

## BASES CULTURALES DE LA DEMOCRACIA (\*)

(Con motivo de un artículo de John Rawls-1-)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

"What is needed is a regulative political conception of justice that can articulate and order in a principled way the political ideals and values of a democratic regime, ...In addition, this political conception needs to be such that there is some hope of its gaining the support of an overlapping consensus, that is, a consensus in which it is affirmed by the opposing religious, philosophical and moral doctrines likely to thrive over generations in a more or less just constitutional democracy, where the criterion of justice is that political conception itself."(2)

1. Los seres humanos vivimos en relación con valores. La vida se constituye al hilo de una situación de desequilibrio, en la que el "ser" va cambiando, pero la especificidad de la vida

humana consiste en la intensidad con que el cambio puede ex presarse en términos de valor, es decir de un "deber ser" ideal. Sobre estas bases pueden comprenderse también la organización social y la democracia. La organización social es vida relacionada y la democracia es una particular manera de relacionar la vida humana, basada en la participación; en última instancia la democracia se constituye mediante la par ticipación en la toma de decisiones.

La sociedad y la democracia pueden ser comprendidas mejor en relación con valores: para la más plena comprensión de la sociedad urge reconocer los valores al hilo de los cuales se sustenta la vinculación de sus componentes y para la mejor comprensión y realización de la democracia urge reconocer y promover los valores mediante los cuales se desarrolla la participación.

Con miras a esta comprensión axiológica de la sociedad y de la democracia, conviene diferenciar los valores "programáticos", más idóneos para toda la organización básica de la sociedad, y los valores "proyectivos", más referidos a aspectos delimitados (3). Los principales valores "programáticos" son la justicia, la utilidad y la santidad y, en cambio, son valores "proyectivos" la salud, la belleza, la verdad, etc. Así, por ejemplo, la Edad Media estuvo signada en mucho por el valor programático santidad y la Edad Contemporánea lo es tá, en gran medida, por el valor programático utilidad. Además de las agrupaciones jurídicas, económicas y religiosas, pueden señalarse -como ejemplos- las agrupaciones sanitarias, artísticas, científicas, etc., signadas respectivamente por los valores proyectivos salud, belleza y verdad.

2. Al hilo de los valores con que puede estimarse la opinión de los otros y su participación en la toma de decisio-

nes se establecen las bases últimas de la democracia. Hay, así, posibilidades de basar la democracia en la santidad, la utilidad, la justicia, etc. y, a su vez, cabe diferenciar si la estimación de la opinión y la participación se produce a nivel de reconocimiento de la valencia, la valoración o la orientación del valor, o sea si se admite la participación en el establecimiento de criterios generales, en la valoración o en el reconocimiento mismo de la valencia.

A medida que son más los valores y los despliegues de valor compartidos, la democracia es más sólida, pero tiende a ser menos dinámica. Los límites del o los valores básicos son, a su vez, límites de la democracia: una democracia apoyada en la santidad no admitirá la participación de los "personas" y una democracia fundada en la utilidad no aceptará la participación de los "inútiles". Las luchas religiosas y de clases son ejemplos de las limitaciones que puede llegar a tener una democracia de la santidad o la utilidad. Fue precisamente sobre la superación de las guerras religiosas en el cauce de la tolerancia y de las luchas de clases, al hilo de la sociedad distributiva, que se hizo posible la democracia actual (4). Creemos que, en cambio, la referencia a la justicia (y a su exigencia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en "persona") es la que brinda más amplitud de proyección a la democracia. Para que la participación no tenga exclusiones, conviene remitirse a la persona (5).

Uno de los problemas fundamentales de la amplitud de la participación democrática es el de que ésta no se interrumpa al agotarse la referencia valorativa en el tiempo y la justicia, por su vastedad de despliegue, no sólo al pasado y al presente, sino también al porvenir, tiene sentido más permanente que la santidad (que suele caracterizar a épocas determinadas) y también que la relación "medio y fin" de la utilidad

dad (6).

3. Puede decirse, además, que los valores jurídicos más favorables para servir de base a la democracia son los valores relativos cooperación y solidaridad y el valor absoluto justicia, a los que cabe agregar la referencia última a la humanidad (el deber ser de nuestro ser). Esta "tetralogía" de valores debe desenvolverse en relaciones de "coadyuvancia", evitando sobre todo la "subversión" de los valores inferiores y la "inversión" de los superiores. La exageración de la cooperación sustituye a la democracia por el consensualismo y el desborde en la solidaridad la reemplaza por el "populismo"(7); el despliegue aislado de la cooperación tiende a ser "snob" y el desarrollo referido sólo a la solidaridad se orienta al conservadurismo. Una democracia con excesiva referencia a la solidaridad y la humanidad tiende a ser inerte y una democracia que mira demasiado a la cooperación y la justicia puede ser demasiado inestable. Los valores cooperación y solidaridad sin referencia a la justicia y la humanidad son ciegos; la justicia sin referencia a la humanidad tiende a ser aristocratizante y la humanidad sin cooperación, solidaridad y justicia se encamina a la igualdad formal y la masificación.

Como lo muestra Rawls, el supremo valor específico al que ha de referirse la democracia es la justicia (8).

\*\*\*\*\*

(\*) Notas del curso "Filosofía, democracia y desarrollo" del Ciclo de Orientación Definida de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR.

- (1) RAWLS, John, "The idea of an overlapping consensus", en "Oxford Journal of Legal Studies", Vol. 7, Number 1, pág. 1 y ss.
- (2) íd., pág. 1.
- (3) Empleamos aquí las expresiones "programáticos" y "proyectos" en sentidos diferentes a los que se utilizan generalmente en base a las significaciones del Diccionario de la Lengua Española (v. también, en otros sentidos: VI LANOVA, José M., "Proyecto existencial y programa de existencia", Bs.As., Astrea, 1974, págs. 125 y ss.).
- (4) V. RAWLS, op. cit., págs. 9 y ss.
- (5) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 417/18.
- (6) V. RAWLS, op. cit.
- (7) Urge no confundir el "populismo" con la "justicia social".
- (8) En base a las ideas de Rawls que relacionan la democracia con la razonabilidad social (v. RAWLS, op. cit., por ej., pág.8), cabe decir que en la democracia debe existir ejemplaridad sobre la "tetralogía" de valores señalada en el texto (con su correspondiente valor solidaridad). Debe haber "solidaridad en la solidaridad".  
Para ampliar ideas del artículo, pueden v. las publicaciones clásicas de Rawls (por ej. v. RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980 y "Justicia como equidad", trad. Miguel Angel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986).  
Sin embargo, es esclarecedor recordar que la concepción de la justicia de Rawls es mucho más "consensual" y afín a la cooperación que la sostenida por el trialismo. Podría decirse que en el pensamiento de Rawls la perspectiva "democrática" domina a la justicia.

En base a las ideas expuestas en el texto es posible formular una "tipología" democrática, siguiendo los valores "programáticos" fundamentales ( justicia, santidad y utilidad). Los países anglosajones han dado origen a una democracia donde las situaciones de riesgo para el régimen se refieren más a la utilidad (por marginación de los "inútiles") y, países como el nuestro, suelen encontrar tropiezos en los cauces democráticos por la hipertrofia en la "santificación" de las ideas (por marginación de quienes no comparten el propio pensar).

Al hilo de los valores puede contribuirse también a la explicación de los significados del Estado y sus símbolos (bandera, escudo, etc.). El Estado actual y sus símbolos han de comprenderse, en definitiva, como una manifestación particular del valor humanidad (las clases y sus símbolos se refieren, en definitiva, al valor utilidad; las religiones y sus símbolos apuntan, en última instancia, al valor santidad, etc.). En el Estado y en la democracia ha de interesar, en definitiva, el prójimo como semejante (no como miembro de una misma clase o como fiel de una misma religión). El Estado (nacional o universal) debe desarrollarse, además, en relación de coadyuvancia con los otros valores. No es por azar que el Estado moderno se formó en la misma Edad en que el hombre comenzó a intervenir como sujeto de la historia, junto al "Estado" viejo y la Iglesia.

## DESPLIEGUES DEL NIHILISMO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

Las concepciones acerca del nihilismo son diversas, destacan doce entre ellas las que niegan la posibilidad del conocimiento de un modo radical y las que sostienen la desvalorización de los valores superiores (1). Nuestra época está signada ( al hilo de algunas corrientes influyentes) por un nihilismo sobre todo axiológico y moral, que se atribuyen recíprocamente distintas posiciones encontradas, disputando entre sí acerca de las posibilidades de existencia de los valores y de cuáles son los valores superiores, contra los que a veces el nihilismo se dirige. Aunque en ese marco pueden reconocerse numerosas figuras influyentes, entre las que es dado citar a Bakunin (2) y Dimitri Ivanovitch Pisarév (3), el personaje actualmente más célebre, sobre todo a través de las polémicas que se suscitan en relación con sus seguidores del "movimiento crítico" (4), es Federico Nietzsche (5). No cabe duda que, además, el nihilismo de nuestros días está motivado, en mucho, por los avances de las ciencias (economía, sociología, psicología, biología, etc.), que ponen en crisis las bases de la cultura tradicional.

Aunque no compartimos ninguna de las posiciones nihilistas, creemos que ellas suelen brindar un importante servicio a la marcha de la cultura, porque ayudan a descubrir valores falsos, que entorpecen al fin la creación del universo. A nues-

tro parecer, el estudio del nihilismo es uno de los grandes temas de la Filosofía de la Cultura y, en especial, de la Filosofía del Derecho, y creemos que -entre otros aportes posibles- la teoría trialista del mundo jurídico brinda el marco para distinguir, por lo menos, cinco perspectivas del nihilismo axiológico. Se diferencian, así, la perspectiva que niega la existencia de valores, la que cuestiona la "valencia" de un valor (su deber ser ideal puro) y la que ataca una valoración (su deber ser ideal aplicado); la perspectiva que entra en conflicto en el nivel de los criterios generales orientadores del valor y la que cuestiona la jerarquía del valor en relación con los demás (6). Por esta senda ha de detectarse la precisa ubicación de cualquier posición nihilista en cuanto al complejo de valores del Derecho, poniendo especial atención a su valor culminante, que es la justicia. A diferencia de lo que ocurre con la santidad, donde el cuestionamiento se refiere con más frecuencia a la jerarquía y la misma valencia del valor, en nuestro medio social el nihilismo suele referirse a las valoraciones y a los criterios generales de justicia (7).

\*\*\*\*\*

(\*) Nota de una consulta del curso de Filosofía del Derecho.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) V. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", "Nihilismo", 5a.ed., Bs. As., Sudamericana, 1985, T.II, pág. 289.

(2) V. por ej. BAKUNIN, "Dios y el Estado", trad. Diego Abad

de Santillán, Bs. As., Proyección, 1969.

