

MEDITACIONES SOBRE LA RAZON EN EL DERECHO

(Una perspectiva trialista) (.)

Miguel Angel Ciuro Caldani (..)

A) IDEAS PRELIMINARES

1. Las palabras "razón" y "Derecho" tienen diversas a cepciones que pueden dar al tema de estas líneas diferentes alcances. Los sentidos de una expresión varían según el marco general significativo en que se la emplea y así, en nuestro caso, la palabra "razón" dice realidades diferentes según se la emplee distinguiéndola de la fe, de la voluntad, de la experiencia, etc. El significado de la expresión "razón" es diferente, incluso, cuando la Revolución Francesa hace la "fiesta de la Libertad y de la Razón" (10 de noviembre de 1793) y cuando Portalis expresaba que las leyes no son puros actos de poder, sino de sabiduría, de justicia y de razón. Diferentes son los significados de "razón" cuando la emplea un matemático, un físico o un jurista (1), cuando la invoca un iluminista o un historicista y, quizás, cuando la rechaza un irracionalista (2). También

(.) Investigación básica de una comunicación para el Convegno su "La ragione nel diritto" ("Reason in Law"), Bologna, 12 al 15 de diciembre de 1984.

(..) Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesor de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

(1) Puede v. HUSSON, León, "Nouvelles études sur la pensée juridique", Paris, Dalloz, 1974, por ej. págs. 238 y ss.

(2) Se puede v. por ej. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a. ed., Bs.As., Sudamericana, 1965, "Razón", "Razón insuficiente", "Razón suficiente", "Razón (tipos de)", "Razonamiento", "Razones seminales", etc., t. II., págs. 524 y ss.; también, por ej.: DE RUGGIERO, Guido, "El retorno a la razón", trad. Ricardo Resta, Bs.As., Paidós, 1949, págs. 23 y ss. Sobre razón y sociedad v. por ej. WEBER, Max, "Economía

son distintos los significados de la expresión "Derecho", aun refiriéndonos al mismo como "objeto", y es posible, por ejemplo, clasificar concepciones jurídicas "unidimensionalistas", "bidimensionalistas" o "tridimensionalistas" (3).

Aunque hemos de referirnos a diversos significados de "razón", nuestra comprensión del Derecho estará ubicada nítidamente en la concepción tridimensional y en particular, dentro de ésta, corresponderá a la "teoría trialista del mundo jurídico" (4), según la cual el Derecho es un conjunto de repartos (de potencia e impotencia), captados (descriptos e integrados) por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia. Para una más amplia comprensión del Derecho a través de la "razón" hemos de referirnos a sus proyecciones materiales, temporales, espaciales, políticas generales -a la luz de una "teoría trialista del mundo político"- y filosóficas generales.

Sea por ampliación del concepto de razón, como ocurre cuando se habla de la "razón vital" (5) o más específicamente de una "razón jurídica", o por restricción del concepto de Derecho, es posible presentar una identificación total o casi to

(Cont. (2)) y sociedad", trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Imaz y José Ferrater Mora, 2a. ed., la.reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1960.

(3) V. porej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs.As., Depalma, 1976, págs. 18 y ss.; REALE, Miguel, "Teoría tridimensional do Direito", Sao Paulo, Saraiva, 1968.

(4) Puede v. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs.As., Depalma, 1976, "Estudios de filosofía jurídica y filosofía política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.I, 1982, ts. II y III, 1984.

(5) V. los desarrollos básicos de José Ortega y Gasset también RECASENS SICHES, Luis, "Nueva filosofía de la interpretación del Derecho", México, Fondo de Cultura Económica, 1956, págs. 128 y ss.

tal entre ambos. Es más; con frecuencia la expresión "tener razón" es un género dentro del cual cabe el "tener derecho". En cambio, sin perjuicio de hacer algunas referencias a estos enfoques, creemos -a semejanza de perspectivas integradoras como la de Hall (6)- que la razón es sólo una de las vías para comprender el Derecho.

El racionalismo como exageración de la razón pretende "descubrir" el Derecho exclusivamente en base a ella, y el voluntarismo, como radicalismo de la voluntad, procura "hacerlo" sólo con ésta. Sin embargo, ni el racionalismo puede "descubrir" o "hacer" el Derecho sin la voluntad ni el voluntarismo puede "hacerlo" sin la razón (7). Sin el propósito de agotar las posibilidades, creemos conveniente dar una muestra de perspectivas de razón en el Derecho.

B) EL MUNDO JURIDICO

1. Parte General: La razón en el mundo jurídico en general.

a) Dimensión sociológica

(6) HALL, Jerome, "Razón y realidad en el Derecho", trad. Pedro R. David, Bs.As., Depalma, 1959.

(7) Acerca del tema v. materiales del Congreso de Bruselas de la IVR; también GIANFORMAGGIO, L., "Un congresso sul ragionamento giuridico", en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", XLIX, págs. 246 y ss. V. GARDELLA, Juan Carlos, "Racionalismo jurídico", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXIII, págs. 982 y ss.; también, con miras a la comprensión por contraste, BATIFFOL, Henri, "Filosofía del Derecho", trad. Lilia Gaffuri, Bs.As., EUDEBA, 1964, págs. 11 y ss.; SCHUPPE, Wilhelm, "Diritto e volontà", trad. Giacomo Perticone, en "Rivista..." cit., VIII, págs. 429 y ss. Los conflictos acerca de la razón se hacen especialmente notorios al meditar en pensadores como Pascal (v. por ej. CALDERON BOUCHET, R., "Pascal o la tentación racionalista", en "Ethos", (Instituto de Filosofía Práctica), 4/5, págs. 59 y ss.

2. Desde el punto de vista sociológico el mundo jurídico abarca todas las adjudicaciones que de alguna manera se relacionan con seres humanos, y la razón es una de estas maneras. En definitiva el marco de lo jurídico está siempre, de algún modo, relacionado con la justicia que exige la personalización de los seres humanos, y la justicia se descubre con apoyo en la razón. Si bien todo lo jurídico tiene siempre, así, una perspectiva de razón, no todo lo que puede ser sometido a la razón es jurídico: es imprescindible una relación humana y de justicia (8).

El marco de pertinencia a lo jurídico se desenvuelve gradualmente, y en su núcleo están los "repartos", adjudicaciones de potencia e impotencia provenientes de la conducta de seres humanos determinables, en los que la razón está ampliamente presente. En cambio, en la periferia del mundo jurídico hay distribuciones provenientes de la naturaleza, de influencias humanas difusas y del azar, donde -según la causa- la razón tiene un papel e incluso una penetración menores. Quizás el papel protagónico de la razón va disminuyendo a medida que se pasa de los repartos a las influencias humanas difusas, el azar y la naturaleza, en tanto que su posibilidad de penetración es mayor en la naturaleza y disminuye en los repartos, las influencias humanas difusas y el azar.

Para comprender acabadamente un "reparto" es necesario reconocerlo en cuanto a repartidores, beneficiarios, objeto, forma y razones. La relación entre repartidores y beneficiarios se establece al hilo de la razón. A su vez, ésta permite diferenciar formas desenvueltas más racionalmente, como el proceso y la negociación, y otras más distantes de la razón, como la mera imposición y la adhesión. En relación con las "razones" del reparto en sentido amplio, urge distinguir los móviles de los repartidores, las razones que alegan y las razones socia-

(8) GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 47/48. Acerca del tema: ENGISCH, Karl, "El ámbito de lo no jurídico", trad. Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, 1960, págs. 11 y ss.

les que atribuye a la adjudicación la comunidad cuando la considera valiosa. Sobre todo las razones alegadas por los repartidores y las razones sociales son expresiones de la razón desenvuelta en la realidad social, y los móviles se aproximan a la idea de "razón suficiente" de los repartos (9). Los cambios en las razones alegadas y en las razones sociales de los repartos producen su "transfiguración".

Según se realicen al hilo de la imposición o del acuerdo los repartos son autoritarios -satisfactorios del valor poder- o autónomos -realizadores del valor cooperación-. A su vez, los repartos autoritarios pueden ser ordenancistas, cuando se desenvuelven al hilo del esquema ordenanza y obediencia, o directos, cuando prescinden de la ordenanza y se realizan por la fuerza, la astucia, etc. La razón es un medio de comunicación entre los repartidores y los beneficiarios, que tiene su más amplio campo de acción en los repartos autónomos (por acuerdo) y posee un despliegue generalmente menor, pero también significativo, en los repartos ordenancistas, donde la razón es medio para la obediencia, hasta llegar al mínimo grado de apoyo en la "racionalidad" en el reparto directo.

3. El orden de repartos puede constituirse de manera vertical, al hilo del plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, realizando el valor previsibilidad, o a través de la ejemplaridad, que se desenvuelve con el esquema de reparto modelo -por ser considerado razonable- y su seguimiento, satisfaciendo el valor solidaridad. Aunque la "razón" propiamente dicha y la "razonabilidad" (entendida como creencia social en la "razón" de valor) deben estar presentes en algún grado para que se desenvuelvan el plan de gobierno en marcha y la ejemplaridad, el primero suele tener más ingredientes de "ra

(9) V. SCHOPENHAUER, "Sobre la cuádruple raíz del principio de razón suficiente", trad. Vicente Romano García, 2a. ed. en B.I.F., Bs.As., Aguilar, 1973, págs. 216 y ss.

zón", en tanto que la segunda se apoya más en la razonabilidad (10). Es así como las leyes y en especial los códigos legales, que suelen ser las formalizaciones más importantes del plan de gobierno en marcha, se desenvuelven más en situaciones en que impera el apego a la razón y hay una concepción más organicista y de autoridad; en tanto que la ejemplaridad -principalmente como Derecho espontáneo consuetudinario- tiene más reconocimiento cuando se respeta más la razonabilidad y hay una concepción más pactista y quizás en general más liberal.

