

COMPOSICION, SENTIDOS Y UBICACION CULTURAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI(**)

1. Cada parte del universo puede comprenderse desde todas las demás y es una perspectiva para comprender a todas las otras. Esto permite constituir una infinita **complejidad pura** del saber que realiza, en última instancia, el viejo sueño de la Filosofía, animada por la "vocación de universalidad" (1). Al hilo de tal complejidad pura es posible constituir, asimismo, la Teoría General del Derecho como "sistema jurídico" (2) y se sientan las bases para dejar esclarecidas antiguas polémicas acerca del alcance de las ramas jurídicas, entre las cuales se encuentra el Derecho Internacional Privado.

Dado que existen infinitas vías de comprensión del Derecho Internacional Privado como componente del universo, es posible advertir que las polémicas acerca del objeto de su ciencia (3) pueden corresponder, en definitiva, a diferentes perspectivas de la verdad, con distinta importancia, pero todas idóneas para iluminar la complejidad pura de nuestra rama jurídica.

El Derecho Internacional Privado tiene un **núcleo dikelógico** constituido por la solución del "conflicto de leyes" (mejor, quizás, "conflicto de soluciones posibles") mediante la imitación del Derecho con el que el caso se vincula (fundada en la incomprensibilidad relativa del elemento extranjero) y a continuación de ese núcleo se inscriben **otras soluciones** que progresivamente se van alejando de él, con menos intensidad jusprivatista internacional, hasta llegar a la realidad más opuesta, del Derecho Privado común. Se pasa así, con diferentes grados de afinidad, por el Derecho Privado Uniforme, el Derecho Privado Unificado y la autonomía universal; por el Derecho Privado de Extranje-

(*) Ideas desarrolladas en el curso de postgrado sobre "Derecho Internacional Privado Profundizado" organizado por la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y el Instituto "Werner Goldschmidt" de Investigaciones Jurídicas Especializadas e Interdisciplinarias de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(2) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.

(3) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5ª. ed., Bs. As., Depalma, 1985, pág. 75; "El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos", Bs. As., Belgrano, 1979; DEBY-GERARD, France, "Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux", Paris, Dalloz, 1983; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografica - Editrice Torinese, t. I, 1972, págs. 164 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon-BOUREL, Pierre, "Droit international privé", Paris, Dalloz, 1978, págs. 58 y ss.; v. también, por ej. GOTHOT, Pierre, "Phocion Francescakis et "La pensée des autres" ", en "Revue critique de droit international privé", t. 76, págs. 711 y ss.

ría y, de cierto modo, por las diferentes soluciones incluidas en las “leyes de aplicación inmediata” (4).

Asimismo se advierte que esa categoría de las “leyes de aplicación inmediata” es, desde el punto de vista dikelógico, una mezcla infundada, porque une el orden público “a priori” (de referencia privatista a nivel humano) y las leyes de policía (basadas en la publicista referencia al bien común de la comunidad que las establece). De ese modo, la llamada teoría tripartita contemporánea (5) acerca del objeto de nuestra ciencia corresponde al pasaje, desde la más privatista internacional “regla de conflicto de leyes”, a través del menor grado de internacionalidad de las soluciones materiales y el orden público “a priori”, hasta las publicistas leyes de policía (6).

Pese a ser la perspectiva dikelógica la más significativa para el reconocimiento de las afinidades de los fenómenos jurídicos, es sólo uno de los infinitos puntos de vista con los que, como integrante del universo, puede ser comprendido el Derecho Internacional Privado. Es así que cabe reconocer otras relaciones, principalmente referidas a las dimensiones **sociológica** y **normológica** y, trascendiendo el marco estrictamente jurídico, al valor **utilidad**. No nos cabe duda que al hilo de las perspectivas sociológica y de utilidad la concepción tripartita a la que nos referimos muestra más coherencia interna, pues siempre se trata de soluciones respecto de los casos jusprivatistas internacionales y de la remisión “homogenizante” última al valor orden (7). No es por azar que quienes se remiten más a la utilitaria vida del comercio tienden a no diferenciar las diversidades dikelógicas que hemos señalado. Incluso, desde ese punto de vista de la utilidad, son preferibles las en definitiva más simples soluciones materiales y de aplicación inmediata.

Por el contrario, la dimensión **normológica** —dócil en la superficie, donde las soluciones ocupan el lugar que sus autores quieran darles— tiende, en su profundidad, a acentuar las diferencias al hilo del “recorte” que producen los conceptos y los métodos diversos. En la perspectiva metodológica, la diferencia entre el método indirecto de las reglas de “conflicto” y el método directo de las soluciones materiales y de las leyes de aplicación inmediata, tiende a hacer pensar en compartimentos estancos.

La discusión acerca de la composición del Derecho Internacional Privado ha de proseguir mientras continúe el conflicto último entre los puntos de vista que sirven de referencias, más o menos conscientes, a las posiciones en pugna, pero creemos que ha sido superada, como un enfrentamiento episódico relativamente insoluble pero **integrable** en una complejidad pura, por la luz que puede arrojar sobre ella la Filosofía del Derecho.

2. El **sentido** del Derecho Internacional Privado puede comprenderse en dos direc-

(4) Es posible c. 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. 3 y ss.

(5) V. GOLDSCHMIDT, “Derecho...” cit., pág. 75.

(6) Es posible tener en cuenta CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(7) La referida “homogeneización” desde la perspectiva del orden no excluye diferencias importantes en relación con otros valores de la dimensión sociológica del Derecho.

ciones diferentes: una es la de la "horizontalidad" de las distintas culturas jurídicas en juego, que se refiere a la "distancia" entre ellas y acrecienta la tensión del "conflicto de leyes" y otra es la de la "verticalidad" de la profundización privatista, que conduce en definitiva a comprender el "Derecho Universal" (la universalidad de lo jurídico) (8) y a ubicar al Derecho Internacional Privado como una de sus manifestaciones, donde las distancias entre culturas tienden a perder por lo menos parte de su significación. Toda solución jusprivatista internacional, sea de "conflicto de leyes" y posible aplicación del Derecho extranjero, de carácter "material" en sentido específico, de orden público a posteriori o a priori, etc., puede ser comprendida a través de esta dialéctica de sentidos. A medida que gana espacio la horizontalidad internacional lo pierde la verticalidad privatista y, a la inversa; aunque cabe destacar que, como siempre, en definitiva en cada situación la solución justa (y en última instancia la respuesta valiosa) es una sola.

Según hemos señalado, desde el punto de vista dikelógico, que es el más significativo en el mundo jurídico, el sentido nuclear del Derecho Internacional Privado es el de "horizontalidad" y diferencia entre las distintas culturas, pero esto no debe llevar a desconocer que horizontalidad y verticalidad son perspectivas vitales cambiantes del fenómeno humano.

3. El Derecho Internacional Privado significa un complejo axiológico rico y abierto y no es sin motivo que ha tenido sus horas estelares en ciertos momentos de la cultura occidental, sobre todo en la medida que ha existido un variado conjunto de valores coronados por el valor humanidad. La cultura occidental, signada en la antigüedad por especiales realizaciones de los valores utilidad (promotor del "cambio" y la expansión) y santidad (fuente de estabilidad y contracción, auxiliada por el equilibrio del valor orden), es particularmente heredera de aportes diversos, griegos, judíos y romanos.

La cultura griega, próxima de manera especial al Derecho Internacional Privado y cuna de la apertura mental de la filosofía, agregó a los valores básicos antiguos de utilidad y cierta forma de santidad, la belleza, la verdad y una proyección principalmente publicista de la justicia. La cultura judía, referida en última instancia a un Dios "aniconico", del cual poco se sabe, logra así un alto grado de abstracción valorativa, que es raíz favorable a la apertura, y acentúa el apego a la santidad en una versión emparejada con la justicia con los pobres y los extranjeros. De su seno surgió el desarrollo de la fe cristiana en el "Dios-Hombre", que es la revolución cultural característica del sentido humano de Occidente. A partir del cristianismo la idea de la jerarquía de cada ser humano, "hermano" del Creador encarnado y hecho a su imagen y semejanza, sienta las bases para la superación de las fronteras y lo que, con el tiempo, sería el Derecho Internacional Privado. La cultura romana, más superficial que las anteriores y por tanto más idónea para construir un imperio vasto y perdurable, agrega a la utilidad y a la debilidad

(8) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

sentido de la santidad un destacado afán por la justicia, sobre todo en sus proyecciones privatistas. Su relativa apertura a las diversidades culturales se expresó notoriamente en el "jus gentium".

A la vida antigua le faltó, para llegar al Derecho Internacional Privado, una vocación pluralista por lo humano que le permitiera superar el apego al orden, según el cual el extraño debe ser eliminado o por lo menos, de alguna manera, dominado. En la alta Edad Media la fuerte adhesión a la santidad trababa el desenvolvimiento en el sentido del Derecho Internacional Privado, aunque este valor, firmemente unido al valor humanidad, dejó significativo espacio para que debajo de él se desarrollara el respeto propio del Derecho interregional. Esto ocurrió cuando, en la baja Edad Media, despertaron y crecieron otros valores como la utilidad, la verdad y la belleza e incluso se elevó el "techo" de la humanidad. No es por azar que entonces nuestra materia tuvo su primer gran hora estelar.

Aunque la Edad Moderna fue fecunda en el despliegue de la cultura, en general el apego al orden con miras a la constitución de los Estados modernos fue adverso al Derecho Internacional Privado. Cuando el proceso de formación de estos Estados estuvo adelantado, el rico complejo axiológico desarrollado, con un elevado "techo" de humanidad, hizo que los últimos tiempos de la Edad Moderna y, sobre todo, la primera parte de la Edad Contemporánea (principalmente segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX) constituyeran la segunda y más brillante época estelar de nuestra materia, centrada entonces, de manera indudable, en el alto respeto intercultural del método del "conflicto de leyes" desenvuelto a nivel internacional (9). En nuestros días, el especial despliegue del valor utilidad, que tiende a devorar a los otros valores e incluso al valor humanidad, disminuye las diversidades culturales, promoviendo la uniformidad y la unificación. No es sin motivo que ahora las "distancias" del "conflicto de leyes" reciben menos atención (10).

4. Para que se desarrollen en la realidad las "reglas de conflicto" y la imitación del Derecho extranjero, es necesario que se produzcan una "retracción" valorativa de la comunidad "fori" y un "avance" valorativo de la comunidad cuyo Derecho ha de imitarse. Esta dinámica puede ocurrir por retracción de los criterios generales orientadores de un valor (y principalmente de la justicia) con referencia a avances de requerimientos de los despliegues de valencia y valoración del mismo valor, o directamente como sustitución de un valor por otro, al hilo de algún valor que les sirve de común denominador. Para que se produzcan la retracción y el avance de los valores es necesario contar, en definitiva, con una referencia de valor más "sólida", que se estime en ma-

(9) En el siglo XIX la diversidad axiológica se expresaba, por ejemplo, en una gran pluralidad de líneas culturales diferentes: el mundo europeo se había dividido en lo religioso, lo político y lo social (v. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., págs. 147/148).

(10) Es posible c. nuestras "Perspectivas..." cit., esp. págs. 81 y ss.

El epicureísmo, que lleva a los hombres a la búsqueda del placer y a considerarse extranjeros en todas partes, conduce al fenómeno "criptoimperial".

yor medida (11).

Por ejemplo: la imitación del Derecho domiciliario para resolver un problema de capacidad puede significar la retracción del criterio general orientador de adquisición de la capacidad a los veintiún años en aras del avance de la valoración de que en el caso es más justo reconocerla a los dieciocho, porque así se hace en el país con que dicho caso se vincula. También puede significar —v. gr.— la retracción de la justicia por estimarse, en aras del avance del valor utilidad (apoyado o no en la humanidad) que es más útil (y, tal vez también más humano) resolver el reconocimiento de la capacidad a los dieciocho años.

En las horas estelares del Derecho Internacional Privado, la solución de los conflictos de leyes [ha surgido de la retracción de los despliegues orientadores “fori” en aras del avance de otros despliegues, generalmente de valoraciones de justicia referidas a la valencia de este valor, con aspiración de humanidad. Hoy el empuje incontenible de la utilidad tiende a que la retracción de los despliegues de la cultura fori se produzca siempre para el avance de las realizaciones de este valor. Por otra parte, la utilidad es un valor especialmente “egoísta” y las referencias a ella se relacionan más con la **propia** utilidad: de aquí el incremento del territorialismo.

La retracción y el avance de los valores en la realidad debe producirse, en definitiva, cuando objetivamente hay “remisión” o “desarrollo” de las exigencias ideales. De aquí la tensión generalizada que suele evidenciarse entre el avance real de la utilidad y los requerimientos de justicia, que también se presenta en Derecho Internacional Privado (12).

- (11) Respecto a los comunes denominadores axiológicos v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, págs. 205 y ss.
- (12) Acerca de la historia del Derecho Internacional Privado, v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Derecho...” cit., págs. 67 y ss.; “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Bs. As., EJE, t. I, págs. 143 y ss.; BATIFFOL, Henri, “Droit international privé”, 5a. ed. (con el concurso de Paul Lagarde), París, L.G.D.J., t. I, 1970, págs. 7 y ss.; VALLADAO, Haroldo (Prof.), “Direito Internacional Privado”, t. I, 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974, esp. págs. 105 y ss.

EL DERECHO COMPARADO Y SU RELACION CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. Aunque la tarea comparativa es posibilidad y realidad común de toda nuestra vida, el desarrollo del Derecho Comparado tiene ciertos requisitos que se dan principalmente en determinadas **circunstancias históricas**, como las que han venido produciéndose a partir de fines de la Edad Moderna y especialmente en la Edad Contemporánea. Para que haya firme vocación por el Derecho Comparado es necesario que existan diversas unidades jurídicas llamadas a la comparación e interés de una por conocer el Derecho de otra. Se trata, en última instancia, de la posibilidad de reconocer ciertos rasgos comunes y diferentes de dichas unidades.

El impulso con miras al Derecho Comparado suele provenir del deseo de comprender a los otros, para afirmarnos en nuestra propia particularidad o para recibir su modelo, pero en definitiva ha de surgir de la necesidad de convivir con los demás en una “complejidad pura”, en la que nos diferenciamos y nos integramos. Así se advierte que el Derecho Comparado no puede progresar cuando se piensa en un Derecho Común que desjerarquiza las particularidades o en un Derecho particular que nada tiene en común con los demás.

2. El interés por el Derecho Comparado está en estrecha relación con el **estilo filosófico** que se desarrolle. Una posición racionalista, del tipo que suele tener el **jusnaturalismo apriorista**, tiende a presentar al Derecho Comparado como innecesario, ya que el Derecho Natural concebido como universal y eterno es el paradigma que en definitiva resulta significativo, y las particularidades se dividen según sean concordantes con él y por tanto legítimas pero de escasa trascendencia propia, o discrepantes con él y por tanto ilegítimas y eliminables. El historicismo radical es hostil al Derecho Comparado pues en él el Derecho ha de resultar del espíritu del propio pueblo y es poco lo que pueden interesar los otros Derechos. Sólo cuando se equilibra la vocación racional e histórica —como sucede en la “teoría trialista del mundo jurídico”— el Derecho Comparado encuentra marco francamente propicio. A través del reconocimiento trialista de las tres dimensiones jurídicas, y sobre todo de su comprensión del carácter a la vez único, igual y comunitario de todos los seres humanos, resulta más plenamente posible el interés por el Derecho Comparado.