- (3) Decía: "todo lo que pueda romperse, hay que romperlo; lo que aguante el golpe, será bueno; lo que estalle, sé rá bueno sólo para la basura. En todo caso, hay que dar golpes a derecha y a izquierda: de ello no puede resultar nada malo" (v. FERRATER MORA, op. cit., T.II, pág. 289).
- (4) Dentro del amplio concepto de "movimiento crítico" incluimos no sólo a la Escuela de Francfort sino a otras vertientes, como la de influencia estructuralista, cuya figura más célebre es M. Foucault. Es aquí donde las ideas de Nietzsche han logrado mayor eco y difusión.
- (5) V. WHITE, Alan, "Nietzschean nihilism: a Typology" (separata); EISENBERG, Paul D., "Ex nihilismo nihil fit: Comments on "Nietzschean nihilism: a Typology" (separata); MARTIN, Glen T., "A critique of Nietzsche's Metaphysical Scepticism", en "International Studies in Philosophy", XIX/2, págs. 51 y ss.; FUCHS, Wolfgang W., "Philosophy-Nietzsche-Philosophy", en "Man and World" , 21, págs. 127 y ss.; WARREN, Mark, "Nietzsche's concept of Ideology", en "Theory and Society", 13, págs. 541 y ss. ; SHAW, Daniel C., "Nietzsche as Sophist: A polemic" (separata); LEWIS, Charles, "IV. Morality and Deity in Nietzsche's Concept of Biblical Religion", en O'FLAHERTY, SELLNER, HELMM, eds., "Studies in Nietzsche and the Judeo-Christian Tradition", U.F. North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1985, págs. 69 y ss.; "Kierkegaard, Nietzsche, and the Faith of our Fathers", en "Philosophy of Religion", 20, págs. 3 y ss.; CONWAY, Daniel W., "Nietzsche's Internal Critique of Foundationalism" (separata); USCATESCU, Jorge, "Nietzsche y la "muerte de Dios"" , en "Folia Humanística", T. XX, N° 239, págs. 743 y ss.;

SMITH, C.U.M., "Friedrich Nietzsche's biological epistemics", en "J. Social Biol. Struct.", 1986, 9, págs. 375 y ss.; "Clever Beasts Whor Invented Knowing": Nietzsche's Evolutionary Biology of Knowledge", en "Biology and Philosophy", 2 (1987), págs. 65 y ss.; STACK, George J., "Nietzsche as Structuralist", en "Philosophy Today", Spring 1983, págs. 31 y ss.; "Nietzsche's Critique of Things-in-themselves", en "Diálogos", 36 (1980), págs. 33 y ss.; "Nietzsche and Antropomorphism", en "Crítica", Vol.XII, Nº 34, págs. 41 y ss.; DROST, Mark P., "Nietzsche and Mimesis", en "Philosophy and Literature", v.10, págs. 309 y ss.; CROWELL, Steven Gault, "Nietzsche's View of Truth", en "International Studies in Philosophy", Vol. 19, Nº 2, págs. 3 y ss.; MEGILL, Allan, "Nietzsche as Aesthetist"(separata); DAVEY, Nicholas, "Nietzsche's Aesthetics and the Question of Hermeneutic Interpretation", en "British Journal of Aesthetics", Vol. 26, Nº 4, págs.328 y ss.; LOVE, Nancy S., "Class or Mass: Marx, Nietzsche, and Liberal Democracy", en "Studies in Soviet Thought", 33 (1987), págs. 43 y ss.; WARREN, Mark, "II. Nietzsche and Political Philosophy", en "Political Theory", Vol.13, Nº 2, págs. 183 y ss.; WILLWOCK, Jörg, "Die Reflexion der Rethorik in der Philosophie Friedrich Nietzsches", en "Philosophisches Jahrbuch", 89. Jahrgang, 1 Halbband, págs. 39 y ss.; STACK, George J., "Nietzsche's Influence on Pragmatic Humanism", en "Journal of the History of Philosophy", Vol. XX, Number 4, págs. 369 y ss.; CLEGG, Jerry S., "Nietzsche and the Ascent of Man in a Cyclical Cosmos", en fd., Vol. XIX, Number 1, págs. 81 y ss.; HERRERA, Robert A., "Freud on Nietzsche...a fantastic commentary?", en "Philosophy Today", Winter 1985, págs. 339 y ss.; TONGEREN, P. van, "Literatuuroverzicht", en "Tijdschrift voor Filosofie",

48e. Jaargang, Nummer 2, págs. 280 y ss.

Con frecuencia los dos despliegues del nihilismo se conectan.

- (6) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico y los despliegues de la justicia como valor, v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs. 387 y ss.
- (7) Acerca de la importancia del tema del nihilismo, v. por ej. GRATHOFF, Richard, "Über die Einfalt der Systeme in der Vielfalt der Lebenswelt. Eine Antwort auf Niklas Luhmann", en "Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie", Vol. LXXIII, Heft 2, pág. 252; IRWIN, Thomas Henry, "Nietzsche and Jurisprudence. With Particular Reference to the Analysis of Edgar Bodenheimer", en id., págs. 216 y ss.; COTTA, Sergio, "Il nichilismo ontologico ed etico della violenza", en "Rivista Internazionale di filosofia del diritto", T. LXIV, págs. 17 y ss.; en relación con este tema, c. también, v. gr., BALLARINI, Adriano, "Fisiologia della violenza: Nietzsche", en id., LIX, págs. 337 y ss. Respecto del elogio que merece el esfuerzo vi ficador de Nietzsche, c. CORRADINI, Domenico, "Nietzsche contro lo Stato", en id., T. LXIV, págs. 367 y ss.

LA PARTE GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA  
NUEVA LEY FEDERAL SUIZA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1987

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

Luego de varios años de estudios encaminados a ese fin, el 18 de diciembre de 1987 el Parlamento federal suizo dictó la ley federal de Derecho Internacional Privado (1). Entre las técnicas destacables de la nueva ley, cabe señalar la consideración de las cuestiones competenciales antes de las cuestiones de la ley aplicable y la indicación, continuación de éstas, de reglas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (2). La nueva fuente dictada por el Parlamento suizo se orienta en general, como lo muestran sus artículos 13 a 17, según el método tradicional de las reglas de conflicto, pero lo modifica en el artículo 15, conforme al cual excepcionalmente el Derecho designado por la ley no es aplicable si, en atención a las circunstancias, es manifiesto que la causa no tiene sino un ligamen muy débil con ese Derecho y que está en una relación mucho más estrecha con otro Derecho (salvo la elección de la ley). Se recurre, así, al llamado "principio de proximidad", aunque los alcances del artículo 15 son muy discutidos entre quienes afirman que permite evaluar el Derecho declarado aplicable y quienes sostienen que sólo se permite evaluar los puntos de conexión (3).

Los artículos 18 y 19 establecen la atención a las reglas

imperativas del Derecho suizo, aplicables sea cual fuere el Derecho invocado, y también a las reglas imperativas de un Derecho extranjero distinto del que indica la ley, si la situación presenta un ligamen estrecho con ese Derecho extranjero. Se acoge así la consideración de las leyes de aplicación inmediata y el respeto a intereses legítimos expresados en otros Derechos, distintos del Derecho aplicable (4). Se dejaron sin resolver los problemas de las calificaciones, la cuestión previa y el método de adaptación, que quedaron al criterio de los tribunales (5).

El artículo 13 establece que la aplicación de un Derecho extranjero en virtud de esa ley comprende todas las disposiciones que según ese Derecho son aplicables, aunque se les atribuya carácter público. En doctrina se aclara que, pese a las apariencias, no se contempla en la disposición la referencia del posible reenvío y que, en cambio, se respeta la eventual "autolimitación" del legislador (que, por ejemplo, no pretende aplicar la legislación propia sobre monopolios cuando el contrato ha sido sometido por las partes a su propia ley, sin que influya en el propio mercado)(6). El artículo 14 restringe la admisión del reenvío retorno y del reenvío a un tercer Derecho a los casos que la ley prevé, que no son numerosos. El reenvío al Derecho suizo es aceptado en el dominio del estado civil (7). El artículo 17 excluye la aplicación del Derecho extranjero si conduce a un resultado incompatible con el orden público suizo (8).

Cabe destacar, por ser Suiza un país federal, que se ha puesto fin a la disparidad de criterios de los cantones en cuanto al tratamiento procesal del Derecho extranjero, estableciendo en el artículo 16 de la ley que el contenido del Derecho extranjero será investigado de oficio y, a ese efecto, puede requerirse la colaboración de las partes. En ma-

teria patrimonial puede ponerse la prueba respectiva a su cargo. Si el contenido del Derecho extranjero no puede ser establecido, se aplicará el Derecho suizo (9). Hay, en lo profundo del artículo 16, cierto sentido de "orden público" respecto del contenido del Derecho extranjero, en cuanto a las áreas no patrimoniales (10). Es lamentable que en caso de no poderse establecer el contenido del Derecho extranjero se aplique el Derecho suizo en lugar del Derecho más próximo, como lo establecía el anteproyecto (11).

Se trata, en definitiva, de una interesante perspectiva de las que han de iluminar el camino de la deseada codificación del Derecho Internacional Privado argentino.

\*\*\*\*\*

(\*) Investigador del CONICET.

(1) V. su texto en "Revue critique de droit international privé", T. 77, N° 2-1988, págs. 409 y ss.; la ley entrará en vigor en fecha a decidir por el Consejo Federal, posiblemente el 1º de enero de 1989 (c. KNOEPFLER, François-SCHWEIZER, Philippe, "La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)" en "Revue..." cit., T. 77, pág. 207).

Acerca de la difusión de la técnica de redactar diversas convenciones internacionales, a la que se atribuye hacer al Derecho Internacional Privado más disperso y menos claro, y de la difícil relación entre esas convenciones y las fuentes internas, v. por ej. SONNENBERGER, Hans-Jürgen, "Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986", en "Revue..." cit.,

T.76, Nº 1-1987, págs. 11/12 y 28 y ss.. En la tensa relación entre casos internacionales y fuentes nacionales o internacionales se presenta el conflicto entre el logro del orden desde la perspectiva interna o internacional.

Se trata, desde cierto punto de vista, de la cuestión de la codificación, la descodificación y la "re-codificación" (v. IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, 1979; KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., pág. 235).

