

APORTES DE LA AXIOLOGIA DIKELOGICA PARA LA COMPRENSION DE LOS CASOS JUSPRIVATISTAS INTERNACIONALES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI

A la luz de la Axiología Dikelógica se advierte que la comprensión de un caso jurídico debe tener siempre en cuenta la **pantomomía** (pan = todo; nomos = ley que gobierna) de la justicia y los resultados de su necesario **fraccionamiento** (1). Al reconocer los sentidos de la pantomomía y el fraccionamiento en los casos del Derecho Internacional Privado “clásico” (2) es posible apreciar mejor los significados últimos de las soluciones que se les adjudican.

Las influencias de justicia que constituyen la pantomomía provienen del pasado, del presente y el porvenir. En correlación con estos sentidos, ante un caso jusprivatista internacional hay que reconocer en qué medida se presenta “**abierto**”, permitiendo una solución relativamente libre, que tenga en cuenta más las influencias actuales e incluso futuras, y en qué medida se muestra “**cerrado**” por un fraccionamiento que lo ha dejado constituido según consideraciones del pasado, como ocurre en el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

Cuando se trata de un caso “**abierto**”, a veces hay que atender a las posibles influencias de otros casos, como ocurre en la vinculación entre los casos de validez matrimonial y de filiación, de modo que en ciertas soluciones se promueven los matrimonios válidos para favorecer la filiación matrimonial (art. 159 del C. Civil argentino) y en otros casos se sacrifica a la filiación discriminando su carácter matrimonial o extramatrimonial e incluso sometiendo a esta última a soluciones que la despedazan, para elevar así la importancia del matrimonio (v. por ej. arts. 18 y 22 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 respectivamente).

Dentro del mismo caso, se ha de resolver en primer término la mayor o menor consideración que se brindará a los antecedentes, que se manifiesta respectivamente en la mayor o menor atención a los **derechos adquiridos**. Además, hay que decidir la consideración que se otorgará a los complejos en los sentidos personal, real y temporal. La consideración del complejo personal se muestra, por ejemplo, cuando se atiende a la estrecha relación entre los esposos haciendo referencia al **domicilio conyugal** (v. gr. arts. 12 y 14 de los Tratados mencionados y art. 162 del Código Civil), en tanto cuando se somete la adopción realizada fuera del país sólo a la ley del domicilio del adoptado hay un mayor fraccionamiento del complejo personal (art. 32 de la ley 19.134). La atención al complejo temporal puede ser más o menos abierta, por ejemplo cuando se toma en cuenta la ley del domicilio conyugal al tiempo de la adquisición de cada bien o se opta por la ley del primer **domicilio conyugal** (art. 5 de la ley 2393, por una parte y arts. 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 y art. 163 del Código Civil, por otra). La referencia al complejo real puede ser más amplia o más fraccionada, por ejemplo cuando se atiende al **lugar de ejecución** de un contrato o a la mera voluntad de las partes (v. gr. en los arts. 32 y 33 y 36 de los respectivos Tratados mencionados, por un lado, y el art. 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por el otro).

(*) Documento de trabajo para una reunión de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R..

(1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 401 y ss.

(2) Entendemos por Derecho Internacional Privado “clásico” al núcleo actual que diferencia a la materia, desarrollado en la extraterritorialidad del Derecho, el método indirecto y el respeto al elemento extranjero.

También, dentro del mismo caso, hay que tener en cuenta en qué medida ha de procurarse que las consecuencias recaigan sobre quienes deben recibirlas o se proyecten sobre otros. Lo primero sucede de notoriamente cuando se someten los efectos de los contratos a las leyes de los domicilios de **cada una** de las partes (art. 1214 del Código Civil); lo segundo ocurre cuando, como señalamos precedentemente, se desjerarquiza la situación del hijo **extramatrimonial** con miras a desjerarquizar la posición de su padre.

Los fraccionamientos de la justicia simplifican los casos y producen siempre **seguridad jurídica**, pero es obvio que la simplicidad y la seguridad no son los valores supremos del Derecho que, en definitiva, siempre ha de realizar el mayor grado de justicia posible (3).

- (3) A las consideraciones que anteceden cabe agregar, por ejemplo, la atención a la **correspondencia ouxtaposición entre tipos legales y consecuencias jurídicas** (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Acerca de la correspondencia entre tipos legales jusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.). La atención a otros casos puede significar una relación de correspondencia por atracción.

ARGENTINA Y LA URGENTE NECESIDAD DE UN SISTEMA DE PREMIOS Y CASTIGOS (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. El hombre es un **ser cultural**, o sea que necesita de la proyección a valores para poder vivir. A su vez, toda cultura requiere cierto despliegue sistemático, que le permita desarrollarse ante nuevas situaciones y excluir los elementos extraños, de modo que exige, en definitiva, un conjunto de **premios y castigos** (1). Estos premios y castigos pueden producirse de maneras "**directas**", en los mismos valores que los motivan, o de maneras "**indirectas**", en otros valores. Así, por ejemplo, los premios y castigos por valores como la verdad, la belleza, etc. suelen producirse indirectamente en términos de utilidad.

Los premios y castigos "directos" son suficientes cuando basta con la "**virtud moral**", en la cual la adhesión a los valores se produce por ellos mismos, en cambio, cuando la virtud moral no es bastante, se requieren premios y castigos "indirectos", en los que entra a promoverse la virtud meramente "**intelectual**" (2). Los premios y castigos indirectos suelen ser los resguardos últimos de la cultura.