Los lazos entre los diferentes componentes de un orden se establecen en gran medida en base a la razón. Cuando el orden se contrapone al desorden es construido racionalmente en base a fraccionamientos con relación a algo. Además, como señalamos, el valor orden -que no se agota en la razón- se apoya, sociológicamente hablando, en la razonabilidad de las adjudicaciones ordenadas. Así como en cuanto significa justicia el orden "pacífica", al abrirse a la razón el orden puede contar con el apoyo de la "racionalidad". El orden general de las adjudicaciones jurídicas, que abarca a repartos y distribuciones, significa una racionalidad sustancial y otra funcional (11). En este sentido la búsqueda de la racionalidad procura el apoyo de la razón para lograr la apertura del orden hacia otros valores (12).

(10) GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 90 y ss.; también puede v. BOUKEMA, H.J.M., "Legal Reasoning at Bar", en "Revista..." cit., LVI, págs. 289 y ss.

(11) Conviene recordar al respecto las ideas de Mannheim. V. una crítica de la racionalidad en SCHMIDT, Gerhardt, "Razón y Experiencia-Estudios sobre historia y sistema de la filosofía", trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Alfa, 1982, págs. 179 y ss.; también v. BUSSHOFF, Heinrich, "Racionalidad crítica y política", trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Alfa Argentina, 1980.

(12) Conviene recordar, sin embargo, las advertencias de Max Weber sobre la unilateral racionalidad de los tipos ideales ordenadores.

4. Los repartos y sus órdenes tienen límites necesarios, que surgen de la naturaleza de las cosas, y otros límites voluntarios, que establecen sus autores. Es obvio que al hilo de la "razón de ser" todos los límites se vinculan con la razón; pero también puede detallarse que los límites voluntarios pueden obedecer a móviles de razón y por su parte los límites necesarios tienen una expresión especialmente vinculada con la razón en los obstáculos "lógicos", vinculados sobre todo al principio de no contradicción. A su vez, la propia "razón" tiene sus límites necesarios, como lo evidencia la noción de "razón perezosa" (13). En definitiva no todo el universo ni todo el Derecho son "racionales".

La realidad social del Derecho se desenvuelve al hilo de la finalidad objetiva de los acontecimientos, pero ésta suele ser fraccionada a través de la finalidad subjetiva y de la previsibilidad, que dan más curso a la razón.

b) Dimensión normológica

5. La norma es una captación lógica "neutral" de un reparto proyectado y, como tal, por su carácter lógico, brinda a esta dimensión del Derecho la más alta "racionalidad" de "acceso a las ideas" que existe en el mundo jurídico (14). Podría decirse en otros términos que la dimensión normológica es el más alto grado de "racionalidad" del Derecho, y no es por azar que racionalismo y "unidimensionalismo normológico" suelen marchar juntos. La ubicación de la norma en el plano lógico significa que "integra" al reparto que capta con un despliegue de racio-

(13) Acerca de los límites de la inteligencia, v. por ej. BERGSON, Henri, "L'évolution créatrice", 77a. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1948, v. gr. págs. 136 y ss.; también UNAMUNO, Miguel de, "Del sentimiento trágico de la vida", 11a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1967.

(14) FERRATER MORA, op. cit., "Razón", t. II, pág. 524.

nalidad. En especial la estructura de la norma, diferenciada en un "antecedente" y una "consecuencia jurídica", con sus respectivas "características positivas" y "características negativas", es un claro avance de la razón.

Entre las normas generales por el antecedente, referidas a sectores sociales supuestos, y las normas individuales, dirigidas a sectores sociales descriptos, las primeras -realizadoras del valor predecibilidad- tienen más participación de la razón, sobre todo cuando ésta es entendida como capacidad de alcanzar el conocimiento de lo universal. Las normas generales y los principios generales constituyen "enclaves" de la razón. También puede hablarse, en ese mismo sentido, de mayor afinidad con la razón en las normas generales según la consecuencia jurídica, que lo son por el número de casos y el número de individuos a que se aplican.

Como captación "neutral" de un reparto, o sea efectuada desde el punto de vista de un tercero, la norma tiene más composición de razón que el imperativo, que es captación de un reparto (en sentido más estricto de una orden) desde la perspectiva de los protagonistas. En el imperativo puede hablarse, en cambio, de una mayor participación de los despliegues de voluntad. A diferencia de la norma, el imperativo se ciñe a los contenidos de la voluntad de los repartidores y no se refiere a su cumplimiento.

6. El problema de las fuentes de las normas es uno de los campos donde más se ha discutido la participación de la razón en el Derecho. La vinculación entre ambos tiene al respecto su punto más estrecho cuando se entiende -con criterio hace tiempo en retroceso- que las normas son producciones de la razón. Esa relación va disminuyendo cuando se establece comparación con las concepciones que vinculan a la norma con la voluntad divina -aún cognoscible frecuentemente por la razón- y llega a su punto menor cuando se reconce -como lo hace el trialismo- que las normas resultan de la voluntad de los hombres. Puede decirse, en general, que la cuestión de las fuentes de las normas está vinculada con la "razón suficiente" de las mismas.

La remisión de las fuentes de las normas a la razón puede influir "extrasistemáticamente" en su rigidez (o sea en la dificultad de cambio) o flexibilidad y también relacionarse

con su elasticidad o inelasticidad. Aunque a veces -cuando vienen predominando concepciones voluntaristas- puede servir a la flexibilidad y a la elasticidad, la razón aislada de la realidad es un factor de rigidez e inelasticidad. Aunque las fuentes reales de las normas son siempre en verdad voluntades de los hombres, creemos que entre las distintas concepciones sobre el origen de las mismas hay un juego "dialéctico", que sirve a la conservación y al cambio.

De acuerdo con lo ya expuesto, las fuentes reales de las normas son los repartos. Pueden ser referidos en su "materialidad" (fuentes materiales) o en las autobiografías que de los mismos hacen sus autores (fuentes formales; v. gr. ley, contrato, testamento, etc.). No cabe duda que las fuentes formales son avances de la razón que sirven para preparar las captaciones lógicas normativas. Quizás, entre las fuentes formales, los más altos grados de participación de la razón estén en la ley, en tanto que el contrato correspondería a una mayor participación de la voluntad y la sentencia ocuparía, tal vez, un "lugar" intermedio.

La razón permite presumir el contenido de las fuentes formales y se convierte así en un medio de "parapublicidad". Existe una relación inversa entre la razonabilidad de las fuentes reales y la necesidad de publicidad, y esta relación debe tenerse en cuenta cuando se presume que el Derecho es conocido por todos. La necesidad de razonabilidad impone que a veces las fuentes formales -v. gr. los decretos y las sentencias- expongan sus fundamentos. A su vez, la proliferación de fuentes formales, que les resta representatividad y permite referirnos a un fenómeno de "inflación" formal, suele atentar contra la racionalidad de las mismas.

También, hay fuentes "de conocimiento" de las normas, que componen la doctrina y poseen un nivel especialmente alto de "razón", sobre todo cuando la ciencia jurídica alcanza el nivel de "sistema". La doctrina se integra indirectamente -a través de los repartos- en las normas, facilitándoles un más alto grado de racionalidad.

7. Para que el reparto proyectado que capta la norma se convierta en reparto realizado es necesario que la norma "funcione". El funcionamiento de la norma se compone, en gene-

ral, de etapas no todas siempre necesarias de interpretación, determinación, elaboración, aplicación y adaptación, y todas e xigen, en diferentes grados, participación de la razón.

La interpretación debe averiguar, en base a lo que la comunidad entiende, lo que los autores de las normas quisieron decir. Esto supone partir de la interpretación literal, apoyada en los elementos gramatical y lógico, pasar por la interpretación histórica, surgida de los elementos histórico y sistemático, comparar ambas interpretaciones y, en caso de discrepancia, adaptar la versión literal a la versión histórica. La razón es un auxiliar permanente en toda la tarea interpretativa, que en la versión literal está especialmente presente en el elemento lógico y en la versión histórica sirve de particular apoyo al elemento sistemático. Creemos, sin embargo, que la bú queda de la auténtica voluntad del autor, en que consiste en de finitiva la interpretación, coloca el "centro de gravedad" de la tarea interpretativa a relativa distancia de la razón y más próximo a la búsqueda de la realidad. Otras concepciones de la tarea interpretativa, como por ejemplo la "jurisprudencia de conceptos" (15) e incluso la escuela de la exégesis (16) se a tienen más a los aportes de la razón.

La determinación en sentido estricto abarca la precisión y la reglamentación de normas, y en sentido a mplio comprende además, el desarrollo de principios de normas mediante normas. También en ella la razón es instrumento significativo, sobre todo cuando se trata del desarrollo de principios.

Para que sea necesaria la elaboración de una norma de be existir una carencia (o sea una "laguna" en el ordenamiento normativo), que puede ser "histórica", porque el caso no fue contemplado, o "dikelógica", porque se contempló el caso con u na norma que se descarta por injusta. Al hilo del desarrollo de

(15) V. sin embargo BATIFFOL, op. cit., pág. 14; no obstante también "Problèmes de base de philosophie du droit", Paris, L.G.D.J., 1979, pág. 42.

(16) V. BATIFFOL, "Filosofía..." cit., pág. 14.

la razón hasta sus últimas consecuencias no habría carencias de normas; sin embargo, las referencias a la realidad "social histórica" y al valor justicia interrumpen la marcha de la razón evidenciando tales faltas. En especial la razón es importante para detectar carencias dikelógicas.

La elaboración de las normas (que integra el ordenamiento normativo) puede hacerse por "autointegración" del ordenamiento, recurriendo a la analogía y a los principios generales del Derecho Positivo, o por "heterointegración", con apoyo en la analogía y los principios generales del Derecho Natural. Puede hablarse también, en la autointegración, de recurso a la "justicia formal" y, en la heterointegración, de recurso a la "justicia material". La razón está particularmente presente en la autointegración.