- (3) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., págs. 227/228; en relación con la fidelidad al sistema de Savigny y la limitada admisión de la cláusula de excepción en la ley alemana del 25/7/1986, v. SONNENBERGER, op. cit., págs. 31 y 10/11 (la ley alemana fue publicada en la "Revue..." cit., T. 76, Nº 1-1987, págs. 170 y ss.).
  - (4) V. el limitado empleo de las "Eingriffsnormen" en la ley alemana del 25/7/1986 (c. SONNENBERGER, op. cit., págs. 8 y ss.).
- Con frecuencia la ley se preocupa especialmente por los casos en que sea aplicable el Derecho suizo ( o sea, tiene carácter "unilateral") y por la obtención de soluciones justas mediante el juego alternativo de derechos.
- (5) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., pág. 223; respecto de la actitud de la ley alemana del 25/7/1986, SONNENBERGER, op. cit., págs. 17, 22 y 31.
  - (6) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., págs. 224/225.
  - (7) C. fd., pág. 225; v. las excepciones al reenvío en la ley alemana del 25/7/1986 en SONNENBERGER, op. cit., pág. 18.
  - (8) Respecto de la ley alemana del 25/7/1986, v. su artículo 6.
  - (9) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., págs. 233/234.
  - (10) fd., pág. 233.
  - (11) El punto 3) del artículo 15 del Proyecto de ley federal

sobre Derecho Internacional Privado decía: "Lorsque le contenu du droit étranger ne peut être établi, le juge prend en considération le droit le plus proche et, à défaut, applique le droit suisse." (v. el Proyecto en "Revue..." cit., T. 68, Nº 1-1979, pág. 190). Knoepfler y Schweizer aprueban, a nuestro parecer infundadamente, el texto de la ley (KNOEPFLER-SCHWEIZER, op.cit., pág. 234), dando -al hilo de su crítica del anteproyecto- el ejemplo de que un juez tailandés debería aplicar, en caso de desconocer el Derecho francés, el Derecho alemán. Dejando de lado que el ejemplo no es feliz, porque se trata de derechos fácilmente investigables, es preferible aplicar el Derecho más afín investigable, sin confundir, obviamente, espacio geográfico con espacio "cultural" ("espacialidad"). Fuera de los fenómenos "paracoloniales" y "criptocoloniales" es obvio que un Derecho asiático es en general más diferente del Derecho francés que el Derecho alemán (v. la indestructible defensa de la teoría del uso jurídico efectuada por Werner Goldschmidt en: GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 137 y ss., esp. págs. 143/144; "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., T.I, Bs. As., EJEA, 1952, págs. 374 y ss.; "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935, págs. 9 y ss.). En relación con el proyecto de ley suizo, v. KNOEPFLER, François, "Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique", en "Revue..." cit., T.68, págs. 31 y ss. (respecto del Derecho aplicable cuando no se ha podido investigar el indicado, Knoepfler dice allí: "Si le droit étranger applicable est celui d'un Etat africain, rattaché au système de la common law, et

que ce droit n'est pas déterminable, le juge suisse pourra tenir compte d'un droit voisin ou des grandes lignes de la common law. La solution est généreuse. La jurisprudence dira si elle est pratique.", pág. 39).

El recurso al Derecho propio en lugar de un Derecho afín con el declarado aplicable abusa de los criterios generales orientadores y de la referencia a la igualdad de todos los hombres, marginando indebidamente la valoración completa y la atención a la unicidad. Se trata de un ilegítimo "fraccionamiento" de la justicia (puede c. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 401 y ss.). Para superar las dificultades que se presenten al respecto se cuenta con el auxilio del Derecho comparado.

Entre las disposiciones de la Parte Especial de la nueva ley suiza se destacan la sujeción de los conflictos de leyes en materias de derechos de personas, de familia y de sucesión a la ley del domicilio (v. KNOEPFLER-SCHWEIZER, "La nouvelle..." cit., pág. 209; OVERBECK, Alfred von, "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé", en "Revue..." cit., T. 77, pág. 244), conservando como solución subsidiaria la ley de la nacionalidad (KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., pág. 210) y la consagración de un capítulo nuevo a la propiedad intelectual ( KNOEPFLER-SCHWEIZER, pág. 209). También puede v. STOJANOVIC, Srdjan, "Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé", en "Revue..." cit., T. 77, págs. 261 y ss.). V. respecto de la ley alemana del 25/7/1986 y la posición "nacionalista" SONNENBER

GER, op. cit., págs. 13 y ss.; STURM, Fritz, "Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand", en "Revue..." cit., T. 76, págs. 34 y ss. Se advierte, en ambas leyes, cierta consideración a la "residencia habitual".

## LA PERSONA EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

1. A través de la división de las ramas jurídicas como si fueran compartimientos estancos, el saber jurídico e incluso el propio Derecho Positivo suelen presentar la realidad de manera mutilada, también en ciertas perspectivas de sobresaliente importancia, como la del perfil integral de la "persona" en las diferentes áreas del Derecho. Si bien la noción de persona se centra en la Parte General del Derecho civil, su reconocimiento cabal exige tener en cuenta las diferentes manifestaciones donde se concreta la concepción de la persona, en las diversas situaciones que le brinda el Derecho (sea éste Constitucional, Administrativo, Penal, Procesal, Comercial, etc.).

Con miras a reconocer esas diversas perspectivas de la persona en el marco de la "Teoría General del Derecho" (entendida como sistema jurídico -1-), es útil considerar cuál es el perfil de persona que surge de las reglas del "mínimo" de comportamiento a cumplimentar, establecidas en el Derecho Penal. En esta rama jurídica, signada en última instancia por los requerimientos de "repersonalización" del delincuente (2), se muestran con gran claridad las exigencias mínimas que se tienen respecto de la persona.

Aunque cada persona se desenvuelve a través de un complejo valorativo que le es propio (3), importa reconocer cuál

es el perfil con que concibe a la persona el conjunto del Derecho Positivo y, con especial significación, cuál es el perfil de cierto modo "mínimo" que establece el Derecho Penal. Es en esta materia "de mínimo" donde se produce con más nitidez la intervención repersonalizadora del gobierno (4).

2. La aplicación de la ley penal más benigna, en que se basa nuestro Derecho "transitorio" penal, muestra una confianza básica en la bondad de la persona, a la que en general, con espíritu liberal, se procura proteger contra el régimen. Toda la atención a la "pantomomía" de la justicia evidencia en plenitud la comprensión de la persona. La libertad condicional y la prescripción son muestras del despliegue de la persona en el porvenir y la condena condicional y la consideración de la reincidencia son expresiones del desfraccionamiento del pasado. Los diversos tipos de acción penal muestran el desfraccionamiento de las consecuencias; la diferenciación de la tentativa y la consumación y la condena a reparar los perjuicios significan atención a las influencias del complejo real y, por su parte, la consideración de la participación evidencia la inserción de la persona en el complejo personal. La noción de concurso real expresa a la persona en la relación del reparto con otros repartos. Se trata, desde distintas perspectivas, de la inserción de la persona en todas las líneas de influencia de justicia-que, en definitiva, son caminos para la plena personalización- con predominante apertura a la perspectiva "futuriza" de la repersonalización. La múltiple proyección de la persona se muestra también en los despliegues a tener en cuenta como atenuantes o agravantes para las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad y reaparece en la Parte Especial, por ejemplo, en los delitos agravados y en los eximentes constituidos al hilo del comple

jo personal familiar.

La distinción entre el dolo y la culpa corresponde a los diferentes niveles de la concepción de la persona en sus proyecciones más subjetivas o sus referencias de inserción natural y social. Se tiene dolo por el consentimiento del delito (de cierto modo por la propia intención) y se incurre en culpa en atención a la inserción natural y social. Las penas privativas de la libertad, de multa o inhabilitación evidencian la superficialidad de la intervención en la persona, propia de un régimen liberal, pero todo el régimen expresa la consideración de la persona como fin en sí, a la espera de su corrección.

3. El Derecho Penal argentino legislado en el Código se ocupa primeramente de la persona en su constitución básica (de carácter corporal y mental), su honor y su honestidad. Luego comienza a adentrarse en lo social, a través de la referencia al estado civil, la libertad, la propiedad, la seguridad pública y el orden público; más adelante se ocupa más directamente del Estado, al hilo de la seguridad de la Nación, los poderes públicos y la administración pública y, por último, se refiere a la cultura social "formal", a través de la fe pública. Este es el núcleo "codificado" de la noción de persona, donde se muestra la idea básica de hombre que posee nuestro Derecho a los efectos penales, como hemos de destacar, hay en él dos grandes perspectivas últimas: la del individuo y la del gobierno, frente al cual en definitiva el individuo resulta protegido.

Sin embargo, hay numerosas leyes especiales que evidencian el proceso contemporáneo de "descodificación" (y, de cierto modo, de descomposición del sistema)(5) también presente en nuestro Derecho Penal, con las cuales se complementa la no-

ción de persona consagrada a los fines penales. Cabe destacar las que se refieren a la vida económica (warrants y certificados de depósito -ley 9643-, propiedad científica, literaria y artística -ley 11723-, prenda con registro- d. ley 15348/46, ley 12962-, registro de propiedad del automotor -d. ley 6582/58, restabl. por la ley 23077-, régimen penal cambiario -leyes 19359 y 22338-, abastecimiento -ley 20650-, defensa de la competencia -ley 22262-, marcas y designaciones -ley 22362-, etc.) a la solidaridad social (patronato de menores -ley 10903-, incumplimiento de deberes de asistencia familiar -ley 13944-, cajas nacionales de previsión -ley 17250-, obras sociales -ley 22269-, régimen penal de la minoridad -ley nº 22278, etc.), a peligros de diversa profundidad para la convivencia social (estupefacientes -ley 20771-, trasplante de órganos -ley 21541-, sangre -ley 22990-, violencia en espectáculos deportivos -ley 23184-, etc.), a la organización de la Nación (seguridad de la Nación -ley 13.985, restabl. por ley 23077-, sanciones contra el Estado argentino -ley 14034-, régimen electoral -ley 19445-, defensa -ley 20318-, seguridad nacional -ley 20840-, orden constitucional y vida democrática -ley 23077-, etc.) y el amparo de la naturaleza (protección a los animales -ley 14346-, conservación de la fauna -ley nº 22421-, etc.)(6).

El perfil de persona que brindan los "mínimos" de comportamiento de nuestro régimen penal significa, en primer lugar, la realización del valor justicia protegiendo de manera directa el valor "humanidad", es decir, el valor del deber ser de nuestro ser (delitos que atienden a la constitución básica de persona, su honor, su honestidad y su libertad). Luego se destacan las 'referencias' materiales" al valor utilidad ( la propiedad y la vida económica en general) y al valor orden (distintas manifestaciones que se refieren al estado civil,

la seguridad pública, el orden público, la seguridad de la Nación, los poderes públicos, la administración pública). Por último, hay una línea de atención a estos mismos valores en su sentido relativamente "formal" (la fe pública).

Otros valores tienen también reconocimiento, pero más limitado. A veces importa la participación del valor verdad (por ejemplo, en la represión de las defraudaciones, de los ataques a la fe pública y en la protección de la propiedad intelectual); en otros casos se advierte cierta consideración del valor amor (destacándose en este sentido la exención de pena por encubrimiento establecida en el artículo 279 del C. Penal y las penalidades por adulterio y por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar).

Es notoria, en cambio, la mayor marginalidad de otros valores como la belleza (si bien está amparada, sobre todo en la ley 11723, nuestras leyes penales tienden a que la destrucción de una obra de arte sólo sea punible en la medida que pueda referirse a otros tipos, como -por ejemplo- la afectación de la propiedad). Algo análogo ocurre con la santidad (ante el escaso margen para el amparo especial de personas y cosas consagradas). Se trata de un régimen liberal y capitalista que, en última instancia, concibe a la persona en un marco de realización del valor utilidad.

El núcleo codificado de nuestra concepción penal de la persona la muestra en un "diálogo" de inspiración liberal entre la protección del individuo y cierto amparo del mismo régimen en su conjunto. Puede decirse que se trata de un espacio delimitado por el individuo y el Estado, que debe "llenarse" con el desarrollo de la utilidad. De aquí la limitada protección que se brinda, por ejemplo, a la inserción familiar y cultural de la persona, al despliegue de los valores verdad, amor, belleza y santidad.