3. Según sucede en todas las perspectivas cósmicas y en todas las perspectivas jurídicas, el Derecho Comparado posee **relaciones** con los demás enfoques del cosmos y del Derecho. Entre las perspectivas jurídicas que se relacionan de manera especialmente significativa con el Derecho Comparado, se encuentran la Filosofía del Derecho y la Histo-

(*) Ideas básicas de una disertación en el curso de “Elementos de Derecho Comparado” del Doctorado en Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina que se dicta en Córdoba.

(**) Investigador del CONICET.

ria del Derecho, el Derecho Nacional, el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Universal.

La **Filosofía del Derecho** puede ampliar su comprensión de lo jurídico reconociendo la existencia de Derechos de estilos diferentes, por ejemplo, uno más "positivo" y "humano" y más "económico", como el Derecho Occidental actual, y otros más religiosos, como el Derecho musulmán. A través del Derecho Comparado, la **Historia del Derecho** evita correr el riesgo de caer en la esclerosis en la comprensión de los procesos históricos, advirtiéndole que no siempre se repiten los mismos cauces. La diversidad de posibilidades históricas se aprecia mejor al hilo del reconocimiento de los diferentes procesos históricos ocurridos en los distintos marcos espaciales. A su vez, al hilo de unos procesos se observan también mejor los condicionamientos históricos de los otros. El Derecho Comparado y la Historia del Derecho comparten en diferentes grados una vocación básica por la particularidad, y aunque en la Historia esta referencia es mayor, en definitiva historia es también de cierto modo comparar.

El Derecho Comparado es altamente enriquecedor para el **Derecho Nacional** por las posibilidades de reconocer y decidir la propia originalidad y la recepción de modelos extranjeros (1). Con referencia al **Derecho Internacional Público**, el Derecho Comparado nos revela la realidad última de las unidades relacionadas y posee amplia significación para la comprensión entre los Estados. Para el **Derecho Internacional Privado**, materia de nuestro especial interés, el Derecho Comparado constituye en gran medida la base y el marco de su desarrollo. Según el esclarecedor decir de Werner Goldschmidt, el Derecho Internacional Privado es, sociológicamente considerado, un conjunto de casos justiciables con elementos extranjeros y sus soluciones, que —en el meollo del complejo de la materia— deben resolverse en el sentido de la extraterritorialidad ("limitada") del Derecho con el cual se vinculan (2). El reconocimiento de la "extranjería" del caso y sobre todo de su "distancia" cultural mayor o menor con nuestro Derecho depende del Derecho Comparado; la solución ha de ser más necesariamente de extraterritorialidad (método del "conflicto de leyes", núcleo de la materia) o de otro tipo (v. gr. Derecho Unificado o Uniforme), según la distancia reconocida por el Derecho Comparado. En su dimensión normológica el Derecho Internacional Privado en sentido estricto, se constituye a través del empleo de los métodos indirecto, analítico-analógico y sintético-judi-

(1) Es posible v. CIURO CALDANI Miguel Angel, "Originalidad y recepción en el derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", No 9, págs. 33 y ss.

(2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1985, págs. 3 y ss.; 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, esp. págs. 5 y ss. Cabe diferenciar respuestas territorialistas (extremas - Derecho Privado común y "leyes de aplicación inmediata" o mitigadas -Derecho de Extranjería y Derecho Uniforme o Unificado e incluso Derecho "ad hoc" para los casos en que ha intervenido el orden público "a posteriori"—); extraterritorialistas (limitadas -aplicación del Derecho extranjero para los casos internacionales- o ilimitadas -recepción del Derecho extranjero, para los casos nacionales-) y no territorialistas ("autonomía universal").

cial. El método indirecto es reflejo de la extraterritorialidad de las soluciones. el método analítico-analógico (o quizás, mejor, analítico-privatista) ha de desenvolverse para dar cauce a todas las categorías posibles del Derecho Comparado y la síntesis judicial es factible si se captan en profundidad los significados de los diferentes Derechos aplicables a través del Derecho Comparado. El espíritu de respeto al elemento extranjero, que por ser diferente de nosotros resulta débil, sólo es posible al hilo de la comprensión profunda del carácter misterioso de los demás, que surge del Derecho Comparado.

Se ha pretendido que el problema de las calificaciones se resuelva en base al Derecho Comparado (Rabel) y es evidente que la información acerca del Derecho extranjero que resulta aplicable, tomando en cuenta inclusive la alta complejidad de datos requeridos cuando nos remitimos a la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero ("teoría del uso jurídico" o, mejor, al equivalente de dicha sentencia, surgido de la sentencia que dictaría el juez extranjero frente a nuestro caso, de relativo arraigo nacional), ha de obtenerse a través del Derecho Comparado. Es al hilo del Derecho Comparado que ha de reconocerse el grado de incompatibilidad del Derecho extranjero con el nuestro, que llega al orden público.

Sólo a través del estudio del Derecho Comparado se logra comprender en profundidad el sentido vital del Derecho Internacional Privado que, de lo contrario, queda reducido a un ejercicio abstracto.

El Derecho Comparado es una pieza fundamental de la comprensión debida del **Derecho Universal** (3), entendiendo por éste la complejidad pura de todo el Derecho en su despliegue espacial, con las influencias recíprocas, notorias o no, que existen entre sus partes.

4. El Derecho Comparado significa una vía muy importante para la comprensión de la pluralidad de razones de la **justicia "dialogal"** y de las semejanzas y diferencias necesarias para el desarrollo de la **justicia "distributiva"** ("relativa") (4). Es, a semejanza del Derecho Internacional Privado, una verdadera escuela de **tolerancia**. Asimismo, los diferentes paradigmas que podemos recibir de los demás a través del Derecho Comparado son **perspectivas** abiertas para el despliegue de nuestra personalidad, sea por su aceptación o rechazo (5). El Derecho Comparado es senda para el desarrollo del **humanismo integral**, enriquecido en la expansión del fenómeno humano.

5. Como es posible comparar desde cada punto del universo, esto también ocurre respecto del Derecho. De aquí que se hayan desenvuelto dentro del Derecho Comparado diferentes tendencias, v.gr. de referencia **legislativa**, **doctrinaria** o **jurisprudencial** (6). Pese a las desviaciones particularistas y globalizantes de la comparación, ésta ha de en-

(3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(4) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, págs. 40 y ss.

(5) Es posible c. nuestro artículo "El valor de los demás" en "La Capital", 25 de febrero de 1979.

(6) V. CORNIL, Georges, "La complejidad de las fuentes del Derecho Comparado", en SUJIYA-YAMA, Naojiro y otros, "Concepto y métodos del Derecho Comparado", trad. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, México, Compaffia General Editora, 1941, págs. 103 y ss.

cararse equilibrando, según las necesidades de la comprensión de cada caso, perspectivas **particulares y generales** en una integración última de complejidad pura. Para una mejor comparación se han de encontrar **denominadores comunes** respecto de los cuales cobran más claros significados las particularidades de los elementos comparados y se han de reconocer, asimismo, **denominadores particulares** en relación con los cuales adquieren significados más nítidos las generalidades de las áreas de referencia.

Al efecto, la comparación ha de profundizar en definitiva hasta los resultados vitales últimos, reconociendo que por vías aparentemente semejantes pueden producirse resultados finales diferentes y que, a la inversa, por caminos aparentemente diferentes pueden generarse resultados últimos semejantes. Para ello es especialmente importante el arsenal conceptual de la teoría **trialista** del mundo jurídico y de sus proyecciones políticas y filosóficas generales (7).

6. Al hilo de la comparación cabe reconocer afinidades y diferencias relativas que permiten identificar "**familias**" jurídicas distintas, sin que estas grandes unidades legitimen ignorar las diferencias internas y las semejanzas de sus componentes más allá de sus respectivos límites. Dada la infinita complejidad de lo jurídico, también es infinita la tarea comparativa; pero la **jerarquización** de las perspectivas permite reconocer los significados más importantes (8).

- (7) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios..." cit.; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- (8) V. acerca de las grandes "familias" jurídicas DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", 3a. ed., Dalloz, 1969; LOSANO, Mario G., "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982. También v. MAZZARELLA, Giuseppe, "Le unità elementari dei sistemi giuridici", Messina, Principato, 1922.
Respecto del tema de la relación del Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado, v. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., pág. 82 (también c. "La Alonomología (o ciencia del derecho comparado)", en "El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos", Bs. As., Belgrano, 1979, págs. 123 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Les apports du droit comparé au droit international privé", en "Choix d'articles", Paris, L.G.D.J., 1976, págs. 113 y ss. En cuanto al Derecho Comparado en general, y por ej. la bibliografía que surge de las notas de nuestros "Lineamientos..." cit. y la "Revue internationale de droit comparé".

FILOSOFIA, DEMOCRACIA Y DESARROLLO (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. El universo, y de manera especialmente importante nuestra vida, son complejos profundamente interrelacionados, donde cada parte posee significación para el resto. Sin embargo, con frecuencia estas interrelaciones no reciben la atención que merecen, y entre ellas creemos que se encuentran la Filosofía, la democracia y el desarrollo. A nuestro parecer, en profundidad, los tres se requieren entre sí intensamente.

2. Para poder satisfacer su vocación de universalidad, la Filosofía debe ser desenvuelta por cada individuo y cada grupo como un quehacer personal, ya que cada uno de ellos significa una perspectiva propia del universo, desde la que pueden conocerse alcances diferentes de los que resultan abordables por otros. De aquí que la Filosofía requiere libertad, para que cada individuo y cada grupo asuman ese punto de vista propio, pero también **democracia**, a fin de que “escuchando” a los demás puedan apreciar perspectivas que no están a sus propios alcances directos. La “apertura” mental que corresponde a la Filosofía como “amor a la sabiduría” exige, a la vez, libertad y democracia.

A la recíproca, la democracia tiene así en la Filosofía uno de sus fundamentos más sólidos: quien esté animado por una vocación filosófica plena será siempre, en la medida de esa plenitud, un demócrata convencido. Aunque no desconocemos que la Filosofía ha florecido a veces también en climas de autoridad, como el de la Alemania del siglo XIX, creemos que no es por azar que ha tenido su primera hora estelar en la relativamente democrática Atenas.

Si tomamos en cuenta que la filosofía surge de una dinámica permanente entre pregunta y respuesta, superadora de la mera duda y el dogmatismo, queda configurado el límite entre el aporte filosófico a la verdadera democracia, centrado en la pregunta, y la yuxtaposición humana carente de energía vital, que se produce —como lo muestran ciertas sociedades “desarrolladas” de nuestro tiempo— al hilo de la duda. Por otra parte, si bien la democracia adquiere energía a través de la respuesta, cuando ésta se aproxima al dogmatismo, que abandona la pregunta, el régimen tiende a apartarse del respeto de cada uno a los demás, como partícipes de la verdadera democracia, y a entrar en los marcos del autoritarismo.

3. Como la Filosofía posee vocación de universalidad, significa una amplia afinidad con la actitud vital del **desarrollo** aunque, a semejanza con el estancamiento del subdesarrollo, pero obviamente en otro sentido, la satisfacción del “desarrollo” puede adormecer la pregunta, según se advierte también en las sociedades avanzadas de nuestra época. La Filosofía se desenvuelve, sobre todo, en las actitudes de quienes están en “vías de desarrollo” pero no están conformes con lo obtenido; obviamente, dentro de los mar-

(*) Ideas básicas del curso del ciclo de orientación definida sobre “Filosofía, democracia y desarrollo” que dictará en la Facultad de Derecho de la U.N.R. en 1988 la cátedra III de Filosofía del Derecho de esta Casa.

(**) Investigador del CONICET.

cos conformados por otras influencias, psíquicas, sociales, etc. La Filosofía promueve al desarrollo y también, en cierto sentido, el desarrollo se acompaña con la Filosofía. Para que un hombre se dedique a la Filosofía ha de poseer la intensidad vital que suele corresponder al desarrollo y éste, cuando es verdaderamente tal, se ilumina filosóficamente. También en este caso la duda y el dogmatismo, que son en definitiva hostiles a la Filosofía, se relacionan negativamente con el desarrollo, sea porque impiden encontrar su camino o porque al fin agotan la posibilidad de renovarlo.

4. A su vez, entre **democracia** y **desarrollo** existen, asimismo, profundas afinidades que destacó el pensamiento sansimoniano (1). La gravitación del hombre como participante de la democracia se obtiene cuando posee también significación como integrante de la vida económica (y, en general, de la vida cultural) (2).

De la capacidad de una filosofía y sobre todo de una Filosofía del Derecho para profundizar en los fenómenos de la democracia y el desarrollo depende el descubrimiento cabal de las relaciones que existen entre los tres. El **unidimensionalismo normológico** sólo puede apreciar cualidades de democracia formal y es impotente para comprender el fenómeno del desarrollo; el **unidimensionalismo sociológico** tiende a confundir la democracia con la mera participación y el desarrollo con el crecimiento y el **unidimensionalismo dikelógico** conduce a confundir la democracia con la igualdad y es incapaz de reconocer los cauces de crecimiento para el desarrollo. Creemos que sólo la complejidad pura de la **teoría trialista** del mundo jurídico y de sus horizontes de política y filosofía generales posee la profundidad dinámica necesaria para dar cuenta de las relaciones profundas entre Filosofía, democracia y desarrollo.

A la luz de la **teoría trialista** del mundo jurídico es posible reconocer **estilos filosóficos** más abiertos a la democracia y al desarrollo y otros más hostiles a ellos. Una filosofía es más abierta a la **democracia** en la medida que promueve los repartos autónomos, realizadores del valor cooperación, y la ejemplaridad, donde se satisface el valor solidaridad; cuando confía más en la ordenación de las normas mediante relaciones horizontales de contenido, satisfactorias del valor concordancia, y en cuanto se remite más a la justicia consensual, dialogal y relativa; si atiende a la igualdad de todos los hombres, y prefiere los repartidores autónomos e infraautónomos. Una filosofía es en profundidad, más afín al **desarrollo** si se abre al mismo a través de la promoción de los repartos autónomos, de la ejemplaridad y las relaciones horizontales de contenido entre las normas (3) pero, sobre todo, si comprende la justicia "de llegada" y, en definitiva, que el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad nece-

(1) V. por ej. SAINT-SIMON, "Catecismo político de los industriales", trad. Luis David de los Arcos, 2ª ed. en BIF, Bs. As., Aguilar, 1964, por ej. págs. 55 y ss., 134/135.

(2) Cabe comprender la democracia y el desarrollo como despliegues vitales.