La aplicación de la norma exige la subsumción (o encuadramiento) del caso en la norma, sea por el método histórico, que parte del antecedente, o por el método sistemático, que comienza en la consecuencia jurídica, y la efectivización de esta consecuencia. La razón está especialmente presente en la subsumción, sobre todo cuando ésta se hace con el método sistemático.

Además el funcionamiento de la norma puede requerir una etapa de adaptación de varias normas para que puedan realizarse en una situación que no permite que se efectivicen todas cabalmente, como sucede en las quiebras. Aunque esta etapa surge por imperio de la realidad, también exige el auxilio de la razón para que se "repiensen" las normas a adaptar.

En general puede decirse que hay etapas del funcionamiento, como la interpretación, sobre todo en sus aspectos literales, que guardan particular afinidad con la lógica "formal", en tanto que otras, que culminan en la elaboración y en la aplicación y la adaptación, están más próximas a la lógica "trascendental" (17). Por otra parte, la interpretación es más

(17) Acerca de los límites de la lógica en el funcionamiento de las normas v. por ej. COSSIO, Carlos, "Teoría de

afín a la "razón racionada" y, en cambio, la elaboración se relaciona más con la "razón racionante".

En las posiciones racionalistas las diferencias entre interpretación y elaboración (integración) son menos nítidas (18). A medida que se asciende en la comprensión normativa es posible pasar de la "ratio decidendi" a la "ratio dispositio-nis" y la "ratio legis".

8. Las normas emplean conceptos más declarativos o constitutivos, y en éstos hay una mayor carga de razón. El uso indebido de los conceptos, como ocurre en el "abuso del derecho" y en el "fraude a la ley" son muestras del abuso de la razón "formal" que pretende marginar la realidad. Las captaciones efectuadas mediante los conceptos producen "materializaciones", o sea personas, cosas u organismos que adquieren significados especiales en virtud de las normas. Todas ellas son, en general, racionalizaciones, pero entre las que más aportan para el predominio de la razón en el Derecho están el juez y el abogado. Otra materialización especialmente racionalizadora es el dinero.

9. El ordenamiento normativo es la captación lógica "neutral" del orden de repartos y por su carácter lógico tiene estrecha afinidad con la razón. El ordenamiento se constituye en base a relaciones racionales verticales y horizontales, que pueden ser de producción y de contenido. Por las vinculaciones verticales de producción entre las normas el ordenamiento realiza el valor subordinación; por las relaciones verticales de contenido satisface el valor ilación; por las vinculaciones horizontales de producción realiza el valor infalibilidad y por las relaciones horizontales de contenido satisface el valor con

(Cont. (17)) la verdad jurídica", Bs.As., Losada, 1954 págs. 245/246.

(18) GARDELLA, op. cit., pág. 998.

cordancia. A su vez, el conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. Todos estos valores tienen, en particular en las vinculaciones de contenidos, especial afinidad con la razón.

Los ordenamientos pueden ser meros órdenes, donde en casos de carencia de normas hay que consultar a sus autores, o sistemas, que pretenden brindar solución para todos los casos (o sea aspiran a la "hermeticidad"). A su vez, los sistemas normativos pueden ser "materiales", permitiendo a los encargados del funcionamiento elaborar las normas integradoras con libertad, o sistemas "formales", obligándolos a elaborarl~~a~~s aprobando lo que los protagonistas de los casos han hecho. En general los meros órdenes se expresan formalmente en recopilaciones y los sistemas se manifiestan en codificaciones. La participación de la razón es mayor en los sistemas y en las codificaciones que en los órdenes y las recopilaciones, y es más estricta en los sistemas formales y menos en los sistemas materiales.

10. La dimensión normológica del mundo jurídico se desenvuelve en definitiva al hilo de la verdad acerca de la realidad social y, como toda realización de la verdad, encuentra apoyo frecuente en la razón.

c) Dimensión dialéctica

11. La justicia es la razón de ser, el fundamento último del Derecho (19), pero esto no significa negar carácter jurídico al Derecho injusto: sólo trae como consecuencia el deber de cambiarlo. Como único valor natural absoluto del mundo jurídico es el principio de razonamiento último del Derecho, (20),

(19) V. FERRATER MORA, op. cit., "Razón", t. II, pág. 524.

(20) V. siempre desde el punto de vista de la razón, íd.

que en general se explica por los valores.

La razón tiene una consagración especial al hilo de los valores verdad y utilidad -en este último caso sobre todo en la manifestación de "racionalidad"-, y urge que tales apoyos en la verdad y la utilidad se integren con el valor justicia y no se arroguen, en cambio, el material estimativo que corresponde al valor absoluto del Derecho. Por otra parte, un caso de subversión del valor poder contra el valor justicia fue la llamada "razón de Estado".

12. Entre las clases de justicia, están más próximas al ámbito de la razón las de carácter consensual, sin acepción (consideración) de personas, simétrica, monological, conmutativa, gubernamental, integral, de aislamiento, y -por los datos de que disponemos en nuestra cultura individualista- lo está también la justicia referida a los particulares. También la justicia relativa es afín a la razón, en cuanto se la entiende como razón "formal". Lo expuesto significa que, en cambio, para llegar a la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, dialogal, espontánea, "partial", sectorial, de participación y general se requieren más datos o más participación de la realidad. Lo propio puede decirse de la justicia absoluta, que se diferencia de la justicia relativa y sólo puede contar con ventajas cuando se hace referencia a la razón "trascendental".

La afinidad de la razón con la justicia monological puede tener manifestaciones altamente negativas, cuando la razón se "enclaustra" formando "mundos" extraños, diferentes del mundo real. Al hilo de esta tendencia a encerrarse, la razón puede resultar especialmente hostil a la equidad.

13. Entre los despliegues del valor justicia, puede destacarse que la valoración se refiere, en gran medida por impulso de la razón, a la totalidad de las adjudicaciones razonadas de potencias e impotencias que, por nuestras limitaciones de saber y fuerza social, debemos fraccionar. La justicia de cada adjudicación depende de influencias de otras adjudicaciones y de la misma adjudicación; del pasado, del presente y del porvenir, y del complejo temporal, personal y real. Pese a su vocación expansiva, la razón es también una invitación a ignorar

las particularidades y, sobre todo, las influencias temporales, mediante fraccionamientos productores siempre de seguridad. El fraccionamiento de la justicia alcanza puntos de indiferencia racional, en que se puede hablar de "razón insuficiente" (21); pero es evidente que, en situaciones como la del "asno" (o perro) de Buridán, morir de hambre, como quizás indicaría la razón, sería la mayor injusticia.

Los repartos justos se realizan normalmente con la "virtud intelectual" de la justicia, o sea con la representación del valor de lo que se hace, aunque pocas veces dicha virtud intelectual está acompañada por la "virtud moral" de justicia, en que se quiere lo justo por amor a este valor. La virtud intelectual se apoya en otros valores, que pueden ser el poder (incluso en una venganza), la utilidad, el amor, etc., pero siempre evidencia la necesidad de la justicia de auxiliarse con la razón. Pese a que la justicia se realiza con más frecuencia por mero impulso de la virtud intelectual, no cabe duda que el reducto último y decisivo para que haya un régimen de justicia es la virtud moral de sus protagonistas. La razón no es el "impulso" radical último y decisivo de la justicia.

Las valoraciones se descubren por sentimientos racionales, o sea que obedecen a la razón. La necesidad de la razón y del sentimiento para descubrir las valoraciones es uno de los datos más significativos para comprender la participación de la razón en la dikelogía y en el mundo jurídico en general. El requerimiento de una y otro evidencia que en definitiva el descubrimiento (intelectual y emotivo) y la realización (principalmente volitiva) de la justicia son tareas del hombre integral. Desde otra perspectiva puede establecerse una sujeción de la razón a la justicia cuando se habla de la "razón recta".

Una de las vías para alcanzar las valoraciones es el método de las variaciones, que se apoya ampliamente en la razón (22). A medida que se radicaliza el uso de la razón o del

(21) V. íd., "Razón insuficiente", t. II, pág. 528.

(22) GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 396/397.

sentimiento se acrecientan los riesgos de caer en la utopía (23).

Otro despliegue del valor justicia, quizás el más influido por la razón, es la orientación, que se descubre por criterios generales alcanzados por intuición y a veces, con abuso racionalista, se remiten a la inducción.

Al relacionar la justicia con los criterios generales orientadores urge distinguir el Derecho Natural racionalista, que corresponde a la tradición estoica y estimamos un abuso de la razón, del Derecho Natural de base más "empírica" ilustrado por el pensamiento aristotélico. El Derecho Natural racionalista tiende a ser indebidamente universal y eterno (24), en tanto que el Derecho Natural de base más empírica reconoce la referencia última de la justicia a cada situación. En definitiva este Derecho Natural es la justicia misma (25). A su vez, sin embargo, urge estar en guardia contra los intentos desmedidos de rechazar la razón, como ocurre en el historicismo y el existencialismo.

También la crisis puede ser relacionada con la razón: sea reconociéndola como una expresión parcial de irracionalidad o asimismo como manifestación de crítica apoyada en la razón.

14. Para reconocer el contenido de la justicia debe

(23) V. por ej. VARGA, Csaba, "Utopias of rationality in the development of the idea of codification", en "Rivista..." cit., LV, págs. 21 y ss.; también v. DUVEAU, Georges, "La resurrección de la utopía", en NEUSÜSS, Arnhelm y otros. "Utopía", trad. María Nolla, Barcelona, Barral, 1971, esp. págs. 205 y ss.

(24) V. porej. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 384.

(25) Sobre Derecho Natural y razón puede v. por ej. PERROT, David L. LL. B., B.C.L., "Natural Law, Natural Rights and what reason dictates", en "Rivista..." cit, LII, págs. 445 y ss.

descubrirse el principio supremo que exige asegurar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona (para "personalizarse"). Este principio puede ser interpretado como una manifestación de la razón entendida como "idea" (26): También puede decirse que el individuo que debe personalizarse es la "razón seminal" de la justicia (27).