Puede decirse que el Estado se limita de cierto modo, en su relación con la familia, sea porque no quiere interferir en ella y en su difícil realización del amor o porque le parece que no es materia merecedora de pena. Cabe recordar, por ejemplo, que el adulterio y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuera el cónyuge son delitos de acción privada. Es notorio que, entre las ramas del Derecho Civil, el Derecho de las Obligaciones y los Derechos Reales tienen más intensa protección que el Derecho de Familia y, en los hechos, esto se hace todavía más evidente por el limitado impulso que suele darse a las penalidades por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

También es limitada la relación con las actividades científicas, artísticas y religiosas y con los valores belleza, verdad y santidad, no sólo por el legítimo deseo de asegurar la libertad al respecto, sino en razón de cierta relegación del amparo de estos valores a la marginalidad. Desde el punto de vista del Derecho Penal, se advierten la carencia general de desarrollo del Derecho de la Ciencia y la Tecnología y del Derecho del Arte y el mero paralelismo de la mayor parte del Derecho Eclesiástico, padecidos en general por todo el sistema jurídico. La noción de persona queda distorsionada en consecuencia.

Pese al grave riesgo de "yuxtaposición" entre antecedentes y consecuencias jurídicas (7) que significan el empleo de pocas clases de penas y el uso abrumadoramente mayoritario de las penas privativas de la libertad, casi sin otra especificación que la cuantitativa (desconociéndose la "correspondencia" que en cuanto a personalización debe haber entre delito y pena) (8), estas respuestas, apoyadas frecuentemente en la apariencia de "igualdad" de privación de la libertad (como si la privación de la libertad tuviera iguales

efectos en personas diferentes) permiten reconocer una tabla de "valores" según la "cantidad" de pena establecida para los distintos delitos que los afectan.

Así cabe destacar los puntos culminantes de reclusión o prisión perpetuas con que se protege la vida, la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional, señalando al hilo de tales bienes los extremos de la individualidad y la inserción social, y la relativa lenidad de las penas máximas para los delitos contra el honor y el estado civil, como áreas intermedias menos significativas. El rigor con los delitos contra el honor y contra el estado civil es menor que el empleado con los delitos contra la propiedad. Es notorio que si se tratara de una sociedad de características más "feudales" los delitos contra el honor y el estado civil (de ser sancionados por el Estado) podrían merecer mayor atención.

Una línea axiológica significativa en la composición de la persona es la posibilidad de transformación de la multa en prisión, correspondiendo a una conversión del reproche en el marco de la utilidad al reproche en el marco básico de la humanidad.

4. La persona "de existencia visible", que además de ser ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones tiene signos característicos de humanidad (arts. 30 y 51 del Código Civil), puede ser perfilada según todo el sistema jurídico y el Derecho Penal es una perspectiva importante al respecto. Quizás pueda decirse, como síntesis de lo expuesto, que desde la dimensión normológica (9) se trata del reconocimiento de la persona como fin en sí, en un marco de protección contra el régimen y de apertura al futuro, que posee

inspiración liberal y de cierto modo capitalista (10).

\*\*\*\*\*

- (\*) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, FIJ, 1985, págs. 11 y ss.
- (2) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal", en "Anuario" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Rosario, N° 5, págs. 93 y ss.
- (3) Acerca de los valores que permiten comprender a la persona, puede v. el complejo axiológico evidenciado por los estudios trialistas (c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FIJ, 1982-84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986). Cabe recordar SCHELER, Max, "Etica-Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético", trad. Hilario Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1941-42.
- (4) V. acerca de la legislación penal argentina, por ej., la edición 1987 del Código Penal de Ed. Zavala, al cuidado del Dr. Fernando Marcelo Zamora.
- (5) Puede v. IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, 1979.
- (6) Algunas de las leyes especiales citadas han modificado el Código Penal.
- (7) Es posible v. nuestro trabajo "Acerca de la corresponden

cia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", T. 80, págs. 298 y ss.

- (8) V. no obstante d. ley 412/58 ratificado por ley 14467.
- (9) En la dimensión sociológica suelen presentarse realidades distintas (y menos valiosas).
- (10) Con miras al estudio de nuestro Derecho Penal, cabe recordar: JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Bs. As., Losada, eds. vs.; SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Bs. As., TEA, eds. vs.; puede c. asimismo, v. gr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal", Bs. As., Ediar, 1980 y ss.; "Manual de Derecho Penal", 5a. ed., Parte General, Bs. As., Ediar, 1987; BACI GALUPO, Enrique, "Derecho Penal. Parte General", Bs. As., Hammurabi, 1987.

Acerca del cuestionamiento de la idea de persona pueden citarse las ideas de M. Focault (v. por ej. RACEVSKIS, Karlis, "Michel Foucault, Rameau nephew, and the question of identity", en "Philosophy & Social criticism", 1987, N° 2-3, págs. 132 y ss.; también importa tener presente "The works of Michel Foucault 1954-1984" (established by James Bernauer and Thomas Keenan), en íd., págs. 230 y ss.). En la teoría trialista del mundo jurídico la noción de persona tiene una importancia fundamental. A ella se remite el principio supremo de justicia (v. nota 3).

## LAS POSIBILIDADES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

1. La norma es, según lo muestra la teoría trialista del mundo jurídico (1), una captación lógica neutral de un reparto proyectado (2). Con miras a la realización del reparto captado, la norma debe funcionar a través de fases principales de interpretación, determinación, elaboración y aplicación (3). Desde la captación normativa hasta su realización, el reparto proyectado recorre un camino signado por el pasaje desde la posibilidad a la realidad (4).

Aunque la posibilidad es una categoría "pantónoma" (pan-todo; nomos=ley que gobierna)sólo podemos manejarla en base a "recortes" ("fraccionamientos"). En la marcha del reparto a la que nos referimos, se presenta relativamente calificada ("recortada", "fraccionada") por el indicado juego funcional de la norma (5). Por otra parte, la posibilidad del funcionamiento de la norma está, como sucede con todo reparto, sujeta a límites necesarios que surgen de la naturaleza de las cosas. Toda norma tiene, por ser captación de un reparto "proyectado", las posibilidades básicas de ser realizada o de frustrarse (6), pero el complejo de estas posibilidades se diversifica según las distintas posibilidades del proceso de funcionamiento. Esto es lo que destacó Kelsen cuando sos-

tuvo -confundiendo, sin embargo, las fases del funcionamiento- que la norma es un marco abierto a varias posibilidades (7).

En la interpretación hay un amplio juego de diferentes posibilidades, que se desenvuelven entre la versión literal y la versión histórica y, dentro de ésta, entre las diversas interpretaciones auténticas "partiales" que sean posibles ("semiauténticas" en sentido amplio) y entre la atención a la intención y al fin del autor. Se llega, así, a la realidad de la interpretación que en definitiva se establece (correcta o incorrectamente). En la determinación hay un marco de posibilidades de la normatividad a determinar, que se resuelve en la realidad de la determinación concluida. En la elaboración las carencias históricas y dikelógicas, que pueden ser o no protagonizadas como tales, significan a su vez marcos abiertos a las posibilidades de autointegración y heterointegración. En la aplicación, la subsunción resuelve un marco de posibilidades que culmina en una realidad de encuadramiento y las posibilidades de realización de la consecuencia jurídica pueden culminar o no en la realidad respectiva.

El funcionamiento comienza en las posibilidades del reparto proyectado y culmina en la realidad que alcanza la aplicación. A veces las fases se refieren unas a otras en un sentido de realidad posible, como conjetura (v. gr., el determinador conjetura la posible determinación que produciría el autor, el elaborador conjetura la aplicación) (8).

2. Las posibilidades calificadas desde el punto de vista normativo (o valorativo) son "chances" (9). Cuando una norma cubre muchas posibilidades, sus contornos se hacen "borrosos" (10). Consideradas desde el enfoque de las potencias, las posibilidades son expectativas y, con miras a las impotencias, son riesgos. En la marcha del reparto proyectado al reparto

realizado se van produciendo expectativas realizadas y frustradas, riesgos superados y consumados. A medida que las posibilidades van resultando limitadas por el avance de la realidad, se alcanza la certeza (11). El dominio de las posibilidades se expresa en términos de "probabilidad" (12) y cuando se hace especial referencia al incremento de las posibilidades fácticas se llega a la presunción (13). En definitiva, una captación dinámica del Derecho exige la comprensión de las oportunidades y de su aprovechamiento (14), al hilo de las posibilidades y las realidades.

Las coincidencias y las discrepancias en las posibilidades de reparto cubiertas por la norma la hacen respectivamente reconocible por su funcionamiento más "confluente" o "difluente". Los factores que contribuyen al funcionamiento correcto pueden denominarse "conjugados" con la norma y los que lo desvían pueden ser llamados "deflectores" (por ej.: si por el juego de fuerzas sociales opuestas se interrumpe la efectivización de la consecuencia jurídica, esas fuerzas poseen carácter "deflector").

La confluencia y la difluencia dependen, en definitiva, de la fidelidad, la exactitud y la adecuación de la misma norma. La confluencia está en relación directa con el grado de individualización (concreción) de la norma y la difluencia se relaciona, de ese mismo modo, con la generalización. Para superar la difluencia que así se produce se hace el gran esfuerzo de abstracción de la norma general (15).

La difluencia de las posibilidades del funcionamiento de la norma aumentan cuando es mayor el número de órganos de aplicación, de modo que para lograr confluencia se suele establecer la fuerza vinculante de los plenarios y practicar la casación. También se incrementa la difluencia cuando es mayor el número de fuentes de conocimiento: para reducirla

Justiniano prohibió hacer comentarios e interpretaciones al Corpus Juris (Const. Tanta, 21). Además cabe reconocer que las posibilidades y la realidad de cada norma están en relación con el cauce de posibilidades que produce el ordenamiento normativo (donde, principalmente, las relaciones horizontales de producción realizan el valor "infalibilidad"). En la medida que puede tenerse fe en la confluencia de las posibilidades del funcionamiento de la norma, es más confiable la construcción de sistemas normativos, donde en caso de carencia debe resolver el encargado de dicho funcionamiento.

Entre las influencias de justicia a tener en cuenta al valorar una norma debe considerarse la confluencia o difluencia que ha de generar. La confluencia y la difluencia se vinculan en definitiva con la estructura cultural más o menos "pacífica" (16), sobre todo cuando la "paz" está referida a valores "decisivos". La difluencia tiende a aumentar en la medida que se pasa de "culturas" en sentido estricto a períodos de civilización y a tiempos de decadencia.

3. A la luz de las posibilidades y de la realidad final, se puede apreciar el acierto de la estrategia funcional (17). Las normas de funcionamiento más difluente promueven conflictos, pero también transacciones, pudiendo hablarse, en estos casos, de repartos "subsidiarios" del proyectado. El juego de las posibilidades y su distancia de la realidad explica la necesidad de la "lucha por el derecho" (18). El manejo valioso de las posibilidades significa prudencia (19).

4. En el horizonte procesal, la amplitud de las posibilidades relativamente cubiertas por la norma aclara el significado de la "razón" que se tiene para litigar. Cabe reconocer,

por ej., si la posición sostenida por el litigante estaba comprendida o no en la interpretación literal, en la interpretación histórica, en la intención, el fin del autor, etc. (20). La imposición de costas, fenómeno de reparto derivado del funcionamiento de la norma, suele relacionarse con la "razón" que se tuvo para litigar (21).