(3) Lo expuesto no significa ignorar que con frecuencia, con miras al desarrollo en ciertas perspectivas, se recurre a los repartos autoritarios, realizadores del valor poder, a la planificación gubernamental en marcha, que satisface el valor previsibilidad, y a las relaciones verticales y horizontales de producción entre las normas, a las que son inherentes los valores subordinación, ilación e infalibilidad.

saria para que se convierta en persona (4). La Filosofía, la democracia y el desarrollo son, en última instancia, vías legítimas para que el individuo llegue a **personalizarse** (5).

- (4) Cabe tener en cuenta CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una comprensión dinámica de la justicia", en "El Derecho", 6 de abril de 1987, (tomo 123, págs. 715 y ss.). Es importante considerar la Carta encíclica de Juan Pablo II "La preocupación social" (v. Revista "Esquiú", año XXVIII, N° 1453 (y su suplemento) y además N° 1452).
- (5) Los tres son despliegues interrelacionados de la **expansión cósmica**.

LA COMPLEJIDAD PURA DE LOS DESPLIEGUES JUSFILOSOFICOS (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI

En el marco de los despliegues jusfilosóficos, la vocación de universalidad y la pretensión de eliminar los supuestos, propias de la Filosofía en general, caracterizan en especial —aunque en diversos grados— a la **Filosofía del Derecho** (Filosofía Jurídica “Mayor”) y a la **Introducción al Derecho** (Filosofía Jurídica “Menor” o Jurídica) (1). La Filosofía del Derecho satisface los dos caracteres filosóficos señalados de manera más integral, en tanto Introducción al Derecho cumple sobre todo con la pretensión de eliminar los supuestos y adquiere más nítida proyección filosófica cuando se presenta como un planteo “previo” a la integración del Derecho en el universo, o sea como un desarrollo encaminado, en definitiva, a la Filosofía del Derecho. Cabe señalar, sin embargo, que en cuanto se diferencie el enfoque jusfilosófico “mayor” del “menor” resulta, de cierto modo, el primero “dependiente” del “supuesto” de la respuesta sostenida en el segundo.

Las dos disciplinas jusfilosóficas más cabalmente tales, que acabamos de señalar, sólo pueden funcionar en su plenitud filosófica cuando están integradas en la **complejidad pura** del saber jusfilosófico, y esto exige que otras disciplinas “**para**filosóficas”, “**in**frafilosóficas” y “**filosóficas**” contribuyan a abrir las fronteras de los compartimientos estancos en que suele presentarse el saber jurídico. La vocación de universalidad, que es en definitiva vocación de auténtica “sabiduría”, ha de desarrollarse en todos sus grados, sin “saltos” en el saber, como los que frecuentemente separan el saber “científico” acerca del Derecho Positivo y el saber jusfilosófico.

Las disciplinas **para**filosóficas, que pertenecen en parte a la ciencia pero abren cauces relativos de saber filosófico, son en un sentido “objetivo” principalmente la **Teoría General del Derecho** entendida como “sistema jurídico”, la **Historia del Derecho** y el **Derecho Comparado**. A través de ellas, las limitaciones con que suele presentarse el saber científico acerca del Derecho, que cierran el paso a la Filosofía, quedan superadas respectivamente en lo material, lo temporal y lo espacial, permitiendo el enriquecimiento de la pregunta y la respuesta de “¿qué es el Derecho?”, en esas tres perspectivas (2).

Además, aunque con más sentido de “reflexión” del saber y, a nuestro parecer, me-

(*) Notas de una clase de la Unidad I del programa de la cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs. 5 y ss.; también CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(2) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

nos urgencia específica, el planteo para-filosófico ha de enriquecerse con la **Epistemología Jurídica**, caracterizable de cierto modo como una ciencia de “segundo grado” de la ciencia jurídica.

Llamamos disciplinas **infrafilosóficas** a las “ciencias” que se ocupan de los horizontes de las perspectivas de la **Jurística** (3). Se integran así, pese a que ocupan lugares menos centrales en la complejidad del saber jusfilosófico, la **Sociología del Derecho**, horizonte científico del estudio jurídico de la realidad social del Derecho (“**Jurística Sociológica**”) y la **Lógica y la Metodología del Derecho**, horizontes intermedios entre la Filosofía y la ciencia, respecto del estudio jurídico de la normatividad del Derecho (“**Jurística Normológica**”).

Para que el saber jurídico no se bloquee en compartimientos estancos, es asimismo imprescindible la comprensión del Derecho en el marco general de la convivencia, que es tarea de la **Filosofía Política** (4), eslabón imprescindible para el planteo de la **Filosofía general**. En los enfoques de parafilosofía e infrafilosofía se trata sobre todo del avance en lo jurídico en marcos no filosóficos; en cambio aquí los planteos son filosóficos y metajurídicos.

La complejidad pura del saber jusfilosófico posee **infinitas** perspectivas, pero urge reconocer las principales líneas, que acabamos de señalar. Un plan de estudios de Abogacía ha de permitir, por lo menos para los alumnos que busquen más acabada formación jusfilosófica, el desarrollo del complejo integral de los despliegues referidos (5).

Es más, sólo al hilo de la riqueza de las perspectivas materiales, temporales y espaciales de lo humano y, en especial, de la pluralidad de modelos presentados por la **Historia del Derecho** y el **Derecho Comparado**, es posible reconocer el marco cabal de la **personalización** que puede alcanzar el individuo, como lo exige el principio supremo de justicia. La **Filosofía del Derecho** revela la exigencia de personalización, pero, a su vez, la personalización se orienta a través del complejo jusfilosófico.

- (3) Es obvio que cuando nos referimos a “infrafilosofía” no lo hacemos en sentido peyorativo, sino de menos pretensión de satisfacer las exigencias de la Filosofía.
- (4) Es posible c. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984 y “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976.
- (5) Puede recurrirse a asignaturas opcionales y al llamado ciclo de orientación definida, como asimismo a la educación de posgrado y a cursos extracurriculares.
Creemos que las ideas expuestas pueden ser también valiosas para la organización y la tarea del Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales.

MEDITACION FILOSOFICA SOBRE LA EDUCACION DE POSGRADO EN DERECHO

Miguel Angel CIURO CALDANI ()*

La enseñanza de posgrado significa sucesión de los estudios de grado y, como tal, corresponde a la **sucesión del complejo axiológico** de dichos estudios de grado. La sucesión de un complejo axiológico por otro —fenómeno de gran importancia en lo biográfico y lo histórico— puede presentarse con sentidos de **coadyuvancia** u **oposición**, sea ésta de **sustitución** o **secuestro** (1), pero el posgrado universitario, dada la idea de **prosecución** que le es inherente, debe producir una vinculación de **coadyuvancia**, sea ésta por **continuidad** o **recomposición** del complejo.

La **continuidad** no varía la referencia a los valores, manteniéndolos en su identidad, equilibrio y profundidad; la **recomposición** significa cambio en esos aspectos, del equilibrio, la identidad y la profundidad. Si la maduración que supone un grado —sobre todo a nivel universitario— es real, la continuidad puede lograrse con relativa autonomía por el mismo graduado; en cambio, la recomposición es el fundamento específico de la educación “sistemática” de posgrado. Esto significa que las escuelas de posgrado **pueden** asumir el dictado de cursos de continuidad, pero **deben** tomar a su cargo la **recomposición** del complejo axiológico, sea ésta mediante la **especialización**, que dentro del mismo nivel axiológico cambia el equilibrio y la identidad de los valores (pudiendo culminar en maestrías) o la **profundización**, que ahonda en los niveles y despliegues de los valores (y culmina en el doctorado).

En el marco jurídico, es posible ejemplificar diciendo que la **continuidad** puede valer-se de cursos de actualización, considerando las novedades producidas en la legislación y la jurisprudencia; la **especialización** puede acentuar la atención al poder y al orden cuando se refiere al Derecho Penal, o integrar nuevos valores, como la salud, en la Criminología, y la **profundización** se produce, v. gr., cuando desde planteos normativistas dirigidos sobre todo a la coherencia se llega a considerar la justicia, o se pasa de los meros criterios generales orientadores a las valoraciones (2).

(*) Investigador del CONICET.

(1) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, t. II, Rosario, FIJ, 1984, págs. 16 y ss.

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La complejidad pura de las profesiones y las actividades del mundo jurídico”, en “Investigación y Docencia”, N° 5, págs. 15 y ss.

Toda la educación, incluyendo la educación jurídica de grado y posgrado, debe orientarse en función de los valores a desarrollar.

En relación con los temas abordados puede v. nuestro trabajo “Doctorado, Universidad y Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 7, págs. 103 y ss.

La continuidad, la especialización y la profundidad son nociones **relativas** respecto de los complejos anteriores (en el caso de posgrado, en relación a los complejos de grado), de modo que, por ejemplo, un estudio puede ser para ciertas circunstancias básicas de actualización y, para otras, de especialización o de profundización. Sin embargo, esta relatividad no debe hacer olvidar que en cada situación hay exigencias valiosas objetivas que deben satisfacer la graduación y la educación de posgrado.

Urge evitar la **perversión** de los estudios de posgrado, que se produce cuando se abandona la orientación axiológica que antecede y, v.gr., se repiten o disminuyen los valores de la educación de grado, se presenta la mera actualización continuadora como especialización, etc. Hay que evitar la **inflación cultural** en el posgrado.

PERSPECTIVAS HISTORICAS Y BIOGRAFICAS EN EL MUNDO JURIDICO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. Ideas fundamentales

1. Aunque vivimos en un tiempo de honda crisis social, creemos que ésta se origina en gran medida en las vidas particulares. La falta de relación de la cultura “histórica” y la cultura “biográfica” en una verdadera “complejidad pura” de la temporalidad, que es a la vez social e individual, ha provocado que el hombre de nuestros días —de creciente referencia a lo biográfico y marginación de lo histórico— se sienta de cierto modo como perdido en el tiempo (1). El estudio integrado de lo histórico y lo biográfico, superando la mezcla de las dos perspectivas en una complejidad impura y la pretendida simplificación de nuestros días, al hilo de lo biográfico, es exigencia ineludible para la comprensión de la cultura y, en definitiva, del universo desde el punto de vista humano.

La proyección a lo biográfico desconectado de lo histórico tiende a la disolución en lo fáctico, en el mero ser, y la referencia a lo histórico desconectado de lo biográfico conduce al “idealismo” radical, a la consideración exclusiva del deber ser. Cuando lo biográfico ocupa el lugar de lo histórico, tiende a hablarse exclusivamente de la “historia de héroes” y, cuando lo histórico se arroga el “sitio” de lo biográfico se concibe exclusivamente la “historia de pueblos” y la “historia universal”, reduciendo lo individual al anonimato (2).

Para la comprensión de lo histórico y lo biográfico es imprescindible la referencia a valores que, en definitiva, identifican a la historia y la personalidad. Lo histórico y lo biográfico son despliegues de la temporalidad, y ésta se constituye cuando consideramos el tiempo al hilo de los valores. La referencia a valores nos “libera” de lo natural y nos permite descubrir más cabalmente la profundidad individual (“biografía”) y colectiva (“histórica”) de nuestro ser.

La relación entre lo histórico y lo biográfico no es sólo cuantitativa, sino también cualitativa; aunque se trata de dos tipos ideales extremos y nítidamente diferenciados, en la realidad su presencia es gradual. No sólo podemos advertir que todo lo histórico es de cierto modo biográfico y, a la inversa, todo lo biográfico es de alguna manera his-

(*) Investigador del CONICET

- (1) Acerca de la temporalidad puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad”, en “Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario”, N° 3, págs. 33 y ss.; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, esp. págs. 65 y ss. y las obras allí citadas.
- (2) La exageración de la perspectiva histórica lleva al “monumentalismo” en lo biográfico y el desborde del punto de vista biográfico conduce al mero “anecdótico” en reemplazo de lo propiamente histórico.

tórico; cabe también señalar que cuando lo histórico se manifiesta como biográfico o lo biográfico se hace histórico, cambian sus significados. Lo que puede ser más correcto desde el punto de vista histórico puede serlo menos en lo biográfico; lo que puede ser más valioso desde el punto de vista biográfico puede resultar menos estimable en la perspectiva histórica, etc. Así, por ejemplo, durante la época de las monarquías absolutas fueron frecuentes los casos en que las cuestiones "históricas" se resolvieron ilegítimamente con criterios dinásticos que como criterios biográficos familiares hubieran resultado valiosos.

2. La problemática **biográfica** es merecedora de más atención que la recibida hasta el presente (3). Cada circunstancia de nuestra vida —en este caso, "biográfica"—, se comprende con más profundidad cuando se la relaciona con el complejo de valores, sean éstos naturales (absolutos o relativos) o fabricados (auténticos o falsos). En definitiva, la persona es identificable al hilo de los valores que asume, realiza y debe realizar y su biografía ha de comprenderse, asimismo, en relación con ellos. Así, por ejemplo, hay personalidades estéticas, donde predomina la belleza; científicas, en las que se destaca la verdad; jurídicas, donde reina la justicia; filantrópicas, en las que predomina la humanidad, etc. (4). Los cambios de dichos valores significan vicisitudes biográficas de conversión de la personalidad, pudiendo diferenciarse conversiones a nivel de **valencia**, de **valoraciones** o de **criterios generales orientadores**. Un hombre es adulto en la medida que puede reemplazar criterios generales orientadores por valoraciones; es persona plenamente tal cuando puede asumir los valores que corresponden a su situación vital.

El valor humanidad, que es el más elevado a nuestro alcance, es inherente a toda persona, como realización y como deber de realización, y al hilo de él se mantiene, pese a todas las "conversiones" posibles, cierta **identidad** biográfica de la persona. Sin embargo, una de las cuestiones más difíciles de la problemática de la temporalidad, y en este caso del ámbito biográfico, es la de la continuidad de los sujetos, ya que la humanidad es más individualizadora y jerarquizadora que identificadora. Dadas las vastas posibilidades de conversión de la persona, la identidad se construye siempre sobre enérgicos fraccionamientos, a veces ilegítimos.

- (3) Acerca de lo biográfico puede v., por ej., ORTEGA, Exequiel César, "Historia de la biografía", Bs. As., El Ateneo, 1945 (sobre la biografía como tema constante c. págs. 17 y ss.); las lúcidas reflexiones de José ORTEGA Y GASSET, v.gr. en "Pidiendo un Goethe desde dentro", en "Obras Completas", t. IV, 5ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1962, págs. 399 y ss. En cuanto a las totalidades sucesivas, cabe mencionar: ROUGES, Alberto, "Las jerarquías del ser y la eternidad", Universidad Nacional de Tucumán, 1943 (sobre el pensamiento de Rougès v., por ej., TORCHIA ESTRADA, Juan Carlos, "La Filosofía en la Argentina", Washington, Unión Panamericana, 1961, págs. 261 y ss.). Cabe recordar, asimismo, las nociones de "status viatoris" y "status 'comprehensoris'" empleadas por Agustín Basave Fernández del Valle. Puede v. CIURO CALDANI Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. I, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982, págs. 260 y ss.
- (4) Acerca de los tipos de personalidad —enfocados además desde muchos otros puntos de vista, por ej., en DAVID Henry P. y otros, "Teorías de la personalidad", trad. Ricardo Enrique José Malfé, 4ª ed., Bs. As., Eudeba, 1977—, cabe tener en cuenta de manera destacada la obra de SCHELER, Max, "Ética", trad. Hilario Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1941-42.

