones una es la mejor en justicia. Se supera así el relativismo subjetivista y la concepción de la universalidad y eternidad de los valores, gracias a la teoría de los fraccionamientos y desfraccionamientos de la justicia, tan bri llantemente desarrollada por Goldschmidt y la teoría por él fundada (17).

5. Leibniz restableció también la idea de finalidad objetiva (18), tan afín a la realidad social del Derecho, a través de la cual se detectan los "verdaderos cambios de la rea lidad jurístico -sociológica, en que se altera el sentido pro pio de los acontecimientos, de las modificaciones de superficie, en que todo cambia para que todo siga igual"(19). Tam bién "la política sociológica se desenvuelve sobre la base de la finalidad objetiva" apoyada en la causalidad(20).

Finalmente, con palabras de Ciuro Caldani referidas a Goldschmidt y que pueden extenderse también a Leibniz, con su mo respeto, diremos que la "verdad es siempre más grande que los hombres que la sustentan, por magníficos que estos sean", y por ello sus pensamientos han "arrojado luz sobre áreas dis tantes de las que "ellos cultivaron" directamente, permitien do continuar sus caminos sin repetirlos" (21).

\*\*\*\*\*

(\*) Ideas básicas en elaboración.

(\*\*) Ayudante de investigación.

- (1) Puede verse ABBAGNANO, Nicolás, "Historia de la Filosofía", trad. Juan Estelrich y J. Péres Ballestar, t. II, Barcelona, Hora, 1982, pág. 254. También acerca de la armonía en Leibniz puede verse: BROWN, Gregory, "God's Phenomena and the Pre-Established Harmony", en *Studia Leibnitiana*, Band XIX/2, 1987, págs. 200 y ss.; "Compossibility, harmony, and perfection in Leibniz", en *The Philosophical Review*, vol. XCVI, N° 2, april 1987, ps. 173 y ss.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 4a. ed., Bs. As., Depalma, 1973, pág. 18.
- (3) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, pág. 92.
- (4) Id., págs. 94 y ss. esp. 136.
- (5) Con respecto a Leibniz v. FRAILE, Guillermo, O.P., "Historia de la Filosofía", t. III, 2a. ed., Madrid, La Editorial Católica, 1978, págs. 649 y ss.
- (6) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Werner Goldschmidt", en *El Derecho*, entrega diaria, N° 6804, 21 de agosto de 1987, pág. 1.
- (7) V. SÈVE, René, "Leibniz et le droit naturel moderne", (se parata).
- (8) CIURQ CALDANI, Miguel Angel, "Líneas programáticas de Filosofía del Derecho", en *Investigación y docencia*, N° 4, Rosario, FIJ, 1988, pág. 2.
- (9) V. ABBAGNANO, Nicolás, op. cit., pág. 256.
- (10) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 439 y ss.
- (11) V. con referencia a Leibniz en ABBAGNANO, op. cit., pág. 260.
- (12) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 445.
- (13) Así en Leibniz, v. ABBAGNANO, op. cit., pág. 225.

- (14) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Werner...", cit., pág. 1.
- (15) Para el pensamiento de Leibniz en este aspecto ver ABBAGNANO, cit. págs. 255 y ss.
- (16) En relación a Goldschmidt en este aspecto v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Werner...", cit., pág. 1.
- (17) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 401 y ss.
- (18) V. SÈVE, op. cit., pág. 137.
- (19) Con referencia al trialismo en este aspecto v. CIURO CALDANI, "Derecho y...", op. cit., págs. 61 y ss.
- (20) Id. pág. 80.
- (21) P.v. CIURO CALDANI, "Werner...", cit., pág. 1.

## R E S E Ñ A :

"CRITICAL THEORY, SOCIAL SCIENCE, AND VALUES" por KAI NIELSEN

(Artículo aparecido en "Liberal and Fine Arts Review"-separata).

El autor de este artículo compara las concepciones más tradicionales de las ciencias sociales con la Teoría Crítica, en referencia al lugar que le corresponde a la crítica valorativa dentro de las ciencias sociales. Lo hace, teniendo en cuenta el desarrollo que la Teoría Crítica alcanza en la obra del filósofo alemán Jürgen Habermas.

Kai Nielsen comienza señalando una posición diferente de la de Habermas. Es la sostenida por Max Weber y quienes siguen su tradición: afirma que si queremos darle objetividad a las ciencias sociales, para que su actividad sea verdaderamente científica, todo lo que afirmemos o neguemos debe tener un límite que no puede derivar de nuestro esquema de valores personales. La tarea de las ciencias sociales consiste en descubrir la estructura de la sociedad y exponerla sistemáticamente, mediante proposiciones empíricas, según el modelo de las ciencias naturales. El científico social es un "técnico" de la vida social, y la describe y explica con total objetividad.

Desde la otra posición, en cambio, Habermas sostiene que la ciencia social tiene una finalidad "emancipadora". Su pro-

pósito es darnos el conocimiento que nos permita escapar del control de poderes (tanto del institucional como del subliminal), que impide nuestra autonomía y nos causa sufrimiento y alienación. Al desmitificar la imagen ideológica que tenemos del mundo, podremos comprender quiénes somos, y a través de este autoconocimiento, alcanzar una autonomía verdadera que nos permita acceder a una sociedad realmente humanizada.

Este enfoque no es aceptado en la concepción tradicional de las ciencias sociales, ya que ésta no admite planteos sobre valores o fines, por considerarlos como meras generalizaciones de preferencias personales. Según este criterio, no puede sostenerse que los valores sean verdaderos o falsos, ya que no son empíricamente verificables, y por lo tanto, que dan excluidos de las ciencias sociales.

Contrariamente, Habermas afirma que hay tres tipos de conocimiento, todos igualmente legítimos, que nacen de los tres tipos de intereses fundamentales del hombre: 1) controlar la naturaleza, 2) comunicarnos y 3) emanciparnos y poder ser libres de toda mistificación ideológica y de las injusticias sociales. A cada uno de estos tipos de intereses, les corresponde: el conocimiento científico de la naturaleza, el conocimiento científico de la sociedad y el conocimiento de la reflexión crítica. Dentro de este último, se incluye lo relativo a los valores, lo moral y los fines del hombre.

Al aceptar como legítimos los tres tipos de conocimiento, podemos admitir lo valorativo dentro de las ciencias sociales. Desde esta concepción, la ciencia social no sólo es descriptiva y explicativa según el modelo de las ciencias naturales, sino que también es "crítica y social". Pero Habermas pretende una adecuada integración entre lo descriptivo y lo valorativo: no niega la importancia de la descripción precisa y del elemento causal-explicativo en las ciencias socia-

les. Comprende que sin estos elementos, la ciencia social no sería posible y el hombre no podría alcanzar su emancipación.

Para concluir, el autor considera que este intento de articular una ciencia social emancipadora es uno de los esfuerzos intelectuales más importantes de nuestro tiempo.

Pablo PEÑA

Se terminó de imprimir el 14 de sep-  
tiembre de 1988 en la Fundación para  
las Investigaciones Jurídicas-San Lo-  
renzo N° 1155,8° "A"- 2000 - Rosario