La razón constituye una vía de "legalidad", de acuerdo con las "leyes" respectivas -de la razón-, que puede expresar un curso de legitimidad a la luz de un valor, en nuestro caso del valor justicia (28). Dicho de otro modo: en el curso de la razón puede comprenderse la legitimidad de origen o de ejercicio de un repartidor. Como medio para el acuerdo y como instrumento de superioridad científica y técnica la razón participa de las superioridades dikiológicas que corresponden a los repartidores autónomos y a los repartidores "aristocráticos" (caracterizados por tal superioridad). En general las posiciones racioanlistas son más afines a la pretensión de aristocracia. No es por azar que convivieron con el "despotismo ilustrado". En cambio, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los interesados limita de cierto modo la influencia de la razón.

También resulta significativo comparar la participación de la razón con la marcha de la responsabilidad de los repartidores: en tanto hay un incremento de los ingredientes de razón en la responsabilidad de los supremos repartidores (gobernantes), se advierte con frecuencia la disminución -o una variación de sentido- del juego de la razón en la responsabilidad de otros repartidores, convertida en mero deber de indemnización.

(26) V. FERRATER MORA, op. cit., "Razón", t. II, pág. 526.

(27) Íd., "Razones seminales", t. II, págs. 533/534.

(28) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones trialistas sobre la legitimidad", en AS.VS., "La justicia en la Filosofía Jurídica y Social Argentina", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1983, págs. 55 y ss.

zar o reparar un daño, independiente de toda culpabilidad. Estos nuevos rasgos llegan a independizar el deber de reparar del carácter de repartidor.

Como la razón es un medio para la personalización de los seres humanos, desde la perspectiva de la justicia del objeto del reparto resulta que las oportunidades, el derecho y el deber de razón son objetos repartidores (que en justicia merecen ser repartidos). Uno de los problemas más significativos en la relación de la razón con el objeto justo del reparto es determinar si ella sólo debe influir en los medios o también, como creemos imprescindible, en los fines de las adjudicaciones (29). No obstante, la razón tiene sus límites y no abarca toda la personalidad, de modo que, en consecuencia, hay que estar en guardia contra los riesgos "despersonalizantes" del racionalismo (30). También desde el punto de vista de la razón surge la preferencia dikelógica relativa de las formas de repartos más racionales: del proceso sobre la mera imposición y de la negociación respecto de la adhesión.

15. Un régimen de justicia debe ser humanista, tomando al hombre como fin y no como medio, y para satisfacer esta exigencia ha de respetar la igualdad y la unicidad de todos los hombres y practicar la tolerancia. La razón es imprescindible para el humanismo (31), pero como en su pureza formal es "ciega", cargada con bases no humanistas puede servir al totalitarismo. En relación con las exigencias del humanismo resulta especialmente afín a la igualdad, que puede esclarecer con particular facilidad, en tanto que la unicidad requiere datos de la

(29) TRIPOLI, Giuseppe, "Il XIV congresso nazionale della società di Filosofia giuridica e politica", en "Rivista ..." cit., LX, págs. 655/656.

(30) V. por ej. UNAMUNO, op. cit.

(31) V. por ej. VIOLA, Francesco, "Totalitarismo e irrazionalismo nella teoria morale di Hobbes", en "Rivista...", cit., LIV, esp. págs. 93 y ss.

realidad que le son básicamente extraños. A su vez, la razón como título de la verdad es uno de los fundamentos que puede tener la tolerancia (32).

Como instrumento de abstracción diferenciadora y asimiladora la razón puede servir como medio para la realización del régimen de justicia, protegiendo al individuo contra los demás, frente al régimen, respecto de sí mismo y ante todo "lo demás". En especial, como vía para la racionalización del poder, ha servido en el amparo contra el régimen y, como medio para la racionalización del mundo, ha contribuido al avance frente a las amenazas de la naturaleza. Sin embargo, también la razón, desviada, puede servir de instrumento para la agresión al ser humano, contra el cual hay que protegerlo (sobre todo como integrante de "lo demás"). Aunque quizás en la mayoría de los casos la razón haya servido a la liberación, en especial cuando es "formal" puede servir también a la opresión del ser humano.

II. Parte Especial: La razón en el mundo jurídico según la materia, el tiempo y el espacio.

1. La razón según la materia jurídica

16. Cada rama del mundo jurídico se apoya, en última instancia en un criterio especial de justicia; pero también es, como desarrollo del mismo, un propio orden de razón con sus especiales "enclaves" de principios.

Aunque todas las ramas del mundo jurídico tienen aspectos de razón, algunas se apoyan en ella más intensamente. A

(32) Puede v. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 445; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Tolerancia" en "Enciclopédia Saraiva do Direito", 73, págs. 501 y ss.

sí por ejemplo, el Derecho Constitucional es un intento general de racionalizar la convivencia y el Derecho Procesal procura racionalizar la materia a que se aplique. El Derecho de las Obligaciones y los Derechos Reales tienen, dentro del Derecho Civil, más referencia a la razón -en especial a la razón formal-, en tanto que el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio suelen "interrumpir" más el curso de la razón con ingredientes de la realidad. A su vez, estas referencias a la razón dependen de la concepción que se tenga de la rama del mundo jurídico de que se trate: nos parece que el Derecho de las Obligaciones moderno tiene más referencia a la razón formal, en tanto que en sus versiones romana y actual esta rama jurídica se abre más a la razón trascendental (33). El Derecho Sucesorio es más racional cuando la sucesión es deferida por la ley y tiene menos apoyo en la razón cuando media la libre decisión del testador. Quizás pueda decirse, también, que el "equilibrio" racional es mayor cuando las obligaciones se conciben con criterio civil, en tanto que ese "equilibrio" cede cuando se trata de criterios comerciales y, sobre todo, laborales.

El Derecho Penal liberal, en cuanto es entendido como Derecho Penal "del delito", se apega más al desarrollo de la razón; en tanto que el Derecho Penal "del delincuente" tiene una mayor apertura a la realidad. El Derecho Internacional Privado, en cuanto es concebido como rama del "conflicto de leyes", apegada al método indirecto, tiene más rigor racional; en cambio cuando se le agregan otros temas -por ejemplo las "leyes de aplicación inmediata"- su centro de gravedad se desplaza más hacia la realidad. La racionalidad es más fácil en las ramas jurídicas que se desenvuelven al hilo de una clase de justicia (son más "monologales"): en el Derecho de las Obligaciones hay un "monólogo" legal generalmente subsidiario, que se "dialoguiza" en los contratos; los Derechos Reales contemporáneos son un "monólogo" individualista del hombre con la cosa; en el Derecho Penal liberal hay un "monólogo" de protección al reo, y en

(33) V. VILLEY, Michel, "Critique de la pensée juridique moderne", Paris, Dalloz, 1976, págs. 201 y ss.

el Derecho Internacional Privado de conflicto de leyes se desenvuelve un mayor "monólogo" de amparo al elemento extranjero. En la medida que las ramas jurídicas tienen más apego a la razón es más fácil la sistematización de sus respectivas disciplinas: así lo prueban el Derecho Penal, el Derecho Internacional Privado, el Derecho de las Obligaciones, etc. Pueden llegar a detectarse, sin embargo, situaciones en que las ramas y las disciplinas jurídicas son "prisioneras" de la razón, como quizás sucedió con bases voluntaristas al Derecho de las Obligaciones moderno (34).

Con frecuencia el Derecho Positivo se expresa recurriendo al auxilio de la razón, sea en invocaciones generales como la del Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina, que se remite a Dios como fuente de toda razón y justicia, a través de su empleo en la analogía o los principios generales del Derecho (v. gr. art. 16 del Código Civil Argentino) o en la invocación del principio de la razonabilidad en el Derecho del Trabajo (35), en la exigencia de razonable equivalencia de estudios y trabajos para el ejercicio "internacional" de profesiones liberales (art. 1 de la Convención sobre el ejercicio de profesiones liberales de Montevideo de 1939), etc.

2. La razón según el tiempo

17. Pocas cuestiones son tan difíciles de abordar mediante la razón como el tiempo (San Agustín) (36). En general

(34) Puede v. COCCOPALMERIO, Domenico, "Sulla concezione razionalistica della pena", en "Rivista...", cit., LVIII, págs. 503 y ss.

(35) V. PLA RODRIGUEZ, Américo, "Principio de la razonabilidad", en "Enciclopedia...", cit., Apéndice, t. II, págs. 751/752.

(36) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El Dere-

la razón tiende a desconocer las particularidades del tiempo que, en cambio, el apego "histórico" suele exagerar.

Es posible reconocer "edades" de razón -v. gr. la Edad Moderna (37), que abrió el camino de la codificación- diferenciadas de otras, por ejemplo, más apegadas a la fe o a la experiencia (Edad Media y Edad Contemporánea).

Los tiempos jurídicos de cultura se apoyan más en la fe y en la experiencia combinadas, en tanto que las épocas de civilización se basan más en la razón. La decadencia muestra a la fe, la experiencia y la razón actuando contradictoriamente.

3. La razón según el espacio

18. También existen dificultades para que la razón abarque el espacio y, sobre todo, como lo mostró ya la filosofía griega, existen grandes obstáculos para que dé cuenta del movimiento, que es espacio-temporal (Parménides). También aquí puede decirse que la razón suele tender a ignorar las particularidades del espacio jurídico, exagerando al mismo tiempo la recepción del Derecho extranjero y la imposición de los criterios nacionales a los elementos vinculados al extranjero (chauvinismo jurídico).

(Cont. (36)) cho, la temporalidad y la transtemporalidad", en "Anuario" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, 3, págs. 33 y ss.