Según las características del complejo valorativo respectivo, pueden reconocerse personalidades y biografías más “**abiertas**” o “**cerradas**” y con referencias más **permanentes** o **cambiantes**. La permanencia en nuestra referencia valorativa está en relación directa con la existencia de una vocación; pero su exageración conduce a la “**unilateralización**” de la personalidad. La posibilidad de cambio de dicha referencia está en vinculación directa con nuestra valiosa capacidad de adaptación a las situaciones, mas su desborde nos hace acomodadizos.

Con referencia a los diversos complejos axiológicos de nuestras posibilidades biográficas, es posible reconocer en nuestras vidas relaciones de **contribución**, de **integración** o **sustitución**, pero también otras de **subversión**, **inversión** o **arrogación** (5). Así por ejemplo, si desarrollamos la ilustración al servicio de la verdad nuestra biografía se desenvuelve en cauces de contribución, pero si dirigimos la ilustración contra la verdad (como en el caso del “**enciclopedismo**” de la información por la información misma) vivimos una relación de subversión. Es notorio que los momentos de nuestra vida deben desenvolverse por cauces legítimos de contribución, integración o sustitución; un momento que desvaloriza a los demás es un momento falso.

3. Asimismo la problemática biográfica es merecedora de amplia consideración en el marco **jurídico**, sobre todo teniendo en cuenta que lo biográfico se refiere a la vida de una persona y la justicia, valor supremo del mundo jurídico, exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona. Como el Derecho debe comprenderse en definitiva al hilo de su complejo axiológico, también la persona y lo biográfico jurídico han de entenderse en relación con él. Así, por ejemplo, hay que reconocer cómo una persona y su biografía se vinculan con el poder, la cooperación, la previsibilidad, etc., hasta culminar en su relación con la justicia.

Es con referencia a las exigencias de los valores que pueden comprenderse mejor las vicisitudes biográficas de la **imputación**, la **obligación** y la **responsabilidad**; al hilo de la conversión del complejo valorativo que significa la repersonalización ha de orientarse la **pena** (6) y en base a la constante reabsorción de los valores por la humanidad pueden explicarse instituciones como la **prescripción** y la **gracia**. Las posibilidades de conversión de la personalidad sirven de cierto modo de apoyo a quienes defienden el divorcio “**re-medio**”.

Aplicado en sentido temporal, el principio supremo de justicia requiere hacer de **cada momento** un factor de jerarquización de los demás, y esto es referible también a la perspectiva biográfica. De aquí el carácter legítimo que por excepción puede tener el autosacrificio, y la ilegitimidad del suicidio, que interrumpe de manera “**desvaliosa**” el desarrollo de la propia temporalidad. La justicia biográfica se manifiesta, por ejemplo, en el derecho a recordar y ser recordado, a olvidar y ser olvidado; desde esta perspectiva se advierte la injusticia de lo **prematureo** y lo **pospuesto**.

(5) Puede v. CIURO CALDANI, “Estudios...” cit., t. II, 1984, págs. 16 y ss.

(6) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal”, en “Anuario...” cit., t. V, págs. 95 y ss.

No obstante que entre lo histórico y lo biográfico existen influencias recíprocas, en países como Argentina, relativamente "marginales" en el proceso histórico mundial, se producen grandes frustraciones biográficas porque lo histórico importado se impone, aunque sea para nosotros en gran medida rutina, sobre lo biográfico creador (7). Países como el nuestro no producen "modernidad", y estar en la vanguardia de lo por lo menos aparentemente histórico, aunque sea a nivel meramente repetitivo y rutinario, es una carta de triunfo que vence sobre las mejores cualidades biográficas. El creador de los países "marginales" suele estar condenado a ser inauténtico o a fracasar.

II. Lo histórico y lo biográfico en el mundo jurídico.

1) Parte general

a) Dimensión sociológica

4. La tensión entre lo histórico y lo biográfico se manifiesta, por ejemplo, en la relación entre las **distribuciones** --sobre todo cuando éstas provienen de influencias humanas difusas y, de cierto modo, de la naturaleza-- donde predomina lo histórico y se realza el valor espontaneidad, y los **repartos**, que tienen más carácter biográfico y satisfacen el valor conducción.

En general, los repartos y las distribuciones aislados se vinculan más con la perspectiva biográfica, en tanto que su conjunto se relaciona más con el punto de vista histórico. En cuanto a los modos constitutivos del orden de repartos, la perspectiva histórica se desarrolla con más intensidad en el **plan de gobierno en marcha**, realizador del valor previsibilidad; en cambio la **ejemplaridad**, que satisface el valor solidaridad, significa una vía más expedita para la vinculación entre lo histórico y lo biográfico. La **ejemplaridad** imperante en el sistema del "common law" es una de las causas importantes para que en ese marco la relación entre lo histórico y lo biográfico sea menos difícil que en el ámbito continental, donde en cambio, por ejemplo, son más frecuentes las vicisitudes revolucionarias.

La **revolución** tiende a "robarse" la vida biográfica, y por eso suele valerse del sacrificio de la vida individual; a diferencia de ella, la **evolución** puede llegar a perder la perspectiva histórica, pero en general desarrolla un mayor equilibrio de ambas perspectivas. Los grandes cambios históricos, que en cuanto son notorios suelen ser revolucionarios, suelen ser devoradores de hombres.

Las tensiones entre lo histórico y lo biográfico producen **anarquía**, con su desvalor de arbitrariedad, pero la anarquía se acentúa cuando se debilita lo histórico; en cambio, el debilitamiento de lo biográfico conduce al "totalitarismo". Lo histórico y lo biográfico se nutren, pero también se **limitan** recíprocamente. De aquí que, según hemos dicho en el parágrafo 3, en países como el nuestro se hacen muy notorias las limitaciones históricas a las posibilidades biográficas.

(7) En cuanto a la dificultad de la asunción histórica de América, puede v., por ej., VILLEGAS, Abelardo, "Panorama de la filosofía iberoamericana actual", Bs. As., Eudeba, 1963, págs. 107 y ss., además c. págs. 74 y ss.

b) Dimensión normológica

5. Las normas con antecedente **general**, realizadoras del valor predecibilidad, son más afines a lo histórico; en tanto que las normas cuyo antecedente es **individual**, satisfactorias del valor inmediatez, se emparentan más con lo biográfico. La tensión entre lo histórico y lo biográfico suele reflejarse en el funcionamiento de las normas: la **interpretación**, en cuanto procura averiguar la auténtica voluntad del autor, es más afín al despliegue biográfico, en tanto la **elaboración** de una nueva norma se aproxima más a la múltiple referencia de la perspectiva histórica; la interpretación “literal” se relaciona más con lo histórico, en cambio la interpretación “histórica”, en cuanto se refiere a la auténtica voluntad del autor, tiene en definitiva una perspectiva más biográfica. En la escuela de la exégesis lo histórico queda ceñido a los marcos biográficos de la intención del legislador manifestada en la ley; en cambio, en la escuela del derecho libre hay mayor influencia del punto de vista histórico.

La noción de **institución** está más vinculada a lo histórico; por su parte, la noción de **contrato** está más cercana a lo biográfico. Si bien en general las normas aisladas son más biográficas y el ordenamiento normativo es más histórico, dentro de éste la historicidad se manifiesta más a través de las relaciones **verticales**, de producción y de contenido, que realizan respectivamente los valores subordinación e ilación. Las relaciones horizontales entre normas sirven de vía más expedita para la comunicación entre lo histórico y lo biográfico. En correspondencia con el carácter histórico del ordenamiento en su conjunto, puede afirmarse que su valor inherente, la coherencia, también posee tal calidad.

c) Dimensión dikelógica

6. La **justicia** ha de ser el valor supremo de integración de lo histórico y lo biográfico en el mundo jurídico. Fuera de los valores más específicos inherentes al Derecho, la verdad tiene más afinidad con lo histórico, el amor se vincula más con lo biográfico y la humanidad (el deber ser de nuestro ser) es la vía última para la integración de las dos perspectivas. En nuestro tiempo, la utilidad, valor que en definitiva es biográfico, es la vía de relación entre esta perspectiva y la histórica: no es por azar que al hilo de la utilidad va perdiéndose el sentido de lo histórico.

Lo histórico es más afín a la justicia extraconsensual, sin acepción (consideración) de personas, gubernamental, integral, participativa, relativa y **general**; lo biográfico se emparenta más con la justicia consensual, con acepción de personas, “**parcial**”, sectorial, de aislamiento, absoluta y **particular**. Es así que el **Derecho Público**, signado en última instancia por la justicia general, tiene también más carácter histórico, en tanto el **Derecho Privado**, individualizable en definitiva por la justicia particular, posee asimismo más carácter biográfico.

En relación con las influencias que constituyen la “**pantonomía**” (pan = todo; nomos = ley que gobierna) de la justicia, lo histórico es más afín al desfraccionamiento del **complejo personal** y lo biográfico al desfraccionamiento de las **consecuencias**. En cuanto a la vía hacia las valoraciones, la razón tiene más perspectiva histórica; en cambio, el sentimiento tiene más engarce biográfico (8).

(8) La importancia de las proyecciones biográficas de la virtud son muy grandes, sobre todo cuando

Para que haya justicia hay que evitar “la prisión” de lo biográfico por lo histórico y viceversa. Todo hombre ha de poder personalizarse en ambas perspectivas. La **democracia** y la “**res pública**” tienden a jerarquizar lo histórico; el **liberalismo** se proyecta más a valorizar lo biográfico. En cuanto a los **medios** para la realización del régimen de justicia, sobre todo encaminados a proteger lo biográfico, pero proyectados con perspectiva histórica, el amparo del individuo contra el régimen tiene sentido de evitar el avasallamiento de lo biográfico por lo histórico; la protección del individuo frente a los demás individuos y el resguardo del individuo respecto de sí mismo significan el amparo de lo biográfico contra lo biográfico, a veces desde la perspectiva histórica, y la protección del individuo en relación con “lo demás” llega a resguardar lo histórico respecto de lo biográfico (v. gr. en la protección contra la soledad). Todo hombre debe ser, en definitiva, amparado contra la destrucción y el desborde de su vida biográfica y de su vida histórica.

2. Parte Especial

7. Ya hemos señalado que en general el Derecho Público es más histórico y el Derecho Privado es más biográfico. Sin embargo cabe indicar que, dentro del Derecho Público, el **Derecho Constitucional** es más histórico, el **Derecho Penal** es más biográfico y el **Derecho Administrativo** sirve de enlace entre lo histórico y lo biográfico. En el Derecho Privado, el Derecho Civil de **Familia** es, de cierto modo, más histórico y el Derecho de los **Contratos** es de alguna manera más biográfico; los **Derechos Reales** forman, dentro del Derecho Civil, un cauce entre lo biográfico y lo histórico.

Cuando se hace referencia a la esfera íntima de la persona se apunta a lo biográfico y la “teoría de los actos propios” es una expresión de la fuerte estructura reconocida a esa perspectiva vital.

III. Horizontes de Historia del Derecho y Derecho Comparado.

8. En las manifestaciones jurídicas de “cultura” la tensión entre lo histórico y lo biográfico es mayor que en las expresiones de **civilización**, donde gana influencia la perspectiva biográfica. En concordancia con esa menor tensión entre lo histórico y lo biográfico, en la civilización es también menor la intensidad vital. En el marco del Derecho Comparado, el **Derecho Occidental**, sobre todo en el área del “common law”, es especialmente abierto al desenvolvimiento del despliegue biográfico, quizás por ser la “familia” que tiene más sentido dinámico de lo histórico.

IV. Horizonte de Filosofía general.

9. El **historicismo** ha efectuado especiales aportes para desarrollar la conciencia de lo histórico y el **existencialismo** los ha realizado para desenvolver la conciencia de lo

se trata de objetos de referencia pantónoma en los que es más fácil la invocación de razones diversas para fundamentar diferentes soluciones.

biográfico. Al señalar, en las postrimerías de la modernidad, el desarrollo de las tres “edades” —principalmente de la edad heroica y la edad humana— Vico se refería a la relación entre lo histórico y lo biográfico, que se hizo más consciente durante el período contemporáneo, por ejemplo, con la difusión de la distinción entre el más “biográfico” espíritu subjetivo y el más “histórico” espíritu objetivo y, quizás, sobre todo a través de los aportes de la escuela “sudalemana” (Windelband, Rickert, etc.) (9).

Creemos que las posiciones radicales, sean de ignorancia de la tensión temporal (en una “complejidad impura”) o de consideración de una de sus perspectivas (en una “simplicidad pura”), como sucede en el historicismo y el existencialismo, deben ser superadas en una **integración** de los dos puntos de vista y de éstos en el universo pleno (en una “complejidad pura”).

Consideramos que la teoría egológica del Derecho y, sobre todo, la teoría **trialista** del mundo jurídico, han efectuado importantes aportes en ese sentido integrador. Las bases realistas genéticas, abiertas como tales a la complejidad pura, y el vasto desarrollo conceptual del trialismo son, a nuestro parecer, los caminos más idóneos con que contamos actualmente para la integración de lo histórico y lo biográfico, en el Derecho y —en definitiva— en el universo en general.

(9) V. por ej. RICKERT, H., “Ciencia cultural y ciencia natural”, trad. Manuel G. Morente, Madrid, Calpe, 1922.

REFLEXIONES SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDARONE*

I. JERARQUIA DE LAS FUENTES DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA

El Derecho Internacional Privado es una rama jurídica especialmente engarzada en la doble vertiente de las fuentes originada en el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno, haciéndose así particularmente tensa la problemática de la jerarquía de dichas fuentes y en especial significativa la cuestión del "monismo" y el "dualismo" (1). Si bien el artículo 31 de la Constitución Nacional resuelve básicamente el problema de la "aparente diversidad de hontanares", en que se engarza la cuestión de "monismo" y "dualismo", y el marco de fuentes de Derecho Internacional Público se desenvuelve según la jerarquización propia de esta materia, en el campo de las fuentes internas resulta necesario esclarecer cuáles son los alcances de los artículos 17 y 16 del Código Civil respecto del ámbito jusprivatista internacional.

El artículo 16 pertenece al punto de vista de la jerarquía de las fuentes sólo en sentido lato, dado que, de manera estricta, más que la jerarquía contempla el funcionamiento y la relación horizontal entre normas. Aunque en general la cuestión es discutible, creemos que el propio texto del artículo 16, al plantear una "cuestión civil", sienta una sólida base para excluir su intervención directa en el Derecho Internacional Privado. En cambio, la cuestión se hace particularmente difícil en relación con el artículo 17, que reza "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente". Aquí el texto no hace discriminación, pero entendemos que las características del ordenamiento normativo argentino excluyen la intervención de tal norma en el Derecho Internacional Privado de fuente interna.