\*\*\*\*\*

(\*) Investigador del CONICET.

- (1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987.
- (2) *íd.*, pág. 195 y ss.
- (3) *íd.*, pág. 251 y ss.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales", Rosario, Instituto Jurídico Filosófico UNL, 1967; "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 60 y ss. y 80 y ss.

Cabe recordar, v. gr., ABBAGNANO, Nicola, "Filosofía de lo posible", trad. J. Hernández Campos y otros; México, Fondo de Cultura Económica, 1959; en cuanto a la producción reciente: BIGELOW, John C., "Real possibilities", en "Philosophical Studies", 53, págs. 37 y ss.; "Possible worlds foundations for probability", en "Journal of Philosophical Logic", págs. 299 y ss.; KAUFMANN, Arnold - GIL I ALUJA, Jaume, "Técnicas operativas de gestión para el tratamiento de la incertidumbre", Barcelona, Hispano Europea, 1987.

- (5) En la realidad social del Derecho la posibilidad se refiere principalmente a la finalidad objetiva de los acontecimientos, que también es pantónoma. El juez es de cierto modo un "historiador" (v. OPOCHER, Enrico, "Analisis dell'idea della giustizia", Milano, Giuffrè, 1977, pág. 82), de modo que en su tarea se presenta también la tensión de la historia en la búsqueda de la verdad y al hilo de la temporalidad. En cuanto al futuro, v. KLIMOVSKY, Gregorio, "Futuros contingentes, constructivismo y realismo", en BULYGIN, Eugenio y otros, "El lenguaje del derecho", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, págs. 223 y ss.
- (6) V. ABBAGNANO, op. cit., pág. 17; puede c. PEDRALS, Antonio y otros (rec.), "Desajustes entre norma y realidad", Valparaíso, Edeval, 1986.
- (7) V. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 166/167. Las polémicas en cuanto a la interpretación se hacen a veces célebres, como sucedió con los sabinianos y los proculeyanos (v. FALCHI, Gian Luigi, "Le controversie tra sabiniani e proculiani", Milano, Giuffrè, 1981, págs. 173 y ss. -los sabinianos interpretaban según la estructura de los institutos y los proculeyanos según el fin-). En cuanto al sentido de la ley, c.v.gr. REHFELDT, Bernhard (Dr.) - REHBINDER, Manfred (Dr.) (reelab.), "Einführung in die Rechtswissenschaft", Berlin-New York, de Gruyter, 1978, págs. 68 y ss.; acerca de los métodos de interpretación v. CUETO RUA, Julio C., "Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University, 1981.
- (8) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La probabilidad en el Derecho", en "Boletín del Centro de Investigacio-

- nes de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 6, págs. 69 y ss.; c. REALE, Miguel, "Verdade e Conjetura", Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983.
- Acerca del pensamiento jurídico, v. por ej., ENGISCH, Karl, "Einführung in das juristische Denken", 7a. ed., Stuttgart, Kohlhammmer, 1977; AS. VS., "Reason in Law", Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, Milano, Giuffrè, 1987-88.
- (9) V. BENABENT, Alain, "La chance et le droit", Paris, L. G.D.J., 1973.
- (10) La marcha de la posibilidad para convertirse en realidad puede denominarse con la expresión "proceso" y para hacerlo "expedito" se forma el "expediente" (sin embargo, cabe recordar la trágica denuncia de la novela respectiva de Kafka -"Der Prozess"-).
- (11) V. CORSALE, Massimo, "Certeza del diritto e crisi di legittimità", 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1979, págs. 1 y ss. (sobre crisis de la certeza y de los valores); también c. CARBONNIER, Jean, "Flexible droit", 4a. ed., París, L.G.D.J., 1979, págs. 125 y ss.; FRANK, Jerome, "Derecho e incertidumbre", trad. Carlos M. Bidegain, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1968.
- (12) V., por ej., los trabajos citados de John C. Bigelow (nota 4). Acerca de la importancia filosófica de la probabilidad, puede c., v. gr., FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, T.II, págs. 484/85 ("Probabilismo"; en cuanto a la "posibilidad" v. el desarrollo respectivo en las págs. 452 y ss.)
- (13) BENABENT, op. cit., págs. 127 y ss.; cabe recordar la obra de GENY, F., "Science et technique en droit privé positif", París, Sirey, T. III, págs. 258 y ss.
- (14) Puede v. CIURO CALDANI, "Derecho..." cit., págs. 79/80.

- (15) V. ROSS, Alf, "Lógica de las normas", trad. José P. Híero, Madrid, Tecnos, 1971, sobre el problema de las posibilidades, esp., págs. 102 y ss.
- (16) Respecto de la perspectiva de los valores, puede v. por ej. PERELMAN, Chain, "Logica giuridica nuova retorica", Milano, Giuffrè, 1979, págs. 15/16.
- (17) Es posible c. CIURO CALDANI, "Derecho...", cit., págs. 12/13.
- (18) Es legítimo recordar: IHERING, Rodolfo von, "La lucha por el derecho", trad. Luis M. de Cádiz, Bs. As., Atlántida, 1954.
- (19) Acerca de la prudencia, v. por ej. KALINOWSKI, Georges, "Concepto, fundamento y concreción del Derecho"(rec.), trad. Catalina Elsa Arias de Ronchietto y otros , Bs.As., Abeledo-Perrot, 1982.
- (20) Cabe recordar, en relación con el tema del trabajo, la obra clásica de Georg Henrick von WRIGHT "Norma y acción", trad. Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970.  
En el horizonte de las posibilidades del funcionamiento se halla el tema de la Sociología del conocimiento (v. por ej. HOROWITZ, Irving Louis (selec.), "Historia y elementos de la sociología del conocimiento", trad. Nelly Bugallo y otros, Bs. As., Eudeba, 1964 SCHELER, Max, "Sociología del saber", trad. José Gaos, Bs. As., Siglo Veinte, 1973; asimismo HABERMAS, Jürgen, "Conocimiento e interés", trad. Manuel Jiménez y otros, Madrid, Taurus, 1982). También puede traerse a colación la teoría de la decisión (v. por ej. 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. CABRAL, César A., "Motivación", Bs. As., Silbalba-Boedo, 1976).
- (21) En esos casos se atiende más a la posibilidad. Cuando las

costas se imponen en relación con el resultado, se atien de más a la realidad final. La falta de posibilidad, fren te a una norma de funcionamiento confluente contrario, significa temeridad.

## LOS ALCANCES DEL COMPROMISO HUMANO Y EL DERECHO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona (1). Uno de los problemas más importantes para el reconocimiento del significado de la persona (2) es el de comprender los alcances del "compromiso" que, respecto del mismo individuo y el universo (en sus diversos despliegues, más limitados o cósmicos), corresponde a la persona.

Para determinar los alcances de nuestro compromiso, hay que reconocer quiénes estamos comprometidos, ante quiénes lo estamos y con referencia a quiénes; por qué realidades tenemos compromiso y con qué medios debemos encararlo; cuáles son las formas (o sea los caminos elegidos) para descubrir o establecer el compromiso y cuáles son las fuentes últimas del mismo. En última instancia el compromiso surge de los valores que debemos realizar, de modo que tenemos, así, perspectivas de compromiso relacionadas con valores naturales y fabricados, sean los primeros absolutos o relativos y los segundos verdaderos o falsos. En definitiva, nuestro compromiso se produce al filo del más alto valor a nuestro alcance, el valor natural absoluto humanidad (el deber ser de nuestro ser).

El reconocimiento de los alcances de nuestro compromiso, es significativo para la adopción de todas las decisiones jurídicas. Así, por ejemplo, en inevitable relación fundamental con

nuestro compromiso han de apreciarse los alcances del contrato, el delito, etc. El compromiso es la base de la responsabilidad.

2. Sobre los alcances de nuestro compromiso han discutido mucho las doctrinas organicistas y pactistas, dándole proyecciones más amplias o limitadas, y acerca de ellos pue den aprovecharse muchas de las enseñanzas de San Agustín (3), de modo destacado en las polémicas que, bajo un lenguaje teo lógico-filosófico, mantuvo con los pelagianos y los maniqueos. El pelagianismo y de cierto modo también el maniqueísmo son afines al "recorte" del compromiso, principalmente en cuanto a los sujetos por los que estamos comprometidos y a las realidades por las que lo estamos: al hilo de la limitación de los alcances de la falta y del mérito y a través del libre albedrío el pelagianismo conduce a un sentido individualista del compromiso; en el curso del dualismo en cuanto al origen del mundo, el maniqueísmo tiende a aceptar el mal como ajeno al bien e inevitable (4). El pensamiento agustiniano se emparenta, en cambio, con un compromiso comunitario. Sobre todo se trata de saber si los méritos y "deméritos" son individuales o comunitarios; si la deuda o el delito son sólo individuales del deudor y el delincuente o de cierto modo es legítimo considerarlos también "nuestra" deuda y "nuestro" delito.

Hoy los datos de las ciencias, sobre todo en cuanto a la estructura social, parecen mostrar claramente que hay una importante determinación de la conducta del sujeto, pero el planteo agustiniano supera los datos fácticos y se proyecta al reconocimiento de un compromiso referido a valores, que trasciende esa determinación. En términos de la teoría trialista del mundo jurídico, cabe reconocer, por ejemplo, que la "pantonomia" (pa=todo; nomos=ley que gobierna) de ja justicia y sobre

todo su referencia al complejo personal, real y temporal, corresponde al compromiso comunitario y cósmico que surge de la posición de San Agustín, aunque, también, la dikelo gía trialista enseña y ya San Agustín tiene en cuenta que es necesario el "fraccionamiento" de la pantonomía y el com promiso. Asimismo cabe señalar, con relación a los requerimientos para que un régimen sea justo, que la exigencia de "res publica" (como pertenencia a la comunidad) también corresponde especialmente a la amplitud de compromiso propuesta en la posición agustiniana, aunque ese requerimiento no es incompatible, en última instancia, con las exigencias de igualdad y unicidad que además debe satisfacer un régimen de justicia.

Para que la grandiosidad del mensaje "adánico" y cristia no, según el cual el pecado y la Redención del conjunto se produjeron por acontecimientos aparentemente "particulares" (5) y para que la tensión de la Creación se manifestara en su real magnitud, era necesario que San Agustín preservara, como lo hizo, la proyección cósmica de nuestro compromiso. De aquí la totalidad integrada a la que pertenece cada fenómeno jurídico.

3. Si bien los diversos alcances atribuidos al compromiso sirven para diferenciar los tiempos, los espacios y las personalidades (6), creemos que los seres humanos, vanguardia de la Creación, estamos objetivamente inscriptos en un marco de compromiso que San Agustín contribuyó en mucho a iluminar.

\*\*\*\*\*

(\*) Meditación en relación con una clase de Filosofía del De

recho sobre San Agustín.

(\*\*) Investigador del CONICET.