(37) V. MANNHEIM, Karl, "Ensayos de Sociología de la Cultura" (rec.), trad. Manuel Suárez, 2a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 139/140 y 272; NERHOT, Patrick, "Rationalisme et Etat moderne", en "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", LX X, 1, págs. 9 y ss. También v. por ej. FASSÖ, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, t. II, 1979, esp. págs. 79 y ss., t. III, 2a. ed., 1981, esp. págs. 15 y ss.; TRUYOL Y SERRA, Antonio, "His-

Entre las grandes "familias" jurídicas, el Derecho Occidental es uno de los que brindan más desarrollo a la razón (38). Dentro de él la influencia de la razón es más notoria en el Derecho Continental, en tanto que quizás en el Derecho Anglosajón pueda hablarse, en todo caso, de apego a la razonabilidad.

C) HORIZONTE DE POLITICA GENERAL

19. En general la política se desenvuelve a través de actos de coexistencia, sean de oposición (de "reparto") o de agregación (de "compartimiento"), que deben concluir en la respectiva convivencia por supervivencia e intervivencia. Creemos que la razón es más afín a la oposición y a la supervivencia.

Entre las otras diferentes ramas del mundo político, signadas por diversos valores especiales de convivencia, la razón está particularmente presente en la política científica, relacionada con la verdad, y en la política económica, signada por la utilidad. El contacto entre la utilidad y otros valores, en este caso la justicia, brinda la perspectiva de la racionalidad que, cuando es sustancial es más afín a la justicia y cuando es funcional tiene su centro de gravedad más próximo a la utilidad (Mannheim) (39).

(Cont. (37)) toria de la Filosofía del Derecho y del Estado", Madrid, Revista de Occidente, 1976, t. II, págs. 139 y ss.; SCIACCA, Michele Federico, "Historia de la Filosofía", traduc. Adolfo Muñoz Alonso, Barcelona, Miracle, 1950, t. I, págs. 323 y ss.

(38) VAN HOECKE, Mark, "Rationalisme et individualisme dans les diverses conceptions du droit", en "Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social", V, págs. 289 y ss.

(39) Acerca de la racionalidad v. también por ejemplo

CH) HORIZONTE DE FILOSOFIA GENERAL

20. El apego a la razón se radicaliza en el racionalismo, que es una de las grandes orientaciones clásicas de la filosofía del Derecho (40). Entendemos que -según lo ya expuesto- a esta altura de la conciencia jusfilosófica sus limitaciones están ya demostradas y esperamos que la correcta ubicación de la razón en el "mundo jurídico", que referimos, también, en los párrafos que anteceden, contribuya a hacerlas más notorias.

El excesivo apego a la razón y también su condena radical suelen ser muestras del idealismo genético, según el cual el sujeto crea al objeto y éste resulta identificado por el método con que fue creado. En cambio, una posición realista genética, según la cual el sujeto descubre al objeto, como la que sostenemos, permite ubicar a la razón como un despliegue del mundo y un método para descubrir el universo, que nunca se agota en ella.

D) CONCLUSION

21. La razón en sus diversas acepciones es una constante presente en todas las manifestaciones jurídicas, pero no puede dar cuenta exhaustivamente de ninguna. Entre las dimensiones del Derecho, la más afín a la razón es la normológica y le sigue en tal condición la dimensión dikelógica.

(Cont.(39)) RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980, págs. 395 y ss.; VARGA, Csaba, "Rationality and the objectification of law", en "Rivista..."cit., LVI, págs. 676 y ss.

(40) La mayor o menor apertura a la razón o a la realidad -sea la primera axiológica o normológica- es uno de los criterios válidos para la clasificación de las escuelas de filosofía del Derecho (v. HALL, op. cit., pág. 20). Acerca del racionalismo v. LACLAU, Martín, "La crisis del racionalismo jurídico", en "Escritos de Filosofía", 6, págs. 201 y ss.

Con miras a reconocer la más importantes relaciones de la razón y el Derecho conviene señalar: a) que la razón conduce a la planificación gubernamental, en tanto que la razonabilidad sirve de apoyo a la ejemplaridad y al Derecho espontáneo; b) que la razón auxilia a la interpretación, pero no es la última expresión de la misma, y también contribuye a detectar carencias dikelógicas, pero no es ella, sino el valor justicia, quien legitima el rechazo de la norma existente, y c) que la razón sirve al descubrimiento de la justicia, pero no es la justicia misma.

Como destacó Hall, es debido reconocer la razón y la realidad en el Derecho.

DOS NOTAS DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO
(Sobre valores naturales y fabricados y significado
"vicario" del Derecho Internacional Privado)

Miguel Angel Ciuro Caldani (.)

1. Como lo evidencian las propias necesidades metodológicas de la axiología y la axiosofía de la justicia, exigentes de la intuición "estigmática" y "conspectiva" (1), el conocimiento del mundo jurídico requiere siempre la referencia a rasgos aislados y la inordinación en el complejo que los mismos constituyen. Recordando, por ejemplo, las investigaciones de Husserl sobre la teoría de los todos y las partes (2), es posible afirmar que el mundo jurídico no tiene, como suele suponerse, "pedazos separados" (3). Es un "todo" -no un mero "conjunto"- que en definitiva posee "una fundamentación unitaria", referida a un "momento" de unidad (4): la justicia (5).

Además del conocimiento de las "ramas del mundo jurídico" (6), se hace imprescindible el saber acerca del "complejo

(.) Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958, págs. 32 y ss. y 38/39.

(2) HUSSERL, Edmundo, "Investigaciones lógicas", trad. Manuel G. Morente y José Gaos, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1967, t. II, pág. 58.

(3) Íd., pág. 64.

(4) Íd., págs. 73/74.

(5) Los planteos que debe efectuar nuestra Teoría General del Derecho pueden apoyarse en las contribuciones del trabajo interdisciplinario (v. por ej. "Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques", esp. 1982.8 -"Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit").

(6) Pueda v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El Derecho

jurídico", heredero, de cierto modo, de los enfoques tradicionales-empobrecidos por el positivismo y el racionalismo- de la Teoría General del Derecho y la Enciclopedia Jurídica. A ellos venimos refiriéndonos con la expresión "Teoría General del Derecho" empleada en el sentido específico de "sistema jurídico" (7).

Lo que es común a todo el Derecho es, a nuestro parecer, tema de la Filosofía Jurídica, sea ésta de marco "menor" (Jurística o Introducción al Derecho) o "mayor" (Filosofía del Derecho). En cambio, la Teoría General del Derecho -entendida como "sistema jurídico"- se refiere a lo "general" como "universal", como complejo de lo jurídico.

Para alcanzar la Teoría General del Derecho, así entendida, es necesario comprender -como lo viene haciendo el curso respectivo que se dicta este año en el Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales de la Facultad (8)- la "filosofía de las ramas del mundo jurídico", a fin de desarrollarnos sólo las posibilidades de diálogo entre las mismas sino la comprensión "relativa" entre ellas, es decir el significado de unas en relación con las otras. A mero título ejemplificativo, no es el mismo el significado de un Derecho Civil en un complejo claramente "encabezado" por el Derecho Constitucional que en otro caso de dicha orientación; tampoco es igual el significado del

(Cont. (6)) Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, págs. 174 y ss.

(7) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para la Teoría General del Derecho (El "sistema jurídico")", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

(8) Son coordinadores pedagógicos los doctores Sonia Belloti de Podestá y Héctor R. Gaspari, coordinadores científicos la doctora Podestá y los doctores Diego José Colomino y Mario Eugenio Chaumet, y es coordinador general el autor de estas páginas.

Derecho Civil si cuenta con un sólido Derecho Penal que lo res palda que cuando carece de él; asimismo, son diferentes los sig nificados del Derecho Constitucional y del Derecho Penal cuan do tienen un Derecho Civil de las Obligaciones "abierto" a la autonomía de las partes que cuando esta "subrama" jurídica es "cerrada", etc.

Es necesario comprender, por ejemplo, que las solucio nes y las ramas jurídicas suelen tener significados "vicarios" en sentido amplio, que abarcan papeles "vicarios" en sentido es tricto -v.gr. cuando se "presiona" patrimonialmente para evi tar la presión penal o viceversa-; roles de "promoción" u "opo sición" -por ejemplo cuando el Derecho Penal liberal colabora con el liberalismo obligacional-; funciones "indiciarias" -v. gr. cuando el Derecho Internacional Privado es signo general de to lerancia de un régimen-, etc.

Para desarrollar la Teoría General del Derecho deben comprenderse cada rama y el complejo respectivo a la luz de la Filosofía Jurídica "menor" (9), de los "horizontes" temporales y espaciales, la Filosofía Jurídica "mayor", la Filosofía Polí tica, etc.

2. Uno de los numerosos temas que pueden contribuir pa ra comprender mejor el complejo del mundo jurídico -tema no del todo desarrollado en sus bases teóricas en las exposiciones de nuestra filosofía jurídica trialista- es el de las clases de va lores. El trialismo distingue, a nuestro parecer con acierto, entre valores "naturales" y "fabricados", diferenciando, entre los primeros, los valores absolutos (en la perspectiva jurídi-

(9) Autoridad y autonomía, planificación gubernamen tal en marcha y ejemplaridad, límites, etc.; funciones de las normas, normas generales e individuales, fuentes, funcionamien to de las normas, productos de las normas, funciones, estructu ray clases de ordenamiento normativo; la justicia como valor, sus clasificaciones y fraccionamientos, la justicia de los re partos aislados, el régimen de justicia, etc.

ca sólo la justicia) y los valores relativos (v. gr. el poder, la cooperación, el orden, la coherencia, etc.) y, entre los segundos, los valores fabricados auténticos (por ejemplo ser un buen jugador de fútbol, cuando para ello no se atacan los valores naturales de salud, utilidad, justicia, etc.) y falsos (v. gr. la superioridad humana de una raza, evidentemente contrario al valor justicia y a la misma humanidad).