El ordenamiento normativo no es un complejo indiferenciado e impuro, sino un complejo diferenciado, que debe mantener su pureza a través de la distinción de sus diversos sectores. A diferencia del Derecho Civil, al que se refiere la codificación en que está inserta la norma del artículo 17, el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna es un complejo disperso en distintas fuentes, obviamente **no codificado** e ideológicamente **"no sistematizado"**, que sólo es "sistema" por la remisión de las carencias

(*) Investigador del CONICET.

(1) Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 240 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit international privé", 5ª. ed. (con la colaboración de Paul Lagarde), Paris, L.G.D.J., t. I, 1970, págs. 19 y ss.; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t. I, 1972, págs. 50 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon-BOUREL, Pierre, "Droit International Privé", Paris, Dalloz, 1978, págs. 22 y ss.

a la intervención judicial. La norma del artículo 17 del Código Civil, sobre todo en su redacción originaria, corresponde al espíritu codificador que, en modo alguno, penetró en el Derecho Internacional Privado de fuente interna.

Rechazar la costumbre, aunque ésta sea “contra legem”, en una materia de “estadio” codificado, es mucho más comprensible que en otra no codificada. Hubiese sido inconcebible que Vélez Sarsfield se negara a admitir la costumbre “*praeter legem*” en una materia en la que dejaba tantas carencias como el Derecho Internacional Privado. Además, resulta inadmisibles que ello ocurriera cuando se trataba de una rama jurídica cuyos problemas fundamentales recién comenzaban a descubrirse y no podía cerrarse legislativamente. No es por azar que en la vertiente publicista del marco internacional la costumbre ha tenido mayor acogida que en el Derecho Civil.

Creemos que en su actual redacción, debida a la ley 17.711, el artículo 17 admite no sólo la costumbre “*secundum*” y “*praeter legem*”, sino también la costumbre “*contra legem*”, pero entendemos que la cabal comprensión de la autonomía del Derecho Internacional Privado exige advertir que dicho artículo no se refiere a nuestra materia (2).

II. IMPORTANCIA DE LA REFERENCIA A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aunque no es fuente de normas, la justicia es fuente del Derecho en su despliegue dialéctico y, además, su intervención en el funcionamiento de las normas es de importancia decisiva, en el mundo jurídico en general y también en el Derecho Internacional Privado. La justicia es hilo conductor del sentido de la norma y de los casos (3), pero si no es tomada como punto de referencia directa se hace necesario hacerla penetrar indirectamente, forzando la interpretación y la aplicación de las normas. Así, por ejemplo, surge de las ideas de Kelsen cuando señala (prescindiendo también de la realidad social) la existencia de un “marco abierto a varias posibilidades” dentro del cual el órgano encargado de la aplicación escoge la que le parezca más apropiada (4).

En Derecho Internacional Privado, la hipertrofia positivista que omite la referencia a la justicia conduce a equiparar los tres contenidos que presenta la llamada concepción tripartita contemporánea del objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado (5), pasando por alto incluso la gran diferencia existente entre las reglas de conflicto y las llamadas leyes de aplicación inmediata, por sus respectivos caracteres privatista y publi-

(2) Cabe tener en cuenta la condición de la costumbre en el Derecho Comercial.

(3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

(4) KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 166/167.

(5) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1985, por ej. pág. 75.

cista (6). También, según es de nuestro especial interés en estas líneas, lleva a la exageración de la intervención del **orden público** en el rechazo del Derecho extranjero, para resolver, con criterios del Derecho positivo propio, cualquier posible deficiencia del Derecho extranjero. (7)

Según su intervención "a priori" o "a posteriori", el orden público provoca una carencia "dikelógica positiva" preventiva o correctiva en el Derecho extranjero declarado aplicable (8) y esa carencia sólo puede reconocerse debidamente al hilo de la consideración dikelógica.

Lo que nuestro Derecho considera fundamental para nosotros puede no resultarle fundamental para otros, sobre todo si se considera que la solución del Derecho extranjero es su manera legítima de personalización. La referencia a los valores, y principalmente al valor justicia, puede abrirse más a los datos del Derecho Comparado y de la antropología filosófica respecto de las infinitas maneras legítimas de realización de lo humano y permite superar, incluso, la muchas veces infundada jerarquización entre países "civilizados" y otros que no lo son, que es letal para el espíritu de tolerancia del Derecho Internacional Privado.

El gran desarrollo producido en la **ciencia de la justicia** en nuestro tiempo (9) permite una amplia vía de comprensión del valor del Derecho extranjero y de su relación, nítidamente determinada (en cuanto a repartidores, beneficiarios, objeto, forma, etc.; con referencia al reparto aislado o con miras al régimen en su conjunto), con los despliegues de nuestro orden público, ciñéndolo a lo que realmente resulte la reserva última de nuestro propio Derecho.

A través de la "dikelología" y de la axiología en general es posible reconocer con precisión qué es lo que consideramos contrario a nuestro orden público: si rechazamos que intervengan ciertos **repartidores** en lugar de otros (por ej. si no aceptamos que el testador disponga más allá de ciertos límites); si lo que nos resulta inadmisibles es que reciban unos **beneficiarios** en detrimento de otros (v. gr. en la "legítima"); si no aceptamos que se haga por acuerdo de **partes** lo que debe hacer la **comunidad** (por ej. al rechazar capitulaciones matrimoniales); si no queremos que intervenga la **utilidad** en detrimento de la **justicia** y el **amor** (v. gr. en caso de no aceptar un pacto sobre herencia futura), etc. Sólo así es factible "sanear" el Derecho extranjero contrario al orden público y no caer desde él directamente en el propio Derecho.

(6) Desde el punto de vista dikelógico las diferencias entre sus tres componentes son fundamentales (v. la posición indicada en el texto, por ej. en FRANCESCAKIS, Ph., "Conflits de lois (principes généraux)", en "Encyclopédie Juridique-Répertoire de droit international-Dalloz", t. I, 1968, págs. 470 y ss.).

(7) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 51 y ss.; "Meditaciones trialistas sobre el orden público", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1977-II, págs. 711 y ss.

(8) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 81 y ss.

Cabe señalar especialmente que sólo comprendiendo, además del valor del **reparto** aislado, el valor del **régimen** extranjero en su conjunto, es posible reconocer con el debido respeto cuáles son las soluciones que debemos rechazar. Importa reconocer en su plena magnitud cuál es la perturbación que provocamos en la vida extranjera al rechazar un trozo del Derecho respectivo y es eso lo que debemos cotejar con nuestro orden público. La “relatividad” de lo que puede considerarse contrario al orden público según la cultura extranjera a la que nos refiramos justifica que entre países muy próximos a nuestro estilo de vida, como los de la obra de Montevideo, se tenga como impedimento de orden público a priori la falta de edad mientras —en cambio— no figura en el Derecho Internacional Privado de alcance general de la ley 23.515.

Cuando la referencia a la **justicia** no está prevista, el orden público crece triplemente: no sólo porque se lo comprende menos y deja de estar sometido a su control (10), sino porque tiende a ocupar el lugar que legítimamente corresponde a las consideraciones dikelógicas (11).

(9) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958.

(10) Puede v. CIURO CALDANI, “Meditaciones trialistas sobre el orden público” cit.

(11) Para limitar el juego del orden público a sus alcances legítimos urge contar con un rico complejo axiológico, firmemente referido al culminante valor **humanidad**. Acerca de la importancia de los valores en el Derecho Internacional Privado, v. por ej. BATIFFOL, Henri “Aspects philosophiques du droit international privé”, Paris, Dalloz, 1956; también puede c. CIURO CALDANI, “Aspectos...” cit.

La marginación del interés por la justicia lleva, en general, a exagerar la interpretación en detrimento de la elaboración y a exagerar la “autointegración” del ordenamiento normativo en perjuicio del desenvolvimiento de la “heterointegración”. Esto sucede también en Derecho Internacional Privado: por ejemplo privilegiando, en cuanto al ámbito temporal pasivo de nuestras normas, las soluciones analógicas sobre las autárquicas.

SISTEMATICIDAD Y ESPACIALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO DE FUENTE CONVENCIONAL

Miguel Angel CIURO CALDANI(*)

*Homenaje al Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado,
en el centésimo aniversario de su instalación (25 de agosto de 1888).*

El Derecho Internacional Privado argentino convencional corresponde, a nuestro parecer, a tres líneas axiales principales, constituidas por los Tratados de Montevideo de 1888-89 y 1939-40, las convenciones de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos (CIDIP) y las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Estas tres líneas axiales corresponden, por una parte, a dos niveles de sistematización y, por otra, a tres proyecciones espaciales de diferentes alcances.

La obra del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1888-89, basada en el excelente "Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado" de Gonzalo Ramírez (1) e impulsada por él y Roque Sáenz Peña (2), es un

(*) Investigador del CONICET. Director de la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

(1) V. RAMÍREZ, Gonzalo, "Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su comentario", Bs. As., Lajouane, 1888. La obra de Gonzalo Ramírez es rica en importantes planteos jusfilosóficos y en propuestas de avanzada para las soluciones jusprivatistas internacionales, incluso superiores a las que se alcanzaron en el Congreso que promovió.

En el comentario de su Proyecto, Ramírez parte de la afirmación que "La ciencia que lleva este nombre (Derecho Internacional Privado) tiene por objeto determinar los casos en que los tribunales de un país deben aplicar las leyes vigentes en otro territorio. Por razón de su objeto este derecho asume carácter internacional, pero como no se ocupa de estudiar las relaciones jurídicas y públicas que mantienen las naciones, sino las que revisten un carácter puramente privado, de aquí su denominación de Derecho Internacional Privado." (pág. 63). Luego enfoca los fundamentos de utilidad o justicia que puede tener la aplicación del Derecho extranjero, llegando a plantear una cuestión también ahora muy actual, cuando dice: "...si en un Estado ó Nación impera el sistema utilitario y determina la base capital de sus leyes, nada más lógico que ese mismo principio dicte sus reglas al Derecho Internacional Privado..." (págs. 66/67). En cuanto a las soluciones jusprivatistas internacionales del Proyecto Ramírez, cabe destacar, por ejemplo, que según el artículo 30 "No habiendo convenciones nupciales, todos los bienes del matrimonio sean muebles ó raíces se regirán por la ley del primer domicilio matrimonial, en cuanto á la determinación de los derechos de los esposos que hubieren podido ser objeto de estipulaciones especiales entre los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio." (pág. 34: la referencia al primer domicilio conyugal recién se alcanzó en 1939-40). Los artículos 42 y 43 expresan respectivamente "Los derechos de la patria potestad, y en general, los derechos y deberes recíprocos que las leyes imponen á padres é hijos en sus relaciones personales, se rigen por la ley vigente en el domicilio de los padres." y "Los derechos anexos á la patria potestad con relación á los bienes de los hijos, se rigen por las leyes del territorio en que esos bienes están radicados." (págs. 38/39; propuestas éstas superiores en conjunto a la solución del Tratado pertinente de 1888-89, arts. 14 y 15). El art. 6 consagraba la autonomía de las partes como punto de conexión en materia contractual.

(2) V. "Actas y Tratados del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado (Mon-

esfuerzo **sistemático no codificado** que muestra el acuerdo unificador de países con una larga tradición común, cuyo núcleo espacial está en la vieja estructura de las Provincias Unidas del Río de la Plata. En la obra de Montevideo, los países del viejo virreinato rioplatense se unen sobre todo con el Perú (3), país cuya afinidad con nuestra historia quedó sellada en las guerras de la Independencia.

La obra de las CIDIP (crecientemente ratificada por Argentina) (4) pretende integrar un marco mucho más amplio, de proyección interamericana, y muestra las tensiones

tevideo 1888-1889)" (completados con nuevos documentos y compilados sistemáticamente por Ernesto Restelli), Bs. As., Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1928, esp. págs. 13 y ss. También v. "Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo - 1939-1940", Bs. As., Instituto Argentino de Derecho Internacional, 1940.

- (3) Si bien el representante peruano en Buenos Aires Cesáreo Chacaltana comunicó al Gobierno argentino "que los diferentes pactos ajustados por los Plenipotenciarios del Congreso Internacional de Montevideo fueron, hace algunos meses, aprobados por mi Gobierno y definitivamente sancionados por el Congreso Nacional del Perú." ("Actas..." cit., pág. 955), la ley del Perú que se cita al respecto expresa "El Congreso en ejercicio de la atribución que le confiere el inciso 15 del artículo 59 de la Constitución, ha aprobado el Tratado que sobre Derecho Civil Internacional fue celebrado el 12 de Febrero del corriente año, por el Congreso Sudamericano de Montevideo." (id., pág. 956). La ley de referencia es del 25 de octubre de 1889. Es muy significativo que el Congreso de 1888-89 haya sido instalado en la fecha histórica del 25 de agosto.
- (4) V. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (ley 22.691); Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias (ley 23.503); Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero (ley 23.481); Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (ley 22.550); Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (ley 22.921); Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (ley 22.921); Protocolo adicional a la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias (ley 23.503); Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero (ley 23.506); Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (ley 22.921) y Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (ley 22.921). Pueden c., por ej., "Actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)", Washington, Organización de los Estados Americanos, 1975 y "Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)", Washington, Organización de los Estados Americanos, 1980. Acerca de la obra de la CIDIP III trataron las Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado realizadas en Rosario en 1986, organizadas por la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Respecto de la integración regional, v. VIEIRA, Manuel A., "Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine" en "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International, t. 130, págs. 351 y ss.; también puede c. GOLDSCHMIDT, Werner, "Droit international privé latino-américain", en "Journal du Droit international", 100 année, No 1, págs. 65 y ss.; VILLACRES MOSCOSO, Jorge W., "Hacia un nuevo Derecho Internacional Privado Latinoamericano", en Revista de la Escuela de Diplomacia, Universidad de Guayaquil, No 1, págs. 5 y ss.; VALLADAO, Haroldo (Prof.), "Direito Internacional Privado", vol. I, 4ª. ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1974, págs. 184 y ss.

de una realidad menos afín. Las cuestiones abordadas son **parciales**, en general centradas en el Derecho Comercial y el Derecho Procesal, que están signados de modos especiales por las exigencias de utilidad, sencillez y eficiencia, y a veces son planteadas rápidamente de manera reiterada, con miras a su mejor solución. A su vez, el cuadro de las ratificaciones de la obra de la CIDIP I, realizada en Panamá, muestra una mayor integración de países de la esfera del Código Bustamante, en tanto que la CIDIP II, llevada a cabo en Montevideo, ha centrado su influencia en países especialmente identificados con los Tratados de Montevideo. Sin desconocer la significación de la “distancia” existente entre las culturas americanas, ni las tensiones especiales del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo, cabe también destacar que la obra de los Congresos de Montevideo corresponde, en definitiva, a la “edad de la codificación”, en tanto la producción de las CIDIP evidencia el “tiempo de la descodificación” (5).