- (1) Puede v., acerca de la teoría trialista del mundo jurídico y de su reconocimiento del principio supremo de justicia: GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As.; Depalma, 1987.
- (2) V. SCHELER, Max, "Ética, Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético", trad. Hilario Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1941-42; MOUNIER, Emmanuel, "Manifiesto al servicio del personalismo. Personalismo y cristianismo", trad. Julio D. González Campos, Madrid, Taurus, 1965; también cabe citar, por ejemplo, las ideas sobre la persona del Padre Ismael Quiles S.J. (v. "Obras de Ismael Quiles S.J.", ed. Depalma).  
Por otra parte, el papel de la personalidad es considerable en múltiples despliegues de la vida (acerca del tema, en relación con la ciencia, v. por ej. URBIG, Hans-Dieter-HEGEL, Ralf-Dietmar, "Die Persönlichkeit in der Wissenschaft", en "Deutsche Zeitschrift für Philosophie", 34. Jahrgang, Heft 9, págs. 828 y ss.).
- (3) V. "Obras de San Agustín", ed. vs., Madrid, La España Católica; SCIACCA, Michele Federico, "Historia de la Filosofía", trad. Adolfo Muñoz Alonso, Barcelona, Miracle, 1950, págs. 182 y ss.; ABBAGNANO, Nicolás, "Historia de la Filosofía", trad. Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar, Barcelona, Hora, T.I, 1982, págs. 273 y ss.; HUFTIER, M., "Le tragique de la condition chrétienne chez Saint Augustin", Paris, Desclée, 1964; MARTIL, Germán, "La tradición en San Agustín a través de la controversia pelagiana", Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1943; SEVE, René, "La loi civile dans la pensée de Saint Agustín", en "La loi civile" (ouvrage collectif), Cahiers

de philosophie politique de l'Université de Caen, 1988, págs. 33 y ss.; MCEVOY, James, "St. Augustine's account of time and Wittgenstein's criticisms", en "Revue of Metaphysics", Vol. XXXVI, págs. 547 y ss.; USCATESCU, Jorge, "Agustín. Nietzsche. Kierkegaard", Madrid, Forja, 1983, págs. 15 y ss.; JOLIVET, Regis "San Agustín y el neoplatonismo cristiano", trad. G. Blanco y otros, Bs. As., CEPA, 1941; GOMEZ PEREZ, Rafael, "La ley eterna en la historia. Sociedad y derecho según San Agustín", Universidad de Navarra, 1972; D'AGOSTINO, Francesco, "L'antigiuridismo di S. Agostino", en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", T. LXIV, págs. 30 y ss.

- (4) Pese a su aporte a la limitación del compromiso respecto de los sujetos por los que estamos comprometidos, el pelagianismo conduce al incremento del compromiso en cuanto a los objetos comprometidos.
- (5) Esto no lleva a ignorar la posibilidad de superar, en otro aspecto, la relativa sujeción del mensaje adánico por un espíritu más "prometeico" (v. NIETZSCHE, "El origen de la tragedia", trad. Eduardo Ovejero Mauri, 7a.ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, págs. 63 y ss.; no obstante, c. "Prometeo" (M. Bonfantini - R. Paoli), en GONZALEZ PORTO-BOMPIANI, "Diccionario Literario", Barcelona, Montaner y Simón, T.IX, 2a. ed., 1967-68, págs. 773 y ss.).
- (6) En países como el nuestro, sobre todo en períodos como el actual, con la relativa difusión de la desconfianza y el menosprecio de todos respecto de todos, el reconocimiento del compromiso es muy limitado.

## LOS PERFILES DE LA PERSONA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

### PRIVADO ARGENTINO

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

La comprensión de los perfiles de la persona a la que se refiere el Derecho Internacional Privado argentino tiene aún dos perspectivas fundamentales, a las que hemos de atender en este trabajo: una es la de los Tratados de Montevideo, la otra es la del Derecho de fuente interna. A su vez, entre los diferentes "niveles" de la persona, hemos de referirnos aquí al enfoque básico del Derecho Civil (D.I. Privado Civil)(\*\*).

Para una más cabal comprensión de ambos perfiles se debe partir del rechazo de la autonomía de la voluntad como punto de conexión que contienen los Tratados y del reconocimiento jurisprudencial y doctrinario de dicha autonomía en el Derecho de fuente interna. Rechazar la autonomía de la voluntad como punto de conexión significa pensar en una persona sólidamente enraizada en los marcos sociales y naturales, de los que no puede desprenderse. En cambio, admitir dicha autonomía, como lo hace el Derecho de fuente interna, es referirse a una persona más artífice de sí misma, menos enraizada. Sin embargo, cabe destacar que esta autonomía sólo se admite en algunos campos, principalmente en cuanto a validez intrínseca y forma de los contratos.

La sujeción de la capacidad de las personas a la ley de su domicilio, que significa su enraizamiento en el medio so

cial y natural respectivo, es más nítida en los Tratados de Montevideo, en tanto es por lo menos más confusa en el Derecho de fuente interna, donde el artículo 949 del Código Civil parece pensar en una persona menos "circunstanciada". en su domicilio, de cierto modo más "universal" por la intervención del orden público.

Los Tratados de Montevideo (sobre todo el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889) se refieren a la forma de los actos en un sentido muy dependiente del fondo, es decir que la persona tiene allí un grado de "compactación" mucho mayor que en el Derecho de fuente interna, donde la forma se somete con más amplitud al Derecho del lugar de celebración, acentuándose así la vinculación de la persona con el medio donde produce el acto. Sin embargo, como el fondo de los contratos se rige en la obra de Montevideo, por la ley del lugar de cumplimiento, se trata en definitiva, de una "compactación" referida al marco social de ejecución.

Los Tratados de Montevideo someten los bienes a la ley de su situación, atendiendo así a la inserción social y natural que los bienes significan para la persona, pero limitándose a la referencia a los bienes. En cambio, el Derecho de fuente interna remite con amplitud casi todos los problemas que se relacionan con bienes raíces situados en la República a las leyes del país y da a los muebles un régimen donde, no habiendo situación permanente, se aplica la ley del domicilio del dueño. En cuanto a bienes raíces, nuestro Derecho de fuente interna hace prevalecer los engarces sociales y naturales sobre la individualidad de la persona, pero respecto de bienes muebles llega a ser más importante la persona que el bien.

En materia matrimonial, ambos perfiles de persona se orientan a favorecer la validez del vínculo (en cierta perspectiva,

para favorecer el carácter matrimonial de los hijos) mediante la sujeción a la ley del lugar de celebración. En los Tratados de Montevideo hay un nítido cambio entre el carácter más contractual que atribuye al matrimonio la obra de 1889, con mayor juego de la referencia a la voluntad de las partes para elegir domicilio y fijar el régimen de disponibilidad, y el carácter institucional que le reconocen, con mayor juego del Derecho del domicilio conyugal, las normas de 1940. En el Derecho de fuente interna, ahora muy inspirado en el Tratado de 1940, impera también una concepción institucional. Esto significa que en el perfil de persona de la obra de Montevideo de 1889 hay una mayor perspectiva individual, en tanto que en las disposiciones de 1940 y en el Derecho de fuente interna la persona tiene un mayor engarce social.

En los Tratados de Montevideo y en el Derecho de fuente interna la filiación está dominada por la jerarquía del vínculo matrimonial, al punto tal que los Tratados someten, con cierta displicencia, los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima a la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos y que el Derecho de fuente interna carece de normas al respecto. En nuestro Derecho Internacional Privado la persona "hijo" es básicamente pensada "en" el matrimonio. Los padres tienen, así, cierta preeminencia sobre el hijo. Sin embargo, cabe recordar que esta preeminencia no es definitiva y, en materia de adopción, la obra de 1940 se remite a las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes (en el Derecho de fuente interna se tiene en cuenta, para las adopciones conferidas en el extranjero, la ley del domicilio del adoptado, que posee frecuente referencia paterna).

En cuanto a la problemática sucesoria, los Tratados de Montevideo se remiten al Derecho de situación de los bienes,

de modo que aquí la persona tiene más engarce social, en tanto en el Derecho de fuente interna -salvo la excepción nítida del art. 10 del Código Civil- el principio básico es la sujeción a la ley del último domicilio del causante, lo que significa más individualidad de la persona.

En los Tratados de Montevideo las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución, de modo que la persona queda más firmemente engarzada en el marco social, en tanto que en el Derecho de fuente interna tiene mayor juego la ley del lugar de celebración, que significa un despliegue de más individualidad.

Puede decirse que en el Tratado de Montevideo de 1889 la persona tiene más individualidad en lo matrimonial y, en cambio, en toda la obra civil rioplatense posee más engarce social en lo patrimonial. En el Derecho de fuente interna la persona tiene más inserción social en lo matrimonial y más despliegue individual en lo patrimonial. En términos axiológicos resulta que en el Tratado de Montevideo de 1889 hay más apego al avance de la utilidad sobre el amor y en las dos obras rioplatenses el orden prevalece sobre la utilidad. En el Derecho de fuente interna hay más juego para el amor respecto de la utilidad, pero ésta puede desplegarse más en relación con el orden.

Toda constitución de la persona requiere que algunas áreas sean más rígidas y otras más flexibles. En principio, dar relativa flexibilidad inicial al campo matrimonial y rigidez al área patrimonial, como lo hace el Tratado de Montevideo de 1889, es una fórmula más feudal, en tanto que hacer más flexible el campo patrimonial es una muestra de un régimen más capitalista. En general, los regímenes feudales apoyan las líneas básicas del estado de las personas en la idea de contrato y cristalizan la marcha de la economía con mayor

referencia institucional; en cambio, los regímenes capitalistas han puesto a veces más referencia institucional en las personas físicas y dan más libertad a la economía. Partiendo de la Edad Media, puede decirse que a la idea de consensualidad de lo profundo de la persona, con institucionalidad en sus despliegues externos, le sucedió la institucionalidad de lo profundo y la consensualidad de lo externo y hoy, ya "madura" la cultura en una "civilización" capitalista, hay consensualidad también en lo profundo (\*\*).

Sin embargo, cabe reconocer que la juridicidad "nueva" de un área convencional como la de los Tratados puede ser en general más "ordenadora" que la "vieja" juridicidad estatal. Los Tratados piensan en una persona más "nueva"; el Derecho de fuente interna en una persona más "innovadora".

\*\*\*\*\*

(\*) Investigador del CONICET.

(\*\*) Respecto del Derecho Internacional Privado argentino pueden v., por ej., GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", Bs. As., Depalma, 1978; ORCHANSKY, Berta Kaller de, "Manual de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Plus Ultra, 1976; PIOMBO, Horacio Daniel, "Estructura normativa del Derecho Internacional Privado", Bs. As., Depalma, 1984.

(\*\*\*) En términos marxistas, habría que entender lo "profundo" como más superestructural y lo "externo" como más infra estructural.

## NOTAS SOBRE LA PRESENCIA DE LA COSA EN EL SISTEMA JURIDICO

ARGENTINO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

La noción de cosa del Código Civil, como objeto material susceptible de tener un valor, permite reconocer la presencia de ese elemento relativamente "inerte" en el "sistema jurídico" argentino. Hay ramas del Derecho donde la cosa adquiere especial importancia, culminante en los Derechos Reales más específicamente tales (sobre "res" material) y otras donde la cosa es desplazada a un lugar marginal, como el área de la propiedad intelectual, las patentes de invención y las marcas de fábrica. Si en los Derechos Reales el hombre aparece en relación con la cosa, en el área "ideal" el hombre impone su presencia a la cosa, despliega su potencialidad respecto de la cosa. Otro marco donde se muestra la conductión del hombre respecto de la cosa es el Derecho de las Obligaciones, principalmente cuando éstas tienen origen contractual.