Todo el Derecho y sus ramas son identificables en definitiva por las exigencias de justicia. Sin embargo, éstas no se encuentran presentes de manera igualmente directa en todas las ramas. El Derecho Constitucional, por ejemplo, está especialmente centrado, en primer término, en valores naturales relativos -principalmente el orden, logrado a veces con más planificación gubernamental y en otros casos con más ejemplaridad-, aunque también tiene una muy evidente y especial relación con el valor justicia -como lo muestra, v. gr., el propósito del preámbulo de nuestra Constitución Nacional-. El Derecho Administrativo, en cambio, tiene su centro de gravedad más especialmente próximo a los valores relativos de orden, previsibilidad y poder, al servicio de la justicia que lo ilumina desde el Derecho Constitucional. El Derecho Civil, sobre todo en la Parte General y en el Derecho de Familia, tiene más relación con las exigencias del valor absoluto justicia y se muestra claramente desnaturalizado cuando estas "sub-ramas" se ponen al servicio de valores relativos, v. gr. el orden; en cambio el Derecho de las Obligaciones, principalmente cuando se apoya en los contratos y éstos son concebidos con el criterio especial "moderno" de gran apego a la autonomía de las partes, se centra más en los valores relativos, principalmente en la cooperación satisfecha en los acuerdos. El Derecho Comercial tiene también el meollo axiológico más "desplazando" hacia los valores relativos, principalmente la cooperación. En el Derecho Procesal también hay una especial referencia a valores relativos, en "relación" con el mayor despliegue de justicia de las ramas "de fondo" que aplica.

Comparando la "carga" directa de justicia y la referencia a los valores relativos, del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, se advierte que la relación más directa con la justicia está en el Derecho Constitucional; le sigue el Derecho Penal, con una referencia mayor al valor relativo orden, y por último la más clara proximidad a los valores relativos está -entre los tres- en el Derecho Ad

ministrativo.

El Derecho Constitucional, el Derecho Penal y el Derecho Civil de Familia surgen de nítidas referencias a valores naturales, en tanto que el Derecho Civil de las Obligaciones sobre todo contractuales, en especial, en el régimen "moderno" y el Derecho Comercial son sectores con mayor despliegue de los valores fabricados. No es por azar que el Derecho Comercial es el marco más propicio para el desarrollo de la "sociedad de consumo" orientada en gran medida por la moda; que nació relacionado con la especial calificación "profesional" de los comerciantes y llega a otorgar valor especial a la constitución, razón social y nombre de las sociedades.

Para comparar en uno de los detalles significativos la relación entre Derecho Civil y Derecho Comercial, desde este punto de vista de los valores naturales y fabricados, puede recordarse que las "marcas" de comercio y de fábrica, más nítida expresión de valores fabricados, son tema más nuclear del Derecho Comercial; las patentes de invención, donde hay una más directa participación de los valores naturales con el dominio del mundo inventado, tienen un lugar más intermedio entre ambas ramas, y por otra parte la propiedad intelectual, que suele descubrir científica o artísticamente un mundo de valores naturales que "preexiste", corresponde más nítidamente al Derecho Civil. Asimismo, aunque el nombre de las personas físicas y el nombre de las sociedades, principalmente comerciales, tienen ingredientes de valores fabricados, nos parece que el primero es un extremo menor, de carácter civilista, y el segundo es un extremo mayor, comercialista.

El Derecho del Trabajo puede ser comprendido como una reacción inspirada en los valores naturales y en particular en la justicia contra el excesivo imperio -falsificador- de los valores relativos y los valores fabricados en el Derecho Civil de las Obligaciones y en el Derecho Comercial.

Todo orden jurídico, principalmente en nuestro tiempo, debe tener no sólo un equilibrio entre la invocación del valor natural absoluto justicia y la búsqueda de los valores naturales relativos, sino entre los valores naturales y los valores fabricados. Urge comprenderlo para caracterizar al régimen respectivo y perfeccionarlo, y el hacerlo es tarea de la Teoría General del Derecho. Si, por ejemplo, se consideran los avances del Derecho Comercial, signado por una especial influen-

cia de los valores relativos y los valores fabricados, desde sus orígenes a fines de la Edad Media hasta llegar a ser uno de los grandes protagonistas del mundo jurídico de nuestro tiempo, se tendrá una perspectiva válida para comprender nuestra pasaje desde tiempos de cultura a otros de civilización e incluso de decadencia. También, desde el punto de vista del espacio jurídico, puede señalarse la especial correspondencia entre esos valores y los valores del Derecho Occidental, como una perspectiva de explicación de la destacada significación del Derecho Comercial en nuestra vida jurídica.

3. Desde el punto de vista de la autonomía material, científica y pedagógica de la Teoría General del Derecho, hay que comprender el valor "vicario" de las distintas ramas del mundo jurídico, que no puede aclararse suficientemente en ninguna de las disciplinas especiales referidas a ellas. Así, por ejemplo, el Derecho Internacional Privado, entendido como conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y sus soluciones, captados casos y soluciones por normas basadas en los métodos indirecto, analítico analógico (quizás mejor "analítico jusprivatista") y sintético judicial, e inspiradas, las soluciones y las normas, en el respecto al elemento extranjero (10) -que quizás pueda expresarse como materia de la extraterritorialidad (limitada), del método indirecto y de la imitación del Derecho extranjero- tiene importancia para la mejor comprensión del mundo jurídico en su conjunto y de otras ramas, en especial, de los tiempos y los espacios jurídicos (11).

Las soluciones de extraterritorialidad limitada del De

(10) GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado-Derecho de la tolerancia", 4a. ed., Bs.As., Depalma, 1982, pág. 3.

(11) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; "El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad", en "Anuario" de la Facultad de De

recho Internacional Privado son, un aporte para comprender mejor los diversos fenómenos de la ejemplaridad, que ordena los repartos al hilo del modelo y el seguimiento, y las dificultades de esos casos y sus soluciones contribuyen al esclarecimiento de los obstáculos del orden de repartos (anarquía) y de los límites de los repartos (voluntarios-en cuanto un legislador "detiene" la aplicación de su propio Derecho- y necesarios -en razón, por ejemplo, de la inclinación psíquica "chauvinista", de los inconvenientes para "integrar" el Derecho extranjero en el propio, etc.).

El método indirecto del Derecho Internacional Privado es, sobre todo, una manifestación especialmente desarrollada de las normas indeterminadas, que puede contribuir a aclarar todos los problemas de determinación de normas. A su vez, el orden público, cuando interviene "a posteriori", sirve para reconocer todos los casos en que se rechaza una solución positiva por criterios de justicia superiores consagrados en el mismo Derecho Positivo, o sea para conceptuar las "carencias dike lógicas positivas". Todos los problemas generales del Derecho Internacional Privado han servido de base para elaborar los cimientos de la teoría general de los contactos de respuestas jurídicas (12).

El espíritu de tolerancia del Derecho Internacional Privado y su afinidad con el liberalismo político son perspectivas que contribuyen a esclarecer todas las soluciones jurídicas necesitadas de las mismas. Además, el Derecho Internacional Privado es un sólido auxiliar para comprender la unicidad de cada ser humano. Al reconocer la división del mundo en diferentes ordenamientos jurídicos contribuye, asimismo, a evidenciar la importancia del desmembramiento territorial-concretado internamente en el federalismo- para proteger al individuo con

(Cont. (11)) recho y Ciencias Sociales de Rosario, N° 3, págs. 33 y ss.

(12) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976, págs. 59 y ss.

tra el régimen. Como expresión del "respeto positivo" (hacer a los demás lo que quisésemos que nos hicieran a nosotros), el Derecho Internacional Privado es una importante lección para todas las manifestaciones de la protección del individuo contra "lo demás" e incluso respecto de sí mismo.

En relación con otras ramas del mundo jurídico, el Derecho Internacional Privado resulta especialmente significativo, por ejemplo, para la comprensión del federalismo en el Derecho Constitucional y de la necesidad de respetar los regímenes de las instituciones no estatales en las diferentes manifestaciones del Derecho Interno. También, aunque no con tanta afinidad como a veces se ha sostenido, aporta para entender el respeto debido a los Estados y a los organismos paraestatales extranjeros en Derecho Internacional Público (13). El respeto a los demás, comprendidos como "distintos", sería un importante punto de vista para el desarrollo de algunas ramas o perspectivas jurídicas no suficientemente desenvueltas, como el Derecho de la Educación y el Derecho del Menor.

El Derecho Internacional Privado, como Derecho de la tolerancia, puede representarse en un extremo opuesto al Derecho Penal, que es más Derecho de la autoridad. Sin embargo, el espíritu de protección al reo, propio del Derecho Penal liberal, tiene significativas afinidades con el Derecho Internacional Privado.

La rama que nos ocupa sirve no sólo como punto de referencia para comprender todas las perspectivas interespaciales (territorialistas, extraterritorialistas y no territorializadas), sino para entender mejor las perspectivas intertemporales (14). Incluso, a la luz del respeto al elemento extranje-

(13) Puede aprovecharse también en las relaciones entre los regímenes estatales y eclesiásticos (v. acerca del tema ELGEDDAWY, A. Kessmat, "Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé", Paris, Dalloz, 1971).

(14) Acerca de las diferentes soluciones es posible v.

ro, puede enriquecerse el respeto a los elementos generacionalmente distintos. Una manera de penetrar en las exigencias de justicia, válida pero no suficientemente desarrollada, es el Derecho Intergeneracional, con algunos comienzos de realización, por ejemplo, en el Derecho Sucesorio, pero frecuentemente desaprovechado en el Derecho de la Educación.

(Cont. (14)) CIURO CALDANI, Miguel Angel, " Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado ", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1978, págs. 5 y ss.; en especial en cuanto a la extraterritorialidad ilimitada de la recepción puede consultarse PAPACHRISTOS, A. C., "La réception des droit privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique", Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil", 8, págs. 73 y ss.