La incorporación a la obra de La Haya (6) constituye, a nuestro parecer, la actual vanguardia de la línea de nuestra integración en el Derecho Internacional Privado de raíces europeas. También aquí la “distancia” entre los países contribuye a la **parcialidad** de la integración y a la especialidad de sus líneas en el área procesal (7).

La comprensión de estas perspectivas coadyuva a la comprensión de nuestro “**puesto**”, en cuanto concierne al Derecho Internacional Privado, en la “temporalidad” y la “espacialidad”. El Congreso Sudamericano cuyo centenario recordamos fue un importante aporte para desarrollar nuestra “personalidad” al respecto.

- (5) Cabe tener especialmente en cuenta la obra de Natalino IRTI “L’età della decodificazione”, Milano, Giuffrè, 1979.
- (6) Pueden v. Convención de La Haya suprimiendo la legalización en documentos públicos extranjeros (ley 23.458); Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero (ley 23.480) y Convención de La Haya sobre procedimiento civil (ley 23.502). Corresponde consultar—por ejemplo— la sección documentación de la “Revue critique de droit international privé”, especialmente “Conférence de La Haye de droit international privé-Nouvelles Conventions (1951-1985)-Etat des signatures et des ratifications au 1^{er} mars 1987”, t. 76, págs. 201 y ss.; también v., por ej., LUOSSOUARN, Yvon, “La Convention de La Haye d’octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises”, en “Revue...” cit., t. 75, págs. 271 y ss. También en esta línea otra vertiente de especial interés es la del Derecho Comercial.
- (7) El avance de la tecnología y de las relaciones produce una creciente “carencia histórica” respecto de las normas de integración de alcance limitado. Cabe recordar que, según nota de Roque Sáenz Peña en el trámite de convocatoria al Congreso, en 1888 la comunicación con Venezuela representaba **dos meses de camino** (v. “Actas y Tratados...” cit., pág. 16).

COMPLEJIDAD Y SIMPLICIDAD EN LA CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO

Alejandro Aldo MENICOCCHI

La respuesta al interrogante: ¿Qué es el derecho? lleva consigo una toma de posición del hombre y su rol en la Historia (1), es decir, la consideración del objeto como simple o complejo es, desde la perspectiva inversa, una consideración del hombre como creador o descubridor, respectivamente, del universo (2).

La edad contemporánea ha dotado al hombre de un protagonismo tal en la Historia que, a nuestro juicio, escapa a sus posibilidades reales. En efecto, el idealismo genético, por el cual el sujeto crea al objeto y éste último será en definitiva una construcción metodológica, llega a atribuir al hombre la capacidad de crear de la nada. Así llegamos a captaciones parciales de lo que pensamos como realidades totales, puesto que una vez que el objeto ha sido "recortado", su acceso resulta a todas luces mucho más simple, seguro y coherente.

En el mundo jurídico la simplificación tuvo sus exponentes en Hans Kelsen y su purismo normológico, Karl Olivecrona y su unidimensionalismo sociológico y, si bien sin alcanzar el mismo grado de cientificidad, en la perspectiva axiológica consideramos como enfoques reductores al de Leibniz y la escuela del Derecho Natural.

La simplificación operada por Kelsen parte de la recordada distinción kantiana entre ciencias del ser y ciencias del deber ser. Marginada la ciencia jurídica de la primera, se descarta toda consideración de la realidad social como fenómeno jurídico en sí misma. A su vez, la coercibilidad identifica al derecho, separándolo de la moral. Finalmente, la relatividad de los valores impide la elaboración de una teoría con carácter científico acerca de los mismos, y toda decisión axiológica pasa a ser objeto de la política (3). Sin perjuicio de recordar la crítica de Goldschmidt acerca del fracaso de su purismo metodológico —crítica que desde otra perspectiva diametralmente opuesta realizara Alf Ross— pensamos que la multivocidad del término validez de la norma nos brinda dos posibilidades: construir una teoría jurídica de carácter hermético y cerrada en la dimensión normológica o, a la inversa, dejar la dimensión abierta para la consideración de la realidad social y, por qué no, de los valores (4).

- (1) P.v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, **Lugar del Trialismo en la Historia del Derecho Natural**, en "Filosofía, Literatura y Derecho" (Rosario, F.I.J., 1986, pág. 71 y ss.)
- (2) GOLDSCHMIDT, Werner, **Introducción Filosófica al Derecho**, 5ª. ed. (Bs. As., Depalma, 1976, pág. 21, y ss.); CIURO CALDANI, Miguel Angel, **Derecho y Política** (Bs. As., Depalma, 1976, pág. 1 y ss.).
- (3) KELSEN, Hans, **Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho**, trad. Moisés Nílvé, 9ª. edición. (Bs. As., Eudeba, 1970).
- (4) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 103; P. v. BYLYGIN, Eugenio, **Validez y Positivismo**, en "Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho - Comunicaciones", La Plata, 19 al 23 de mayo de 1987, pág. 241 y ss. del primer volumen; t. p. v. NINO, Carlos S., **La validez del derecho** (Bs. As., Astrea, 1985).

El intento de reducir el derecho a un fenómeno exclusivamente fáctico lo constituye el realismo superextremista —siguiendo la denominación de Recaséns Siches— de Karl Olivecrona. Allí las normas cobran identidad psíquica y por ende, real y los valores también pierden su idealidad, al confundírseles con las valoraciones (5).

A nuestro juicio, el mayor grado de identificación del derecho con el valor, y la eliminación del mismo de consideraciones sociales y normativas, lo logra la “geometría” del derecho de Leibniz y Wolff. Según el primero, se podía articular todo un sistema jurídico en base a unas reglas madres o principios y las excepciones a los mismos. Dichos principios serían desarrollados lógicamente y así se obtendría la norma individual (6).

De las tres simplificaciones que groseramente hemos reseñado, es posible obtener una conclusión, a saber, el deseo del hombre de pretender abarcar totalidades, de “dominar el objeto”, como diría Nietzsche. Sin embargo, cabe preguntarse si en realidad lo logra, o si solamente capta una porción de él, que identifica con su totalidad debido a la previa mutilación operada por la unidad y exclusividad de método.

Esta última afirmación la realizan quienes ven en el fenómeno jurídico un complejo pluridimensional, compuesto de normas, hechos y valores. Cada dimensión requiere un método propio, dado que son de distinta naturaleza entre sí; sin embargo, ello no nos debe hacer perder de vista la unidad del objeto. El reconocimiento de distintos aspectos en un mismo objeto es fruto del realismo genético, que sostiene la trascendencia de aquél frente al sujeto, siendo este último un descubridor de la realidad preexistente, mas no un creador.

Las teorías tridimensionales (7) reafirman, a nuestro parecer, el original asombro del hombre ante la complejidad del cosmos. Son un intento re-ligioso, en el sentido de religación, del hombre y el mundo. El intento no es, por cierto, nuevo. Las más antiguas reflexiones prefilosóficas afirmaban la unidad del universo (8), claro que de una manera impura.

Los avances de la ciencia actual permiten construir una teoría del derecho reconociendo su complejidad, sin que tengamos que renunciar al ideal de pureza metodológica de los simplificadores. La obra científica de Miguel Reale, Carlos Cossio y Werner Goldschmidt, entre otros, son una cabal demostración de ello.

(5) OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, trad. Gerónimo Cortés Funes (Bs. As., Depalma, 1959).

(6) CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, t. I. (Milano, Giuffrè, 1979, pág. 343 y ss.).

(7) P. v. GOLDSCHMIDT, op. cit.; t. p. v. REALE, Miguel, *Teoría tridimensional do direito*, 4ª. ed. rev. y aum. (Sao Paulo, Saraiva, 1986).

(8) *HISTORIA DE LA FILOSOFIA*, 6ª. ed., bajo la dirección de Brice PARAIN, (trad. María E. Benítez, Santos Juliá, Gregorio Morán y Román Oría; t. I. (Madrid, S. XXI, 1978) p. 10 y ss.

REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO Y DEL ABUSO EN SU EJERCICIO

Noemí Lidia NICOLAU (*)

1. El Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial, que cuenta ya con media sanción legislativa, modifica el art. 1071 del CC., agregando un nuevo párrafo: "...En su caso, el juez proveerá lo necesario para evitar sus efectos abusivos y, según las circunstancias, procurará la reposición al estado de hecho anterior y fijará una indemnización". Esto supone que la Comisión de juristas nombrada para la redacción del Proyecto, y en caso de ser promulgada la unificación, también nuestro Poder Legislativo, tomarán una posición frente a dos interrogantes aún debatidos en la doctrina: admiten la existencia del derecho subjetivo y consideran posible el ejercicio abusivo del mismo.

Con motivo de esta reforma, nos replanteamos el problema: ¿es posible reconocer la existencia del derecho subjetivo? ¿en qué consiste? En su caso: ¿es posible hablar del abuso del derecho subjetivo?

I. EL DERECHO SUBJETIVO (1)

2. El vocablo derecho puede referir al derecho objetivo (ordenamiento normativo) o al derecho subjetivo (ente ideal creado por el derecho objetivo, producto de las normas). Tradicionalmente se aceptó la existencia de estas dos categorías, pero en este siglo, especialmente a partir de Duguit y Kelsen, y en la actualidad con las escuelas de filosofía analítica, se observa una tendencia a negar la existencia del derecho subjetivo.

En la doctrina tradicional las discrepancias surgían en relación al concepto y fundamento del derecho subjetivo, pero no en cuanto a su existencia misma. Las diferentes

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

(1) Acerca de los derechos subjetivos, p.v. entre otros, los siguientes trabajos: HAURIOU, Maurice, "Précis de droit constitutionnel", Paris, Sirey, 1923, págs. 42 y ss.; SAVIGNY, M.F.C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Masía y Poley, Madrid, Góngora, 2a. edición, t. 1 págs. 257 y ss.; WINDSCHEID, Bernardo, "Diritto delle Pandette", trad. Fadda e Bensa, Torino, Unione tipografico Editrice Torinese, 1925, t.1, pág. 107 y ss.; IHERING, Rudolf Von, "El espíritu del Derecho Romano", trad. Enrique Príncipe y Stones, Madrid, Bailly-Baillière, s/f., 5a. edición, t. IV, pág. 353; DUGUIT, Leon, "Manuel de Droit Constitutionnel", París, Fontemoing Editeurs, 1918, 3a. edición, pág. 1 y ss.; KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Nílvé, Bs. As., Eudeba, 1960, pág. 112 y ss.; DABIN, Jean, "El derecho subjetivo", trad. Francisco Javier Osset, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955; IONESCU, Octavian, "Leon Duguit et le droit subjectif (Quelques remarques sur les écrits récents consacrés a la question)", en "Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique", Sirey, 1932, No 1-2, pág. 269; KALINOWSKY, Georges, "Concepto, fundamento y concreción del Derecho", trad. Arias de Ronchietto-Beltrán Calderón-Massini, Bs. As., Abeledo Perrot, 1982, págs. 27 y ss.; SPOTA, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", Bs. As., Depalma, 1967, Vol. 1, pág. 127 y ss.

teorías podían agruparse, con cierta aproximación, en dos corrientes: a) la corriente voluntarista, para la cual el derecho subjetivo es el señorío del querer, poder de la voluntad, concedido a la persona por el derecho objetivo (2); b) la corriente del interés: el centro de la cuestión pasa por saber si existe un interés jurídicamente protegido. El derecho subjetivo comprende dos elementos: el elemento material, utilidad o goce y el elemento formal, protección jurídica (3).

En este siglo, uno de los primeros embates contra la noción de derecho subjetivo lo emprende Duguit, quien dedicó sus mayores esfuerzos a negar la existencia del mismo. Para este jurista se trata de una noción vacía de contenido, si se reconociera su existencia se trataría de una cualidad superior de la voluntad del sujeto. Pero, se pregunta ¿cómo captar científicamente la voluntad del sujeto de la que no puede saberse nada? Sostiene que el propietario que cultiva la tierra, el funcionario que arresta a una persona, no ejercen derechos subjetivos, sino simplemente realizan actos materiales que no tienen incidencia jurídica en tanto no encuentren la oposición de un tercero. La oposición está prohibida por el derecho, pero de eso se trata, precisamente, de prohibiciones y no de reconocimiento de derechos subjetivos.

Para Kelsen el derecho subjetivo no existe si no ha sido creado por el derecho objetivo, es dependiente de éste. Más cerca de nuestro tiempo, Jean Dabin, trató de probar la existencia de un derecho subjetivo, anterior y diferenciado del derecho objetivo.

Creemos que a partir de la comprensión trialista del mundo jurídico (4), puede lograrse una mayor exactitud en la conceptualización del derecho subjetivo y en su diferenciación con el derecho objetivo.

Dimensión normológica:

3. Las normas, entendidas como captaciones lógicas de lo que acontece en la realidad (de los repartos), integran esa realidad a través de los conceptos. Precisamente como concepto, para integrar la realidad social, nace el reconocimiento del derecho subjetivo. Es un producto de las normas. Estas crean entes ideales a través de captaciones lógicas de la realidad social. Entre dichos entes ideales se encuentran las relaciones jurídicas que engendran derechos y obligaciones, que dan nacimiento a derechos subjetivos.

Para comprender este producto de la norma que es el derecho subjetivo, se hace necesario interpretarla. Sólo a través de los distintos elementos de la interpretación (gramatical, lógico, histórico, sistemático) puede conocerse cuál ha sido la intención del legislador al reconocer un derecho subjetivo, lo cual es de relevante importancia para determinar, luego, la posibilidad de abuso en el ejercicio de ese derecho.

(2) SAVIGNY, M.F.C. de, op. cit.,pág. 259; WINDSCHEID, Bernardo, op. cit., pág. 412.

(3) IHERING, Rudolf Von, op. cit., pág. 365.

(4) Para la elaboración del presente nos basamos en los postulados de la filosofía jurídica menor expuesta por el Prof. Werner Goldschmidt en su "Introducción Filosófica al Derecho", Bs. As., Depalma, 6a. edición.

Como vimos, en este tiempo, el problema se plantea por el enfrentamiento: derecho objetivo-derecho subjetivo. Para Duguit el derecho subjetivo no existe, sólo es posible el derecho objetivo; para Kelsen es sólo una creación del derecho objetivo; para Dabin, por el contrario es posible el derecho subjetivo, aparte y desvinculado del derecho objetivo, es anterior a éste. Cronológicamente, el derecho subjetivo es anterior al objetivo y, desde el punto de vista de los valores, superior a él. Para este autor, con la afirmación de los derechos del hombre, el paso se opera del derecho subjetivo al derecho objetivo, es un patrón del derecho objetivo.

Quizás pueda apreciarse el problema con mayor claridad si se lo aborda desde dos aspectos distintos del fenómeno jurídico: por un lado, lo que ocurre en la realidad social; por otro, lo que dice la norma. Cuando Dabin emprende una explicación, salta de la norma a la realidad. Desde el punto de vista conceptual, el derecho objetivo crea el derecho subjetivo, es un ente ideal producto del derecho objetivo, pero su verdadero origen y explicación está en la realidad social.