El Derecho Público y el Derecho Privado tienen áreas más o menos relacionadas con la cosa: en el Derecho Público se destacan respectivamente el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional; en el Derecho Privado ocupan esos lugares el Derecho Comercial y el Derecho Civil. Como la cosa tiende a relacionar, pero en definitiva significa cierto aislamiento, es posible reconocer cierta presencia mayor de la cosa en el Derecho Privado (que se identifica por la justicia particular), en tanto que el Derecho Público (identificado por la justicia general) se orienta -quizás de manera más "ideológica" que real- a dar a la cosa un lugar más marginal. Hay áreas en que la cosa adquiere gran significación por su enorme valor económico, según suceden en el Derecho de la Navegación, en cuanto a buques y aeronaves.

En general, los sistemas donde la cosa tiene más predominio que los bienes inmateriales poseen más caracteres feudales y de capitalismo básico, en tanto que en los regímenes capitalistas avanzados el mayor protagonismo del hombre lleva a equilibrar el papel de la cosa y los bienes inmateriales. En los regímenes feudales o capitalistas básicos, la rama de los Derechos Reales tiene más significación que en los regímenes capitalistas avanzados, donde el centro de gravedad tiene más afinidad obligacional. El predominio de la cosa suele manifestarse en el imperio de su naturaleza "mueble" o "inmueble"; el avance del hombre suele expresarse en el uso de la clasificación "cultural" que distingue cosas "registrables" y "no registrables".

\*\*\*\*\*

(\*) Pueden ver nuestros artículos "Meditaciones filosófico históricas sobre las cosas", en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso), N° 22, págs. 101 y ss. (y su importante nota aclaratoria en nuestros "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, F. I.J., T. III, 1984, pág. 32); "Meditaciones filosófico-históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales", en "El Derecho", T. 100, págs. 886 y ss. y "Notas para la comprensión jusfilosófica de la protección internacional de la propiedad intelectual", en "XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", págs. 20 y ss. y en "Investigación y Docencia" N° 2, págs. 21 y ss. (c. también la bibliografía allí indicada).

(\*\*) Investigador del CONICET

## REFLEXIONES SOBRE LA JURISTICA SOCIOLOGICA DE WERNER

GOLDSCHMIDT (\*)

Alejandro Aldo MENICOCCI

1. Introducción. 2. Reparto. 3. Repartidores. 4. Recipientes. 5. Objeto. 6. Forma. 7. Razones, móviles y razones alegadas. 8. Clases. 9. Modos constitutivos. 10. Límites y vicisitudes. 11. Conclusión.

1. La teoría trialista del mundo jurídico presenta, en su conjunto, los aciertos de las grandes cosmovisiones. Holgadamente superadora de las doctrinas infradimensionales, ella se distingue, sin embargo, de otras corrientes tridimensionales. Dicha distinción no radicará, obviamente, en los presupuestos filosóficos o en la metodología; nos estamos refiriendo a una característica primordial del trialismo: el contar con una serie de conceptos que, con independencia de nuestra filiación jusfilosófica, gozan de una claridad meridiana para la comprensión del fenómeno jurídico, para penetrar en la esencia del derecho.

Sin ánimo de establecer paralelos y con la sola finalidad de demostrar acabadamente lo que hemos manifestado, observamos que dos de las doctrinas más próximas al trialismo, no alcanzan igual grado de la virtualidad señalada. Así, por ejemplo, MIGUEL REALE se refiere al derecho como "realidad histórico cultural ordenada de forma bilateral atributiva

según los valores de convivencia" (1) y CARLOS COSSIO delimita el ámbito de lo jurídico en la conducta en su interferencia intersubjetiva (2). Frente a ellos, WERNER GOLD SCHMIDT nos deja el concepto simple, vasto, claro y preciso de reparto (3).

Si bien la obra de Goldschmidt refleja alcances significativos en las tres dimensiones, quizá la más original y claramente identificatoria de la concepción que el autor tenía del derecho sea la jurística sociológica. A ella nos referiremos en las líneas que siguen, esperando destacar algunos de los conceptos que manifiestan su profundo pensamiento.

2. Como no podía ser de otro modo, comenzamos con la idea del reparto, esto es, la adjudicación de potencia e impotencia realizada por hombres que actúan espontáneamente. Sin lugar a dudas, Werner Goldschmidt reconocía la existencia del fenómeno jurídico cuando alguien daba o quitaba algo a otro.

Desde esta perspectiva, no es necesaria la justicia en el objeto para su calificación como jurídico; sólo es menester que el objeto sea susceptible de valoración por la justicia. Por ello, es dable afirmar que para Werner Goldschmidt el fenómeno jurídico se visualiza en lo sociológico, desde un ángulo axiológico. A su vez, siendo el fenómeno sociológico de naturaleza bilateral/atributiva, es lógicamente descriptible por una norma.

Frente a la riqueza del concepto "reparto" no es menos considerable su conexión con el sentido común que se tiene de lo jurídico. Por lo pronto, la justicia o injusticia de ciertas conductas o acontecimientos (esto es, si nos referimos a las distribuciones) son las que producen en el sujeto

la convicción de estar frente al fenómeno jurídico. El sentido común de lo jurídico se desinteresa de su captación legislativa, el trialismo no la considera por demás relevante. El sentido común separa el ser del valor, la ontología de la axiología; el trialismo opera idéntico corte.

Esta caracterización de lo jurídico desjerarquiza a la coercibilidad como criterio diferenciador e identificador del mismo. El reparto puede desenvolverse dentro de marcos absolutamente autónomos.

3. La noción de reparto nos ayuda a desenmascarar el fenómeno jurídico del ideológico velo normativo, destruyéndose los mitos de la "voluntad de la ley", siendo sustituidos por la voluntad real de hombres determinados. Así llegamos al concepto de repartidores: frente a cada adjudicación de potencia e impotencia es imprescindible distinguir quiénes son los que en la realidad efectúan el reparto. Descuellan, en consecuencia, los repartidores supremos.

4. Una vez identificados los repartidores, es menester hacerlo con respecto hacia quienes va dirigido el mismo, esto es, los recipientes. Frente a la mutilación operada por los infradimensionalismos, en especial por el positivismo kelseniano, en el cual el recipiendario es aquel que aparece en la sanción de la norma jurídica, el trialismo nos señala que toda conducta con alcance jurídico tiene repercusiones en la totalidad del cosmos. En consecuencia (4), y frente a la vasta repercusión que un reparto tiene sobre el universo, el trialismo escapa a toda infundada crítica acerca de un supuesto relativismo. Volviendo a la caracterización del reparto, ni el hombre en general es bueno ni tiende a hacer lo bueno. Sin embargo, la conducta jurídica tiene re-

percusión en la totalidad del cosmos y de ella no sólo es recipiendario el hombre, sino también, y en cuanto indirectamente afecta al ser humano, los animales, las plantas y las cosas inanimadas. En este sentido, se comprende el alcance altamente ejemplarizador de la teoría y la virtualidad de suscitar la reflexión en el repartidor acerca de las proyecciones que su reparto plantearía en el cosmos. Seguidamente permite resolver una serie de problemas díkelógicos sin necesidad de recurrir a articulaciones metafísicas puestas hoy en tela de juicio. El trialismo encierra, quizá sin pretenderlo, la reflexión sartreana acerca de la cual una acción individual es, en cierto modo, postulada como ejemplo por el que la realiza, para toda la humanidad.

5. Repartidores y recipiendarios centran su reparto en un objeto. El objeto del reparto es la potencia e impotencia que repartidores y recipiendarios reciben. No se confunde con la prestación, el objeto material o el hecho en función del cual el reparto gira. El objeto del reparto tiene una proyección indiscutiblemente humana, ya que está constituido por la potencia o impotencia que reciben los recipiendarios. Nuevamente la riqueza del concepto nos sorprende, ya que permite la consideración de problemas jurídicos muchas veces viciados de consideraciones normológicas abstractas que se desentienden de la verdadera incidencia que en la vida misma tienen los repartos.

6. La forma, analizada con posterioridad al objeto, nos da un carácter indiciario acerca del cual es, en Goldschmidt, el verdadero centro de atención en la adjudicación. La forma es sólo el camino necesario para el logro del reparto. Goldschmidt estandariza cuatro formas, estructuradas gra-

dualmente desde el ángulo visual de la participación de los recipientes en la concreción del reparto: la negociación constituye el mayor porcentaje de recepción de las voluntades de todos los intervenientes en un reparto y la mera imposición el predominio total de una voluntad sobre la otra; entre ellas tenemos la adhesión y el proceso, como formas de participación diferenciada. La forma es meramente indicativa de la justicia del reparto, ya que no radica aquella en la primera. Vemos entonces la distancia que separa al trialismo de las fórmulas jusfilosóficas contractualistas.

7. Especial interés para la filosofía jurídica, y quizá mayor para la política, es la distinción trazada entre móviles, razones alegadas y razones sociales. Para quienes participamos de una concepción objetivista de los valores, el logro de la distinción trazada entre la razonabilidad de un reparto (lo que constituiría su valiosidad "horizontal") y la justicia del mismo, radica en desvirtuar la consagración universal del consenso como parámetro de lo justo (5). La razonabilidad social de un reparto consiste en la valiosidad de la que dotan con sus juicios, repartidores y receptores, a un reparto. En el reparto pasado, la razonabilidad origina su seguimiento. Sin embargo, la razonabilidad social no es equiparada a la justicia. El trialismo no es un historicismo.

El móvil de un reparto destaca con especial énfasis la poca inocencia de los repartidores. En este sentido, había manifestado Goldschmidt hace varios años la hipótesis del doble discurso. Los móviles de los repartidores pueden no coincidir con la razón social del objeto del reparto. Frente a esta caracterización negativa del móvil, podemos efectuar una positiva, en el sentido que, siendo nuestro objeto el re-

parto, el móvil no influye en la valoración que hagamos del mismo fenómeno jurídico que no es la conducta del hombre, sino el resultado de aquella.

La razón alegada del reparto es, con relación al móvil, el disfraz que el repartidor coloca sobre repartos cuestionables. Cuando el reparto es justo, ella coincidirá con las razones sociales, no así en caso de ser considerado irrazonable por la sociedad. Su trascendencia en lo jurídico es vasta, bástenos recordar principios tales como el de la realidad económica, la simulación, la penetración de la personalidad jurídica y otros.

8. La forma utilizada para la concreción del reparto determina su clase, y en consecuencia, contamos con repartos autoritarios (ordenancistas y directos) y autónomos. Los últimos gozan del carácter indiciario de justicia que posee la autonomía y revisten preferencia óntica y dikelógica. El escepticismo actual ha sobrevalorado la forma y la clase de los repartos por sobre su contenido. Goldschmidt nos advierte de aquellas consideraciones apresuradas y nos dice que tanto el reparto autoritario pueden generar justicia o injusticia. No obstante, su espíritu liberal incluye en el tratamiento de este tópico cuestiones sobre la legitimidad del poder.