VALORES, INTERESES ECONOMICOS Y SOLUCION DE CONFLICTOS DE DERECHO.

Diego José Colomino (.)

INTRODUCCION

El supuesto a considerar alude a los conflictos que surgen cuando la actividad desarrollada en un inmueble provoca efectos perjudiciales en propiedades linderas. La solución de la colisión exige un reordenamiento social de los derechos. Dado que su consecución provoca desde el punto de vista económico una reasignación de recursos, supresión de ciertas actividades productivas, traslación de otras, e incorporación de nuevos costos, los economistas tratan de proyectar en el criterio de jueces y legisladores la incidencia de tales factores incurriendo en veladas relaciones de secuestro de valores (1). Un trabajo específico del profesor angloamericano Ronald Coase (2) servirá para mostrarnos en qué medida bajo el postulado "optimización de recursos" se propende a un reordenamiento "utili-

(.) Investigador del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Todo nuestro desarrollo en torno a la relación de la justicia con otros valores se realiza siguiendo el esquema teórico expuesto por Miguel Angel Ciuro Caldani en: "Ubicación de la justicia en el mundo del valor"; Zeus, Rosario, 11 de marzo de 1982, p. 1 ss. Ver también "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", T.II, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1984, págs. 16 y ss.

(2) "El problema del costo social" en "Microeconomía" trad. de Carlos A. Givogri, 2da. Ed., México, Nueva Editorial Interamericana S.A., 1973, págs. 392 y ss. Ronald Coase profesor de la Universidad de Chicago desde 1964 perteneció a los cuerpos docentes de la Escuela de Economía de Londres, de la Universidad de Buffalo y de la Universidad de Virginia.

tarista" con clara arrogación del material estimativo de la justicia; incurriendo en la elección de la forma en un apego excesivo a la justicia consensual que lleva a considerar que lo pacato es totalmente justo por el sólo hecho de provenir de un acuerdo, a la vez que se incurre en una grosera exaltación de la justicia "partial" en desmedro de la "gubernativa" (3).

La cuestión sobre las actividades perjudiciales que la actividad de una firma tiene sobre otras conduce al planteo de tres problemas y consecuentes soluciones: a) descubrir la naturaleza que desde el punto de vista de los intereses económicos presenta esta variante de conflicto entre propiedades linderas; b) precisar las pautas o criterios que han de inspirar las soluciones; y c) proponer la forma más conveniente para llegar al reordenamiento.

DIMENSION SOCIOLOGICA

El primer tema a considerar consiste en la determinación de la naturaleza socioeconómica de la colisión. Con esto se quiere señalar que tradicionalmente el problema de los efectos molestos entre propiedades linderas se formula como que A ocasiona daño a B, y lo único que debe resolverse o decidirse es: ¿Cómo se puede restringir a A?. La idea de que el problema es unilateral ha hecho que la fórmula propuesta gire siempre dentro de las siguientes alternativas; responsabilizar al dueño de la fábrica por el daño causado a los linderos, o, fijar un impuesto variable al propietario de la fábrica con relación a la magnitud de la impotencia repartida a terceros, o, finalmente, excluir determinadas explotaciones de ciertas áreas ur-

(3) Sobre las clases de justicia puede verse: "Perspectiva trialista de la axiología dikelógica" de Miguel Angel Ciuro Caldani, E. D.t. 86, págs. 914 y ss. Ver también op. cit.; "Estudios...", t. II, págs. 40 y ss.

banizadas.

Sin embargo la realidad indicaría que el conflicto no tiene una estructura puramente unilateral, sino más bien recíproca, pues evitar el daño a B sería infligir a la vez un perjuicio a A. La cuestión debería plantearse entonces del siguiente modo: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A?. En tal caso la solución debe buscarse tratando de evitar el daño mayor. Los ejemplos tomados por el economista angloamericano permiten una comprensión adecuada del planteo formulado. Uno de ellos es el caso de un panadero cuya maquinaria, con sus ruidos y vibraciones, perturbaba el trabajo de un médico. Por su puesto, partiendo de que el conflicto posee una naturaleza recíproca, evitar daño al médico ocasionaría perjuicios al panadero. Otro caso planteado es el conocido e histórico conflicto a que daba lugar la coexistencia de explotación agrícola y ganadera cuando por ausencia de bardas o insuficiencia de las mismas el ganado se desbanda y destruye los sembrados de campos vecinos (4). Viene entonces la lucha por la afectación o no de campos bajo el régimen de "pan llevar", y la consecuente expulsión o permisión de la ganadería (5). La naturaleza recíproca se presenta entonces como alternativa "carne o granos". Seguidamente se presenta un tercer ejemplo que alude a los efectos perjudiciales que sobre los peces provoca la polución de las aguas por efecto de una descarga industrial.

Comparto sin más que la reciprocidad del conflicto indica que la solución no es simplemente suprimir la actividad

(4) Este fue un problema constante de la explotación rural argentina que se prolongó hasta más allá de la década del setenta en el siglo pasado. Sobre este punto puede verse: "Dictámenes en la asesoría del Gobierno del Estado de Buenos Aires", edición a cargo de José M. Urquijo y Eduardo Martiré, Bs. As., 1982.

(5) Los agricultores pugnaban para que el área de afectación al régimen de "tierras de pan llevar" se extendiera a fin de impedir el desarrollo de la ganadería que destruía sus sembrados.

que en principio aparece como "perjudicial" o "dañina".

La presentación del problema ha llegado a una altura en la que correspondería hablar de los criterios propuestos para determinar cuál es la solución que evita el "mayor costo", o mejor dicho qué se ha de entender por "daño mayor". Sin embargo como tal punto importa entrar de lleno al problema de los valores y nos proponemos guardar la pureza metódica, será motivo de tratamiento en la respectiva dimensión.

El tercer problema se vinculaba con la "forma" o "camino" elegido para llegar al reordenamiento. La propuesta de Ronald Coase en torno al "reacomodamiento de los derechos legales" podemos sintetizarla como que refleja un alto grado de desconfianza hacia la planificación (alternativa subsidiaria de última instancia) y al modo autoritario de organizar la convivencia (desprestigio del poder).

El desenvolvimiento de las leyes económicas va gestando de modo espontáneo un reacomodamiento de los derechos sin necesidad de un orden general predeterminado, y los acuerdos o transacciones irán resolviendo por sí mismo los conflictos.

La variante autónoma por la cual debe optarse en primer lugar supone dos alternativas. La primera de ellas que denomina "transacción de mercado" significa el reordenamiento a través de convenciones particulares y aisladas. Se trata de repartos autónomos en los que la empresa fundada en sus cálculos de costos se dispone a enfrentar la compra, indemnización o desplazamiento geográfico de los afectados por su actividad. Este es la alternativa autónoma preferida. Nada de planificación o reglamentación general. Las leyes del mercado, la eficiencia empresarial, la política de costos indicará a cada empresario si le conviene o no provocar esa reasignación de recursos.

En el caso del conflicto médico-panadero (donde el fallo de la Corte estableció que el médico tenía derecho de evitar que el panadero usara su maquinaria), bien podría haber sido solucionado por un convenio de partes (y no por el reparto autoritario del juez) ya que el médico podría haber renunciado a sus derechos y permitir que la maquinaria continuara actuando si el panadero (previo cálculo de sus costos) le hubiese pagado una suma de dinero que fuese mayor que la pérdida de ingresos que sufriría por tener que trasladarse a una ubicación más costosa o menos conveniente. El ganadero a su vez podría

en función del precio de la carne pagar al granjero una suma determinada para que éste dejara sin cultivar su parcela.

La otra forma autónoma para encontrar el reacomodamiento es lo que el economista llama la "firma" (6). Este concepto supone una estructura empresarial omnicompreensiva dentro de la cual se eliminan los convenios entre los distintos factores cooperantes en el proceso de producción y donde las transacciones de mercado se sustituyen por una decisión administrativa. Usando de tal modo el modelo que le ha permitido explicar desde el punto de vista de la eficiencia económica el origen de la gran empresa en la sociedad capitalista, se permite proponerla como alternativa para que, adquiriendo los derechos legales de todas las partes, practique el reordenamiento a modo de una decisión administrativa. "Un terrateniente que controla una gran parcela de tierra puede dedicarla a distintos usos teniendo en cuenta el efecto que ejercerán las interrelaciones de las distintas actividades en el rendimiento de la tierra, tornando así innecesarios los convenios entre quienes llevan a cabo las distintas actividades".

Pero, así como los mayores costos administrativos de las "transacciones de mercado" conducen a proponer la "firma" como alternativa más económica para resolver los conflictos, ocurre que cuando ésta última desarrolla múltiples y variadas actividades los costos administrativos pueden ser o resultar tan altos que hagan imposible cualquier tentativa de manejar el problema dentro de los confines de una sola firma. Recién entonces aparece la regulación directa por parte del Gobierno. "En vez de instituir un sistema legal que pueda ser modificado por transacciones en el mercado, el Gobierno puede imponer regulaciones que establezcan lo que la gente deba hacer o no, y cuáles deben ser obedecidas". Así como el Gobierno puede reclutar o determinar el tamaño de la propiedad, también puede decretar que los factores de la producción deben usarse de tal y tal forma. "Tal método autoritario evita muchos problemas...."

(6) COASE, Ronald; "The Nature of the Firm", 4 *Económica*, Nueva Serie, 386, (1937).

pero no "hay razón para suponer que las regulaciones zonales y restrictivas, realizadas por una administración falible sujeta a presiones políticas y operando sin el aliciente competitivo, será necesariamente siempre aquella que incrementa la eficiencia con que opera el sistema económico.