Dimensión sociológica (5):

4. En la realidad social encontramos que los hombres recibimos y adjudicamos potencias e impotencias. Recibimos, por ejemplo, la potencia de nacer, la impotencia de morir. Esas potencias e impotencias provienen de adjudicaciones que realizan los hombres (repartos) o distribuciones (de la naturaleza, del azar, de influencias humanas difusas).

En principio, las potencias adjudicadas por distribuciones de la naturaleza, son como decía Duguit, simples hechos materiales (nacer, morir, por ejemplo), hasta aquí no podría hablarse de derechos subjetivos. Pero cuando el hombre interviene y adjudica potencia e impotencia y existe una norma que capta ese reparto, se da origen a un derecho subjetivo. Por ejemplo, si nace un niño, estamos en presencia de un hecho, de una distribución de la naturaleza (actualmente para algunos podría, en ciertos casos, tratarse de un reparto, dado el desarrollo de los medios artificiales de fecundación humana); si además existe una norma que presume hijo del marido al niño nacido después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o separación de hecho de los esposos (art. 243 CC.), se ha dado origen a derechos subjetivos: ser considerado hijo del esposo, y padre del niño.

Lo que precede al derecho objetivo, según nuestro entender, no es el derecho subjetivo, como sostiene Dabin, sino la adjudicación de una potencia (o impotencia) que se da en la realidad social, pero que todavía no es un derecho subjetivo, hasta tanto no sea captado por el derecho objetivo, en la norma.

Otros ejemplos pueden ayudar en la comprensión de nuestro planteo. Cuando se produce la avulsión (art. 2583 y ss. CC.), se genera una potencia para el dueño del fundo

(5) El estudio sociológico del derecho subjetivo ha sido propuesto de una manera muy interesante por CARBONNIER, Jean, "Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho", trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Tecnos, 1974, pág. 131 y ss. Este autor propone el estudio sociológico de la "formación y el ejercicio" de los derechos subjetivos.

al que fueron a adherir las tierras desprendidas súbitamente; y una impotencia para el dueño del fundo de las cuales esas tierras se desprendieron. Cuando el legislador capta ese hecho, genera un derecho subjetivo. Si entrego un libro de mi propiedad a una persona para que lo lea, hay un hecho material. Pero si esa adjudicación de potencia e impotencia ha sido captada por un contrato o por el legislador (por ejemplo art. 2255 CC.), se ha dado origen a distintos derechos subjetivos: para quien recibió el libro (comodatario) usarlo, para quien lo entregó (comodante) reclamar su devolución.

15. ¿Qué importancia puede tener que el derecho subjetivo preceda al derecho objetivo, o a la inversa? Es clara: si el derecho subjetivo precede al objetivo, éste no tiene más posibilidades que actuar dentro del marco que el derecho subjetivo le acuerda. El legislador no tiene más que reconocerlo y entonces no podrá juzgar acerca de la justicia de lo que acaece en la realidad social, si es justo o no producir ese derecho subjetivo. Según nosotros lo entendemos, es posible que antes de reconocer o no el derecho subjetivo, se observe la justicia o injusticia del reparto.

Dimensión dikelógica:

El derecho objetivo, antes de producir un derecho subjetivo debe valorar la distribución o el reparto desde el punto de vista de la justicia. No debe crear derechos subjetivos que se opongan a ciertas distribuciones o repartos que por su naturaleza necesariamente deben ser reconocidos (vida, libertad, etc.). En general, respecto de los otros repartos, sólo si son justos puede crear el derecho subjetivo respectivo.

6. Desde el punto de vista de los valores, el derecho subjetivo, entendido en sentido tradicional, realiza en mayor medida el valor poder, previsibilidad, y en grado mucho menor el valor solidaridad. Esto se observa en el propio concepto de derecho subjetivo dado por la corriente voluntarista: derecho subjetivo = poder de la voluntad. Por otra parte, según esa concepción tradicional, parece realizar en menor grado la justicia, pues en principio, contribuye al bien individual de cada sujeto, y sólo indirectamente a la realización del bien común. Dabin, por ejemplo, considera que existen derechos subjetivos con fines egoístas (que constituyen la mayoría), y derechos subjetivos en función social (un grupo muy reducido). En los primeros el titular está autorizado para utilizar los valores que se le reconocen en su propio beneficio, pero como aquello que es bueno para cada individuo en particular, indirectamente se torna bueno para la sociedad en su conjunto, por vía de consecuencia se logra el bien común. Este autor insiste en que el derecho subjetivo no está dado más que en interés de su titular, cuando se lo limita teniendo en cuenta el interés común, no se convierte por ello en función social, porque no se modifica ni la naturaleza, ni la función del derecho.

Nuestra solución es distinta, porque partimos de criterios distintos. En principio, porque consideramos que cuando se reconoce el nacimiento de un derecho subjetivo, en ese momento debe tenerse en cuenta el bien común; si esa atribución al sujeto contribuye al bien común, la captamos lógicamente en una norma, en caso contrario no debe darse nacimiento al derecho subjetivo. Por otra parte, Dabin sostiene que cuando se limita un derecho subjetivo egoísta atendiendo al bien común, sigue manteniendo su naturaleza de derecho egoísta, pues no se modifica su naturaleza, ni su función. Si bien compartimos que ni una ni otra se modifican al limitarse el derecho subjetivo, ello se debe a que la consideración de su función social ha sido previa, en el momento que se capta

la realidad social en la norma que genera el derecho subjetivo. En ese momento debe observarse si lo que acontece en la realidad es justo o no, si realiza o no el bien común y si es necesario limitarlo.

7. Como ya dijimos, para atribuir el derecho subjetivo es necesario valorar si se realiza o no la justicia en el reparto. Si éste contribuye al principio supremo de justicia, la personalización del hombre, debe ser reconocido por el derecho objetivo. El principio supremo de justicia consiste, según opinión que compartimos, en dar a cada hombre una esfera de libertad en la que pueda ser más persona (6), por lo que el reconocimiento del derecho subjetivo acuerda ese espacio de libertad. Sin embargo, si se permite al hombre que en dicho espacio use su derecho con fin egoísta, se vuelve contra el principio antes mencionado, el hombre se despersonaliza. Si se le tolera que desarrolle todo su egoísmo, se le permite, en definitiva, aislarse, volverse contra sí mismo. La personalización sólo es posible en comunicación sincera con los otros, no sólo a través de nuestra persona individual espiritual, y de nuestra persona ciudadano, sino también de nuestra persona económica (7).

II EL ABUSO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO (8)

Dimensión sociológica:

8. En la realidad social observamos que todas las personas al obrar benefician o perjudican a otros, reparten potencias o impotencias. Por ejemplo, los padres, generalmente, y de manera natural, espontánea, benefician a sus hijos criándolos, enseñándoles. Como vimos, en la dimensión normológica puede existir una captación lógica de esa realidad, una norma legal que reconozca el derecho de criar a los hijos y educarlos (art. 265 CC.),

(6) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit. pág. 439.

(7) SCHELER, Max, "Ética, nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético", trad. H. Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1942, tomo II, pág. 317.

(8) Respecto del abuso del derecho, es posible consultar entre otras las siguientes obras: WINDSCHEID, Bernardo, op. cit.: CAPITANT, Henri, "Sur l'abus du droit", en "Revue Trimestrielle de droit civil", 1928, pág. 365; RIPERT, Georges, "Abus ou relativité des droits", en "Revue critique", Paris, 1925; CORNIL, Jorge, "El Derecho Privado", trad. Rafael García Ormaechea, Madrid, Reus, 1928; pág. 125 y ss. En la doctrina argentina, puede verse: LAFAILLE, Héctor, "Derecho Civil", Parte General, II, Bs. As., Ediar; BUSSO, Eduardo, "A propósito del abuso del derecho", en "Revista de Derecho Civil", Bs. As., 1931, año 1 No 3, pág. 297 y ss.; BIBILONI, Juan A., "El abuso del Derecho", en "Revista de Derecho Civil", Bs. As., 1931, año 1 No 1, pág. 7 y ss.; LEON, Pedro, "La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional", en "Revista de la UNC", año XVIII, No 5/6, julio-agosto 1931, pág. 29; CASTIGLIONI, José F. L., "El abuso del derecho", Bs. As., Abeledo, 1921; LEONFANTI, María Antonia, "Abuso del derecho", Bs. As., Abeledo, 1945; RISOLIA, Marco Aurelio, "Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil", Bs. As., Abeledo, 1946, págs. 145 y ss.; FLEITAS, Abel M., "El abuso de los derechos en la Reforma del Código Civil Argentino", en "Diez años de vigencia de la Reforma al Código Civil, Instituto de Derecho Privado", Anuario 1978, Editorial de Belgrano, Vol. 1, pág. 15 y ss. En este trabajo p.v. con provecho las abundantes citas bibliográficas.

allí nace el derecho subjetivo del padre, como concepto.

Pero, siempre en el marco de la realidad, debemos observar otro aspecto: ¿Cómo puede el padre, titular del derecho subjetivo de educar a su hijo, comportarse respecto del mismo? Dentro de ciertos límites. ¿Quién impone los límites en la actuación social de los seres humanos? La propia naturaleza de las cosas: las leyes de la naturaleza, las leyes político sociales, la realidad económica, las leyes síquicas (9). Así en nuestro ejemplo, el padre no podría exigir a un hijo de seis años cursar el quinto año bachillerato satisfactoriamente, a menos que sea un genio (excedería el límite impuesto por leyes síquicas). Es posible que en el ejercicio de su derecho subjetivo de educar a su hijo, el padre se extralimite, lo ejerza irregularmente, pero allí se enfrentará con los límites derivados de la naturaleza de las cosas. El derecho subjetivo, como concepto, no es susceptible de ser abusado, sino que es en la realidad donde se abusa, se exceden sus límites.

Parece que lo correcto sería comprender que la captación lógica que determina el nacimiento del derecho subjetivo, debe llevar implícita siempre una condición, aún cuando no esté desarrollada: el reconocimiento del derecho positivo para el derecho subjetivo se acuerda, siempre que en la realidad se respeten los límites impuestos por la naturaleza de las cosas.

Dimensión normológica:

9. La afirmación anterior sería suficiente para rechazar todo abuso en el ejercicio del derecho, sin embargo, parece acertado y más adecuado que los ordenamientos normativos contengan una norma que integre la realidad social creando el concepto de abuso en el ejercicio del derecho, como norma general, aplicable a cada derecho subjetivo. No siempre los ordenamientos contienen normas de esta naturaleza (10).

10. En nuestro Código Civil, el art. 1071 en su redacción originaria, plasmaba un criterio contrario al que venimos sosteniendo: "El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

Esa norma cumplía con su función descriptiva y resultaba fiel al pensamiento de su autor. En efecto, el espíritu liberal de Vélez, necesitaba de este reconocimiento del ejercicio sin límites del derecho subjetivo. Esto se comprueba al leer el art. 2513, según su primitiva redacción, y aún más en la nota, especialmente en su última parte. Este pensamiento de nuestro codificador se reafirma en el art. 2514.

(9) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones sobre los límites de los repartos", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", de la Facultad de Derecho de la UNR., Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, No 6, 1985, pág. 77 y ss.

(10) En nuestro país, por ejemplo, hasta la Reforma de 1968 no existía norma legal al respecto. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que durante algunos años estuvo vigente el art. 35 de la Constitución Nacional de 1949 que decía: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes".

El artículo 1071 trataba de integrar la realidad a través de un concepto. Mucho se ha discutido si dicho concepto es correcto o no. En efecto, la doctrina durante todo este siglo ha estado discutiendo si es posible que el derecho dado a una persona pueda tener jurídicamente un uso bueno o malo; si el uso que se hace de un derecho subjetivo interesa todavía al derecho.

Se admite, por ejemplo, que el legislador tiene facultad para condicionar el uso del derecho, pero cuando lo hace ¿no lo limita? Es el derecho mismo que está en juego. El que lo usa de modo diverso, marginal, ¿no se encuentra en una hipótesis de carencia del derecho? Planiol sostenía que hablar de "abuso de derecho" implica una logomaquía: si abuso no actúo dentro del derecho, es una contradicción. El derecho cesa donde el abuso comienza. Cuando el hombre ejerce sus derechos no puede abusar de ellos, si abusa procede sin derecho, y en ese caso es ilícito. Para los partidarios de estas críticas el concepto legislativo de Vélez sería correcto.

Según nuestra opinión, el derecho subjetivo, conceptualmente, como captación lógica de un reparto proyectado, no puede tener limitaciones. Los límites están en la realidad, no en el derecho subjetivo. Por eso se dice que el ejercicio, el uso del derecho subjetivo, es lo abusivo. El ejercicio, el uso, corresponden a la dimensión sociológica y no a la normológica.

Por lo expuesto, para nosotros el concepto de Vélez Sarsfield es correcto en cuanto refiere al derecho subjetivo, pero incorrecto por no haber captado los repartos proyectados con sus límites, por desconocer que la persona, ejerciendo sus derechos subjetivos, puede adjudicar potencias e impotencias, pero que su accionar tiene límites fijados por las reglas de la naturaleza. Por ello debió referir al ejercicio regular del derecho subjetivo.

11. La norma del Código Civil decimonónico a que venimos refiriendo, padecía en las últimas décadas de una notable inexactitud. Había devenido inexacta, pues ya no describía más lo que acontecía: la jurisprudencia y la doctrina reconocían, con distintos fundamentos, el principio del ejercicio abusivo de los derechos (11).

Esta inexactitud sobrevenida dio origen a la reforma que introdujo la ley 17711. Desde entonces el art. 1071 contiene dos normas (entendiendo por norma una unidad jurídica). Cada una de ellas tiene su tipo legal y su consecuencia jurídica.

Primera norma: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto". El legislador de 1968

(11) Respecto de la jurisprudencia, p.v. la interesante reseña efectuada por LEONFANTI, María Antonia, op. cit. pág. 13 y ss.

En cuanto a la doctrina, son significativos los Congresos de Derecho Civil. En el 1er. Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1927, se aprueba la moción de Aguiar: "El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto, salvo que el derecho se ejercitare sin necesidad o beneficio para el titular, y en perjuicio de alguien". En el 2º Congreso, 1937, se recomienda: "El que en el ejercicio de un derecho causare un daño a otro, debe repararlo si obró con dolo o culpa y excedió los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le fue conferido" (citados por LEONFANTI, María Antonia, op. cit., pág. 36).

modifica el tipo legal: no se trata del ejercicio de un derecho propio, sino que se incluye el concepto de "regular". Se corrige de este modo la incorrección conceptual, sólo se comprende en el tipo, el ejercicio del derecho de manera regular. La consecuencia jurídica se mantiene: el acto es lícito.