9. Una vez desarrollados los repartos, científicamente considerados de manera aislada, se impone su consideración en conjunto. El orden de los repartos se estructura en forma "vertical" conforme al plan de gobierno en marcha. Como estamos refiriéndonos a la estructura real, cobra especial importancia la consideración de calificarlo "en marcha". El plan tiene por objeto hacer previsible la conducta de los

repartidores. No obstante, su existencia necesariamente debe ser compensada con un marco de libertad, de espontaneidad humana, de ocurrencia y de originalidad. Entonces coloca Goldschmidt otro modo constitutivo: la ejemplaridad. Ella ordena los repartos conforme a su razonabilidad, es decir que, los hombres, espontáneamente, reputan valiosa la realización de un reparto y consecuentemente, digno de ser repetido. La disputa entre plan de gobierno en marcha y ejemplaridad traduce la disputa entre filosofía e historia: por un lado la razón, por el otro la libertad. Del equilibrio de las mismas depende el orden justo de la sociedad. La concatenación de los repartos conforme al plan de gobierno puede llegar a aniquilar la libertad humana, mientras que lo contrario es susceptible de acarrear la anarquía. La ejemplaridad conduce a las formas de derecho espontáneo. El plan de gobierno y la ejemplaridad hacen a la positividad del orden de repartos, que Goldschmidt asimila a su eficacia. La multivocidad de la noción "vigencia" en Kelsen se decide aquí, en su vertiente sociológica. Nada más interesante para aquellos que sostienen que el jurista debe ocuparse del derecho que es.

10. Los repartos aislados y sus modos constitutivos chocan con límites. Estos provienen de la naturaleza de las cosas y es de suma trascendencia considerarlos previamente a la realización de reparto, de lo contrario su fracaso es altamente probable. El trialismo establece cierta consideración elástica de los límites, al distinguir entre cuestiones vitales y cotidianas, y, en ellas, lo vital para uno y lo cotidiano para el otro. El abroquelamiento de un límite es susceptible de aparejar una vicisitud en el orden de repartos.

11. Las líneas precedentes trataron de bosquejar los elementos más significativos de la jurística sociológica de Werner Goldschmidt, que, como el derecho mismo, se caracteriza, en la realidad, pero desde una perspectiva de justicia. El tratamiento conceptual responde, en definitiva, a una idea del hombre y la libertad, y al principio supremo de justicia, en función del cual cada ser humano debe gozar del marco de libertad para transformarse de individuo en persona.

\*\*\*\*\*

- (\*) Comunicación presentada a las "Jornadas de Derecho Intenacional Privado Profundizado y Filosofía del Derecho en homenaje a Werner Goldschmidt", Mar del Plata, setiembre 16 y 17 de 1988.
- (1) REALE, Miguel, "Filosofia do Direito", 12a. ed., (Sao Paulo, Saravia, 1987, por ej., págs. 699 y passim).
- (2) COSSIO, Carlos, "La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad", 2a. ed., Bs. As. , Abeledo Perrot, 1964, pág. 303.
- (3) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As. , Depalma, 1976; v.t. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs. As. , Depalma, 1976; del mismo, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FIJ , 1982/1984, y "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986. Sobre concepto y teoría es posible ver FINCH, John, "Introducción a la Teoría del Derecho", 1a. ed., trad. de Francisco Laporta San Miguel, Bar

celona, Labor, 1977, pág. 20 y ss.

- (4) Como alguna vez dijera Jean-Paul Sartre, la realización de una acción implica, de alguna manera, el proponerla como modelo para toda la humanidad.
- (5) Al respecto p.v. RAWLS, John, "Teoría de la Justicia", trad. María Dolores González, México, F.C.E., 1979.

EL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS EN LAS IDEAS DE GOLDSCHMIDT  
Y DE ALCHOURRON Y BULYGIN

Alfredo Mario SOTO (\*)

Uno de los temas centrales del Derecho es, sin lugar a dudas, el del funcionamiento de las normas (1). Es preciso dejar bien claro que nos referimos a normas, en el sentido de entes ideales, captaciones lógicas y neutrales de reparos proyectados (2), y no a disposiciones o preceptos legales. Ocurre que muchas veces por confundirlos se extraen conclusiones no tan felices.

En ocasiones se plantea que pueden existir "lagunas" en un determinado "sistema" de normas, entendiendo éste como un conjunto selecto de "normas", y esto no significa que haya lagunas en el "ordenamiento normativo" (3). Si bien esto es cierto, pues se debe hablar de carencia de normas y lagunas en el ordenamiento normativo (4), es necesario tener en cuenta que no se puede declarar una laguna (o más precisamente carencia) sin antes haber consultado la verdadera voluntad del autor de la norma, que no es lo mismo que consultar algunos artículos de un Código, puesto que para construir la norma completa a veces se requieren varios preceptos legales y otras veces con uno solo se pueden construir varias normas.

Es de destacar que el elemento sistemático, es decir el

resto de las normas del ordenamiento normativo pertenecientes al mismo autor, es de vital importancia para descubrir el fin del mismo. Fuera del marco de la Constitución los principios generales del Derecho, generalmente contenidos en la Constitución, son corolario del elemento sistemático de la interpretación histórica (5) y no deben interferir con la auténtica voluntad del autor (6). Son, en definitiva, recursos de la autointegración (7).

A veces se habla exageradamente de interpretación mutable de las normas, que Alchourrón y Bulygin asemejarían a la modificación de las reglas de inferencia o de los criterios de identificación (estos últimos serían, para Goldschmidt, las fuentes de las normas) (8). Esto plantea una falta de lealtad del encargado del funcionamiento respecto de la auténtica voluntad del autor porque se esconden tras el lenguaje (9) actitudes de rechazo por no asumir lo que verdaderamente quisieron el autor, en especial si no se conocen cuáles son las reglas de inferencia.

Cabe aclarar, con Goldschmidt, que aceptamos una concepción de la interpretación caracterizada como bidimensional (normológica-sociológica) (10) y no meramente conceptual o lógica como aparece en el pensamiento de Alchourrón y Bulygin (11).

Se dice que cuando todas las acciones posibles están normativamente determinadas, el "sistema" es completo (12). No debe confundirse ésto con la etapa de la determinación que aparece, entre otros motivos, cuando la norma es incompleta (13). Aquí los términos no son idénticos: un sistema normativo será completo cuando las normas que lo integren no necesiten de determinación y no cuando todos los casos posibles estén contemplados. De asemejárselos se estaría mezclando la determinación con la elaboración (integración del ordenamiento normativo).

En la elaboración (14) hay otra perspectiva interesante que es precisamente el detectar carencias (lagunas en el ordenamiento normativo) o producirlas (15). Cuando no hay normas que contemplen el caso se hablará entonces de carencia (laguna) histórica (16); cuando el autor haya contemplado el caso pero adjudicándole una solución injusta entonces se rá una carencia dikelógica (17). Obviamente la firmeza en la producción de una carencia dikelógica dependerá de la convicción acerca de la objetividad del valor justicia. Mas Alchourrón y Bulygin diferencian lagunas axiológicas de los meros defectos o desacuerdos axiológicos, valorativos, políticos o éticos, o soluciones insatisfactorias (18). Estos últimos serían las verdaderas carencias dikelógicas mientras que los primeros son carencias históricas por novedad jurídica, científica o técnica sobreviniente, ya que a nuestro parecer confunden el cambio de los hechos con el cambio de las valoraciones concretas, circunstanciadas (19), no relativas a los sujetos intervenientes. La disolución de los valores en la realidad social lleva a desconocer las carencias dikelógicas (20).

Por último, debemos identificar a la aplicación como el paso en que se subsume o encuadra el caso en la norma (21), se conocen los hechos y se adjudican las consecuencias (22). El cabal conocimiento de los hechos es un problema de aplicación (23) y no de interpretación (24). Alchourrón y Bulygin distinguen entre lagunas de conocimiento (referidas a los hechos) y de reconocimiento (referidas a cuestiones semánticas, para Hart casos de penumbra (25)), estas últimas ubicables, a nuestro entender, en la interpretación literal y no en la aplicación. De todas maneras compartimos que esta etapa de la aplicación es también bidimensional (normológica-sociológica); Alchourrón y Bulygin se refieren así a

problemas empíricos y semánticos (26).

\*\*\*\*\*

- (\*) Ayudante de investigación.
- (1) Puede verse GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 4a. ed., Bs. As., Depalma, 1973, págs. 251 y ss.
  - (2) v. GOLDSCHMIDT, "Introducción...", cit., págs. 195 y ss.
  - (3) v. ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Buenos Aires, Astrea, 1975, págs. 46 y ss.
  - (4) v. GOLDSCHMIDT, "Introducción...", cit., esp. págs. 342 y ss.
  - (5) Id. págs. 258 y ss.
  - (6) Al respecto, cabe tener en cuenta, p.ej., un fallo de la C.S.J.N., mayo 14, 1987, Elías de Quesada, Amalia I. c. Gobierno de la Pcia. de Bs. As., , en E.D. entrega dia dia del 11/2/88, p. 8, Sínt. de Jurispr. de la C.S.J.N., N° 1123.
  - (7) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 297 y ss.
  - (8) Acerca de las reglas de inferencia y los criterios de identificación puede verse ALCHOURRON Y BULYGIN, "Introducción...", cit., págs. 140 y ss.
  - (9) En cuanto al uso del lenguaje en este caso puede verse ALCHOURRON y BULYGIN, E., "Introducción...", cit., págs. 142 y ss.
  - (10) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción...", cit., págs. 297 y ss.
  - (11) V. ALCHOURRON Y BULYGIN, "Introducción...", cit., págs. 65 y ss.
  - (12) Id., págs. 49 y ss.

- (13) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción...", cit., págs. 280 y ss.
- (14) Id., págs. 286 y ss.
- (15) CIURO CALDANI prefiere hablar de producción de carencias dikelógicas; así es posible ver, entre otras, su obra "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, pág. 91.
- (16) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción...", cit., págs. 288 y ss.
- (17) V. id., págs. 291 y ss.
- (18) V. ALCHOURRON y BULYGIN, "Introducción...", cit., pág. 159.
- (19) Aunque Alchourrón y Bulygin hablan de lagunas axiológicas en el caso, en "Introducción...", cit., págs. 158 y ss.
- (20) Sólo las lagunas axiológicas primarias u originarias, citadas por Alchourrón y Bulygin, podrían acercarse a las verdaderas carencias dikelógicas; con respecto a las secundarias o derivadas advertimos claramente que se trata de carencias históricas por novedad jurídica, científica o técnica sobrevenida. Insistimos que los autores citados precedentemente las califican como lagunas axiológicas, en "Introducción...", cit., pág. 167.
- (21) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción...", cit., págs. 300 y ss.
- (22) V. ALCHOURRON y BULYGIN, "Introducción..." cit., pág. 61.
- (23) Id.
- (24) Lo contrario podría entenderse en el pensamiento de Carlos Cossio, v. GOLDSCHMIDT, "Introducción...", cit., esp. págs. 273 y ss.
- (25) V. HART, H.L.A., "El concepto de derecho", trad. Genaro R. Carrió, 2a. ed., (reimp.), Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, págs. 155 y ss.
- (26) V. ALCHOURRON y BULYGIN, "Introducción...", cit., págs. 65 y ss.