DIMENSION DIKELOGICA

Corresponde en esta dimensión retomar el planteo inicial a fin de precisar los criterios propuestos por el profesor angloamericano para dar solución a los conflictos, oportunidad en que daremos a conocer nuestra orientación. Por razones de método debimos separarnos del planteo en el preciso momento en que reconocíamos que la colisión tenía o presentaba una estructura recíproca, lo cual implicaba que la solución debía pasar por evitar el "daño mayor". Desde ya puedo adelantar que la expresión "daño mayor" en el lenguaje de Ronald Coase tiene una carga económica demasiado acentuada.

Debe entenderse que este tipo de conflicto presenta ca si siempre la confluencia y consecuente enfrentamiento de factores que difícilmente pueden mensurarse en "moneda" para poder hablar de "costo social" en términos económicos (problema de asimetría). "Utilidad" entendida como aprovechamiento óptimo de los recursos no es el común denominador apropiado para disminuir el choque de actividades. Los casos mencionados por el mismo autor, y los innumerables ejemplos de nuestra jurisprudencia muestran que no pueden ser ajenos a los criterios de decisión, cuestiones como la salud de la población, el mantenimiento y preservación de la riqueza natural, urbanización y estética, etc.

A nuestro modo de ver entonces, una comunidad que necesite reordenar los derechos debe hacerlo tomando como referencia el valor superior humanidad y a partir de él conseguir la integración o coadyuvancia recíproca entre el resto de valores como la justicia, la utilidad, la salud, la belleza, la verdad, etc. (7). No es posible tolerar el "secuestro subversivo" que se produce cuando como ocurre con el profesor angloamericano, se exalta la "utilidad" o "reducción de costos" como criterio para discernir sobre la conveniencia de una u otra solu-

ción.

Efectivamente, este marginamiento del resto de valores en aras de la utilidad se observa en todos los planteos formulados con referencia a los casos mencionados. Cuando alude al caso "médico-panadero" expresa: "El problema presentado en este caso era básicamente si valían más, como resultado de restringir los métodos de producción del panadero, los mayores servicios del médico al costo de una oferta reducida del producto del panadero". En el caso de polución de aguas por una planta industrial nos dice: "Si suponemos que el efecto dañino de la polución es que mata los peces, la cuestión a decidir es: ¿Es el valor de los peces perdidos mayor o menor que el valor del producto que hace posible la contaminación del arroyo?".

¿Pero puede acaso resolverse la destrucción de la riqueza natural de un curso de agua sopesándola con el problema de los costos de producción de la empresa perjudicial? ¿O puede decidirse la suerte de la salud de la población en una aldea de acuerdo a la política de costos de un panadero? Esta tendencia a simetrizarlo todo, que por otra parte es resultado de la creencia en la capacidad ilimitada de la moneda de medirlo todo y con lo cual se incurre en una grosera comparación de contenidos vitales muy diferentes, es secuela de una concepción ideológica más profunda que ve en la utilidad el valor superior de la vida comunitaria. Como todo debe resolverse en aras de la utilidad es necesario entonces lograr la conversión de todos los bienes a su común denominador. Se trata por lo que vemos un caso concreto donde la ciencia (en este caso la Economía) propugna un alzamiento de la "utilidad" contra el valor superior "humanidad" rechazando a la vez la colaboración integrativa de valores diferentes como la justicia, la salud, etc.

En la elección de los arreglos sociales adecuados para manejar los efectos nocivos Ronald Coase relega la intervención gubernamental (lo que él llama "regulaciones zonales restrictivas") a un grado significativamente subsidiario. Es más,

la decisión de sugerir la intervención del estado no se encuentra determinada por el hecho de que el problema sea manejado perjudicialmente por el mercado (transacciones individuales) o por la firma. Todo reside en un problema de costos. Cuando "los costos administrativos de organizar las transacciones dentro de la firma pueden también ser altos, y, particularmente cuando se realizan muchas actividades distintas dentro del control de una sola organización", recién entonces "Una solución alternativa es la regulación directa por parte del Gobierno".

La propuesta del profesor de Chicago es conseguir el reordenamiento de derecho no por medio del "plan de gobierno" puesto en marcha ("previsibilidad"), sino más bien conseguirlo por medio de la espontaneidad que van señalando las leyes del mercado. La razonabilidad del reacomodamiento individual estará en la conveniencia económica, capacidad de reasignar recursos, etc. y a partir de allí comenzará a construirse el orden ("ejemplaridad").

Lo que acabamos de señalar muestra también una marcada afinidad de su pensamiento con la justicia "partial" en tanto busca legitimar el arreglo por la intervención de los mismos interesados (transacciones individuales de mercado) o a lo sumo por repartidores sectorizados (acuerdos que se dan dentro de la firma o gran empresa). Es por ello que frente al carácter limitado de la justicia "partial", la cual no puede resolver acabadamente problemas donde aparece el interés común, nuestra propuesta sea exigir la intervención de repartidores con título más generales con lo que provocamos un desplazamiento hacia la justicia "gubernativa".

Por último, en tanto las transacciones individuales o la firma logren el reordenamiento de los derechos con costos razonables, sus soluciones se tornan aceptables por sí mismo sin reparar en el contenido del material repartido. Es el clásico apego a una de las clases de justicia, la "consensual", que lleva a suponer que todo lo pactado es justo por el sólo hecho de provenir de un pacto. No puede ser de otro modo. En tanto se marginan o desplazan los otros valores, los acuerdos se estiman sólo en función de la utilidad, la cual por supuesto queda preservada en tanto se exigía para su aprobación que satisfaga un mecanismo de costos reducidos.

"Ejemplaridad", "Justicia Consensual", "Simetría", "Justicia Partial", son todas opciones que reflejan un trasfondo

do ideológico coherente; seguir manteniendo estos conflictos que importan a toda la comunidad, dentro del área "privatista", aislados de la ingerencia del estado.

DIMENSION NORMATIVA

Nuestro derecho privado se ocupa de este tema en el "Título IV" del "Libro III" del Código Civil. Específicamente, dos preceptos agotan su tratamiento, aunque ya en el título anterior el legislador aludía al problema cuando señalaba (art. 2514) que el ejercicio de las facultades conferidas por el art. 2513 no podían ser restringidas porque tuvieran por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer. ¿Importaba ello consagrar una inmunidad de responsabilidad para quien desarrollada la actividad perjudicial? De ninguna manera. La nota al mismo precepto señalaba que la resolución de este artículo "no importa decir que el dueño de una finca pueda poner en ella establecimientos industriales que hagan disminuir en sus valores y en sus alquileres los predios vecinos...". Y en los artículos 2618 y 2619 se daban las pautas para merituar las acciones dañinas y la medida de la indemnización.

Tanto de la lectura de estos dos artículos como del mencionado precedentemente se desprende que Vélez Sarsfield concebía el problema de un modo unilateral. La cuestión es tomada como que A perjudica a B, y de lo que se trata es reparar el perjuicio de B sin considerar la incidencia (particular o general) que la carga indemnizatoria o la supresión de actividades tiene sobre A. El sentido individual con que se ampara a A (artículos 2513/2514) puede provocar su mutilación si B esgrime su derecho también inalterable.

El artículo 2618 en su nueva redacción se abre en cambio a considerar el problema como de naturaleza recíproca pues el juez;

"...debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso".

En su redacción originaria nuestro Código Civil omi-

tía dar criterios inspiradores de soluciones. La reforma de la ley 17711 ha venido a señalar tres pautas: "las exigencias de la producción", de fundamental importancia por la proyección social que puede tener la supresión o continuación de un centro productivo, extremo donde reside por otra parte la trascendencia de concebir al conflicto como un problema recíproco y no unilateral; en segundo lugar se establece el "respeto debido al uso regular de la propiedad"; y por último la ley llama para integrar el decisorio a una circunstancia puramente formal, "la prioridad del uso".

La proyección social que suele tomar este tipo de conflictos, la imposibilidad de encontrar adecuada solución con el manejo exclusivo de las clases de justicia afines al derecho privado (tal como se pensó clásicamente), se corresponden con la resistencia ofrecida a la sistematización intentada por el derecho privado. No es casual que, precisamente en este punto donde el Código Civil debió regular una profusa confluencia de intereses individuales y generales, su sistema haya despertado serias observaciones de civilistas y administrativistas.

Efectivamente, si bien el codificador enfatizaba en la nota al artículo 2611 que en el título (número VI del libro III) no habría de ocuparse de "Las restricciones impuestas al dominio por sólo el interés público" por considerarlas "extrañas al Derecho Civil", muchos de los preceptos como expresa Salvat (8) contienen restricciones consagradas no sólo en mira del interés privado o de la vecindad, sino otras que salen evidentemente de este carácter, como ocurre con las que nosotros hemos incluido entre las restricciones de interés público. Villegas Basavilbaso reconoce la dificultad de una pulcra discriminación de las limitaciones a la propiedad privada en el obstáculo emergente de la confusa divisio entre lo privado y lo público (9). Argañarás sostiene que aún cuando, en principio,

(8) SALVAT, R.M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales", t. II, 5ta. Ed. Tipográfica Edit. Arg., Bs. As., 1962, pág. 327.

(9) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Adminis-

sea el interés público el que sirva para caracterizar las restricciones que juegan en el campo del Derecho Administrativo y que corresponde al Derecho Civil determinar las que deben regir en la esfera del derecho privado, dicho criterio resulta insuficiente para establecer una neta diferenciación. Dentro de la clasificación que de unas y otras ha hecho el Código, hay limitaciones de derecho privado, como las impuestas al ius abutendi, que se fundan indudablemente en el interés público, como hay otras, las referentes a los malos olores o a los ruidos molestos, que pueden ser materia de restricciones municipales si llegan a afectar a la comunidad o público en general (10). La dificultad reside en establecer cuándo un conflicto queda en la esfera de los colindantes y cuándo trasciende al interés general.

(Cont. (9)) trativo", t. VI, Tipográfica Edit., Bs. As., 1956, págs. 46 y ss.

(10) SALVAT, R.M., "Tratado de ...", t. II, N° 10a., actualizada por Argañarás.