Segunda norma: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal el que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

12. El tipo de esta norma es muy abierto: se considera abusivo el ejercicio que: contrarie los fines que tuvo en mira la ley al reconocer el derecho subjetivo; o bien a aquél que contrarie la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Para determinar el tipo, el reformador argentino debió seleccionar criterios que caracterizan el ejercicio abusivo. En ese sentido, la doctrina actual toma en consideración distintas pautas:

Criterios subjetivos: Para los autores partidarios de investigar la conducta del agente, el ejercicio abusivo consistirá: a) en la intención de perjudicar, dolo (12); o b) en la culpa al ejercerlo. Este criterio supera al anterior, pues la sola culpa ya implicaría ejercicio abusivo, pero merece críticas porque obliga a investigar la culpa, que consistiría en usar el medio más dañoso en el ejercicio; o bien c) en ejercitar el derecho sin interés legítimo, sin utilidad alguna. Esa falta de interés hace presumir que se actuó con intención de dañar (13).

Criterios objetivos: Para quienes adhieren a esta corriente, el ejercicio abusivo se reconoce sin investigar la conducta del agente, y consistiría en: a) ejercer el derecho contra el destino económico o social del mismo. Esto significa un avance respecto de las corrientes subjetivistas, se reconoce, por lo menos, que el límite está en el reparto, no en el querer del sujeto. Sin embargo, se olvidan otros límites (los que nacen de las leyes síquicas, de la naturaleza, etc.) (14); b) contrariar el objeto de la institución, su espíritu, su finalidad (15). Ya dijimos que cuando el derecho objetivo crea un derecho subjetivo debe tener en consideración la justicia; debe tener en cuenta los límites que las leyes de la naturaleza imponen a los repartos. Por tanto, si se contraría lo que se tuvo en cuenta al reconocerlo, se contrarían las leyes de la naturaleza y, en consecuencia, resulta fuera de sus límites; c) contrariar la moral o las buenas costumbres. Este criterio, quizás, deba comprenderse en el anterior, ya que el legislador al reconocer el derecho subjetivo ha de tener en cuenta la moral y las buenas costumbres.

La ley 17711, correctamente, sólo admite dos criterios objetivos, los dos últimos en la enumeración anterior, desechando los criterios subjetivos (16).

13. La consecuencia jurídica de esta norma no es sancionar el acto como ilícito, sino como abusivo.

(12) JOSSERAND, Louis, en sus primeras obras.

(13) LAFAILLE, Héctor, op. cit.

(14) Tal el criterio utilizado por el art. 10 del Código Civil Soviético de 1922: "Los derechos civiles están protegidos por la ley, salvo el caso de que sean ejercidos en sentido contrario a su destino económico y social".

(15) JOSSERAND, Louis, en sus trabajos posteriores.

(16) Acerca de cómo se pretende minimizar la Reforma de 1968 reduciendo el tipo legal al segundo criterio y olvidando el primer criterio de la segunda norma incorporada por la ley 17711, p.v. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Justicia contractual", Bs. As., Ediar, 1978, pág. 64.

Se crea una categoría distinta a la ilicitud, diferenciada en algo, lo que parece más enriquecedor. De este modo se aprecia mejor la dinámica del fenómeno jurídico: no se trata de que haya derecho o no lo haya, y en el último supuesto entender que existe ilicitud. Se da también la posibilidad de que haya derecho subjetivo, pero se ejerce de una manera reprochable (17).

Respecto a las consecuencias jurídicas del acto abusivo, se consideran similares a las del acto ilícito pero diferenciadas en algo. Tienen en común que en ambos nace la obligación de reparar el daño causado. Pero se diferencian porque en el ejercicio abusivo, se puede peticionar la paralización del accionar, aún cuando todavía no se haya producido un daño (prevención), pero siempre que pueda demostrarse que ese daño se produciría realmente de no cesar el ejercicio antifuncional. Esta diferente consecuencia jurídica que hasta el presente sólo es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, ha sido incorporada, como un tercer párrafo, al art. 1071 en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

Dimensión dikeológica:

14. En esta dimensión debe requerirse acerca de los fundamentos por los que no es justo ejercer abusivamente el derecho subjetivo.

Debe sancionarse el ejercicio abusivo del derecho, en razón de que cuando el hombre no respeta los límites de los repartos, hace prevalecer el valor relativo poder, sobre los valores superiores solidaridad, justicia, humanidad.

Es justo impedir que el titular del derecho lo ejerza sólo en su interés individual cuando causa daño a otros, porque de ese modo obstaculiza la realización del bien común que se tuvo, o se debió tener en consideración, cuando se le atribuyó el derecho subjetivo.

Por otra parte, quien ejerce abusivamente su derecho utiliza la esfera de libertad que le reconoció el legislador para ir contra el principio mismo de justicia: su personalización y la de los otros hombres. Se despersonaliza él mismo, pues la persona crece cuando reconoce en los otros su propio ámbito de libertad, cuando respeta ese ámbito. Despersonaliza a los otros, pues les impide usar su propia esfera de libertad.

Porque no es justo el abuso del titular, se hace necesario proteger a los otros hombres, mediante sanciones adecuadas, y también en ciertos casos es menester, proteger al titular de sí mismo (18). Su tendencia egoísta, casi inherente a la condición humana, si no se limita le ocasiona graves perjuicios (soledad, desamor, etc.).

(17) En igual sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 65. LEONFANTI, María Antonia, op. cit., pág. 94, efectúa un distinguo que merece ser tenido en consideración: "El abuso del derecho implica un acto materialmente jurídico por su objeto; pero formalmente antijurídico por su fin intencional".

(18) Se relaciona con esta protección la necesidad de evitar el abuso de ciertos derechos personalísimos, integrantes del sector de los llamados derechos a la integridad física, como el derecho a morir en dignidad, cuyo abuso por el titular genera un acto injusto para sí mismo.

III CONCLUSION

En síntesis, admitimos la existencia del derecho subjetivo como una creación del derecho objetivo, en cuyo proceso de creación deben valorarse, desde la justicia, las distribuciones y repartos. Sostenemos además que, en la dimensión sociológica, es posible que el hombre en la atribución de potencia e impotencia, contrariando los límites impuestos por la naturaleza de las cosas, ejerza abusivamente su derecho subjetivo, abuso que debe ser reprochado como un injusto, distinto del ilícito, siendo conveniente plasmar la sanción en una norma general.

REFLEXION SOBRE LA LIBERTAD (*)

Alfredo Mario ~~SOTO~~ **SOTO** ~~L**~~

Según Goldschmidt, el principio supremo de justicia consiste en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona (1). Nos detendremos en este trabajo en el análisis de la **libertad**, por cuanto existirían, a nuestro juicio, distintas interpretaciones (que, por supuesto, no se agotan con la exposición que continúa), acerca de su definición o marco de referencia; y luego haremos alusión a nuestro punto de vista.

El **libertarianismo**, en su version moderada (2), entendería que la libertad se realiza cuando nadie viola ningún derecho de la persona. Aquí se considera que el individuo tiene derechos absolutos, es decir que los demás tienen única y exclusivamente **deberes negativos** (no matar, no robar, etc...), pero no **deberes positivos**; el individuo sólo tiene **derechos a omisiones** por parte de los otros individuos. Esta distinción entre acción y omisión ha sido defendida desde el momento en que la sociedad estima mejor, en principio, por ejemplo, dejar morir o abstenerse de salvar una vida, antes que matar (3).

Contra ello hay algunos intentos que tratan de evidenciar la falta de fundamentación de tal distinción, por cuanto en algunos casos los resultados o consecuencias (4), son los mismos, (por ejemplo, la muerte se produce igual, sea que ahogamos a una persona, o no la salvamos cuando vemos que se está ahogando) (5). Pero si únicamente nos atenemos a ello, es decir, si sólo miramos los resultados, estaríamos reconociendo una realidad, lo que es significativo, mas dejaríamos de lado algo muy importante, que es la distinción entre deber ser ideal aplicado personal (**deber de actuar**) y deber ser ideal aplicado impersonal (**deber actual**) (6).

Efectivamente, el despliegue más importante de la justicia como valor es la **valoración**, que consiste en criticar dikelógicamente la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y del porvenir; entonces al deber ser ideal puro de la valencia (el valor vale; "Der Wert gilt") se agrega el deber ser ideal aplicado, que a veces no implica exigencias a nadie en particular para hacer justicia o suprimir la injusticia (deber actual), y otras veces sí, en cuyo caso estamos en presencia del deber de actuar.

(*) Basada en ideas desarrolladas en el curso sobre "Las teorías de la Justicia según la Filosofía Analítica" dictado por el profesor doctor Martín Diego Farrell, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

(**) Ayudante de investigación del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 4a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 417.

(2) Referencias de las clases aludidas.

(3) Referencias de las clases aludidas.

(4) Referencias de las clases aludidas.

(5) Referencias de las clases aludidas.

(6) v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pas. 393 y ss.

Lo que antecede nos parece de vital importancia porque va conectado con la responsabilidad, que normológica, sociológica y dikelógicamente debe ser adjudicada a quien no cumple con tal deber ser. En efecto, posiblemente la teoría de la responsabilidad debiera contemplar este aspecto para la determinación de las causas que producen consecuencias dañosas susceptibles de ser reparadas, y atribuir la culpabilidad a estos agentes que no hacen daño sino omiten evitarlo, pudiendo y debiendo hacerlo (7).

La valoración hace que la justicia sea relativa a la adjudicación valorada (no a la persona que valora), y por lo tanto todo dependerá del caso concreto. No decimos que universal y eternamente la distinción entre acción y omisión sea ociosa, sino por el contrario, la **complejidad pura** del derecho nos puede aclarar que a veces es justo diferenciarlas y otras veces no, sin caer en la **complejidad impura**, que sería confundir siempre y apriorísticamente ambos conceptos (8).

Por lo expresado, el individuo no tiene sólo derechos que se corresponden con deberes negativos, sino también con deberes positivos. Así enriquece, por ejemplo, el planteo del **derecho** (y no estado) **de necesidad**. También los **derechos humanos**, que en la actualidad parecieran reducirse a la postura de que el individuo sólo tiene derechos a que el Estado (y además otros individuos, agrupados o no, en el mejor de los casos), no deben violar la dignidad física (y espiritual, también en el mejor de los casos) de la persona, por medio de acciones; pero habría que ampliarlos a las omisiones, por ejemplo, el individuo tiene derecho a comer, educarse, etc., y por tanto, si la situación valorada lo exige, quien pueda corresponder a esos derechos, no debe dejar de hacerlo.

Para otro sector del pensamiento (9), habría que distinguir entre **libertad negativa** y **libertad positiva**. Por la primera se entiende la libertad **"de"**, siendo libertad **"para"** la segunda.

La libertad negativa está determinada por las normas jurídicas. Basta, por ejemplo, que la norma constitucional diga que todo ciudadano tiene derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio libremente, para satisfacer ese derecho. Mientras que la libertad positiva se da si además se tienen los recursos económicos como para ejercitar esa libertad. Así, la libertad positiva se relaciona con la autorrealización de cada individuo, con su plan de vida trazado (10).

Los libertarios se preocupan sólo por la libertad negativa, diciendo que es condición necesaria de la positiva. Las libertades negativas se distribuyen igualmente entre las

- (7) Por supuesto, aquí no entramos en la discusión acerca del clásico "cogitationis poenam nemo patitur" (el pensamiento no delinque, del Derecho Penal del delincuente), ni tampoco nos adentramos en la psicología del agente, por cuanto estos procederes (acciones u omisiones), no quedan en la esfera interna del individuo, sino que se exteriorizan, obviamente, en resultados, pero además la realidad indica que hay una persona que se conduce de una manera, omitiendo, por ejemplo, salvar una vida, e interfiere con otra conducta de una persona que, por ejemplo, se está ahogando (sin duda impregnada de una serie de adjudicaciones que no proviene de esa persona sino de la naturaleza o el azar, es decir, distribuciones, además de repartos).
- (8) Puede verse CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El Trialismo, Filosofía Jurídica de la Complejidad Pura", en El Derecho, entrega diaria, 1º de febrero de 1988, ps. 1 y ss.
- (9) Es la postura del profesor Farrell, quien dictó el curso a que hemos hecho referencia al inicio.
- (10) BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos sobre la libertad", en "Filosofía Política", ed. por Anthony Quinton, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1974, ps. 216 y ss.

personas (así, por ejemplo, los artículos 14 y 20 de nuestra Constitución Nacional), sin tener en cuenta si existe igualdad de oportunidades.

Se dice en general que el Estado no debe preocuparse por las libertades positivas porque significaría coaccionar al individuo (entendiendo por coacción el daño o la amenaza de daño físico). Es decir, los derechos de los individuos terminarían donde comienzan los de los demás, esto es, un individuo tendría todos los derechos del mundo mientras no dañe ni amenace dañar físicamente a otro. Esto podría asemejarse a las libertades formales de las que hablaba Marx.

Para afirmarse, sus seguidores toman datos concretos de la realidad; por ejemplo, parecería que la mayor inmigración se produjo en Argentina cuando la Constitución de 1853 proclamaba en gran medida libertades negativas, y la mayor emigración, en cambio, se produjo a partir de 1949 y en 1957, cuando las Constituciones contemplaron prioritariamente libertades positivas. Evidentemente, la realidad demuestra que los inmigrantes, al venir "a hacerse la América", no confiaban en que la libertad negativa era condición **necesaria** de la libertad positiva, que venían a buscar, sino que la primera era condición **suficiente** de la segunda, con lo cual se explica mejor este problema, con una apertura a las libertades positivas.

No cabe duda que, frente a la idea de libertad negativa, basada únicamente en su consagración normológica, el destacar la libertad positiva, es decir, darse cuenta de los límites económicos y de la conexión del derecho con la economía, es satisfactorio. Pero nos parece desacertado reducir el ámbito de la autorrealización (que se desea lograr con libertades positivas), al campo de la economía y la persecución del valor **utilidad**. Estamos de acuerdo en que el individuo debe realizarse, pero ello no significa que los parámetros empleados sean los de la utilidad, la relación medio a fin, ya que el valor utilidad iguala, en cambio el valor justicia diferencia.

El **contenido de la justicia** exige no sólo una igualdad formal, sino también igualdad de oportunidades, que los partidarios de la libertad negativa no tienen en cuenta porque el mercado, por el libre juego de la oferta y la demanda, no lo exige. Además, el **régimen humanista** pretende la idea de **comunidad**, de bien común, y a veces se justifica cierta **intervención** a través de repartos autoritarios (ordenancistas o directos, bajo la forma de proceso o mera imposición), cuyos repartidores también están legitimados. No se puede dejar librado todo a la autonomía, a la negociación o a la adhesión, que en muchos casos no es real, ya que en ocasiones los individuos se obligan autoritariamente respecto de otros, bajo la apariencia de un acuerdo.

En definitiva, en última instancia, es la **justicia del objeto** del reparto la que debe legitimar a todos los otros elementos del mismo. La libertad es una palabra multívoca: normológicamente podría hablarse de libertad negativa; sociológicamente, de libertad positiva; y dikelógicamente (la dimensión más significativa), las consideraciones anteriores nos deben permitir la realización plena del individuo para personalizarse.