La falta de un sistema de premios y castigos tiende a promover la imposición, que caracteriza a los repartos **autoritarios** y lleva inherente el valor poder, en detrimento del acuerdo, que genera repartos autónomos y satisface el valor cooperación. Al propio tiempo, debilita la razonabilidad que requiere la ejemplaridad (ordenación por "modelo y seguimiento"), perjudicando en consecuencia la realización del valor solidaridad y, en definitiva, promueve la **anarquía** (o sea el desorden de los repartos), con su consiguiente desvalor de arbitrariedad (3). Una sociedad que carece de un sistema de premios y castigos es, en principio, más autoritaria, menos razonable y más anárquica.

En correspondencia con el desorden de los repartos que significa la anarquía, la falta de un sistema de premios y castigos interfiere en el ordenamiento normativo, sobre todo debilitándolo en sus relaciones horizontales de producción y de contenido, que realizan respectivamente los valores infalibilidad y concordancia. El debilitamiento del ordenamiento como conjunto perjudica al valor coherencia, que es propio de él. Una sociedad sin un sistema de premios y castigos es más **fálible**, menos concordante y más **incoherente**.

(*) Ideas de una clase del autor en el curso "Comprensión jusfilosófica del puesto de argentina en el mundo" del Ciclo de Orientación Definida de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Investigador del CONICET.

- (1) Los premios y los castigos deben relacionarse con los merecimientos y "**desmerecimientos**" (en relación con éstos, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 133 y ss.). Acerca de los **incentivos jurídicos**, v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión filosófica de los incentivos jurídicos", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 8, págs. 109 y ss. Cabe destacar la preferencia axiológica del premio sobre el castigo.
- (2) En relación con las **virtudes intelectuales** y morales y, en general, con la teoría trialista del mundo jurídico en la que se basa la comprensión del Derecho utilizada en el trabajo, v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs. 389/90.
- (3) La anarquía corresponde, en términos políticos generales y culturales, a un fenómeno de "**anotaria**" (en relación con el tema, puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, esp. pág. 79). Contar con un sistema de premios y castigos es altamente significativo para la conservación de un régimen.

La falta de un sistema de premios y castigos surge de la crisis de los valores, principalmente de la justicia, pero a su vez la promueve, generándose así un “círculo vicioso” muy difícil de romper. Ese círculo puede llegar a asfixiar la realización del mismo valor humanidad (el deber ser cabal y último de nuestro ser), generando una sociedad “cosificada”. Cuando no hay un sistema de premios y castigos se debilita la satisfacción de las vías de justicia más relacionadas con el conjunto social, de maneras principales la justicia integral y relativa y, en cambio, se exageran las sendas de la justicia sectorial y absoluta (4). La carencia del referido conjunto de premios y castigos desvía la proyección a los valores, promoviendo el vicio y, en definitiva, cuando se premia y se castiga indebidamente hay corrupción.

La falta del sistema de premios y castigos dificulta la “aristocracia” (o sea la legitimación en la calidad de repartidor por superioridad moral, científica o técnica), promoviendo en cambio la **masificación** y llega a tratar el avance mismo de la vida. Ante la carencia de un sistema de premios y castigos resulta imposible atender como es debido a la igualdad, la unicidad y la comunidad de todos los hombres, como lo exige el humanismo. Una sociedad con tal característica se hace abierta o veladamente **totalitaria**, porque toma a los hombres como medios y no como fines.

El sistema de premios y castigos es una de las perspectivas más importantes para reconocer el “puesto” de un país o una “familia” jurídica en el mundo. Así, por ejemplo, el sistema de premios y castigos de la “familia” jurídica “occidental”, centrado en la utilidad, es muy diverso del de la “familia” islámica, fundado en la **santidad** (5).

2. En el sentido de los valores fuertemente compartidos la **cultura argentina** es en la actualidad extremadamente pobre, pues en la práctica no hay valores con un sólido reconocimiento común, y esto conduce a que el país no tenga un sistema de premios y castigos. Hay en Argentina valiosas realizaciones **individuales y sociales**, pero el conjunto social no parece reaccionar en el sentido de premiarlas, como tampoco se ha mostrado suficientemente enérgico para sancionar las realizaciones “desvaliosas”. Sobre todo fracasan los premios y castigos indirectos, que –como dijimos– suelen ser los resguardos últimos de la cultura, de modo que el sistema depende demasiado de los premios y castigos directos y, en definitiva, de la **virtud moral** de cada uno. En mucho los argentinos “valiosos” lo son sólo porque quieren serlo. De este modo, las realizaciones científicas, artísticas, educativas, etc. suelen quedar libradas a los premios y castigos directos, por lo que se obtenga o deje de obtener en los mismos valores que les son inherentes, y a las virtudes morales respectivas, sin que intervengan premios y castigos indirectos y el respaldo de la virtud meramente intelectual. Incluso los premios y castigos directos han llegado a hacerse cada vez más difíciles y la virtud moral resulta cada día más desalentada. Es más: los premios y castigos interfiern en los valores que deberían apoyar, de modo que se brindan o niegan oportunidades científicas, artísticas, etc. en sentidos inversos a los merecimientos respectivos.

De resultas de la carencia de un sistema de premios y castigos, nuestro país tiende a ser **autoritario, poco razonable y anárquico**, frecuentemente falible, discordante e incoherente. La sociedad argentina suele ser “cosificada”, desarrolla excesos de justicia sectorial y absoluta y a menudo resulta afectada por la **corrupción**, de la que mucho se habla, pero contra la cual no se alcanza suficiente eficacia (6).

(4) Una de las vías para constituir sólidamente un sistema de premios y castigos es la justicia simétrica, cuyo desarrollo es promovido por el sistema monetario. La inflación suele ser uno de los factores que más deterioran un sistema de premios y castigos.

(5) V. por ej. LOSANO, Mario, “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982.

Aunque no compartimos sus planteos radicales, creemos destacable el aporte que, acerca del sistema de premios y castigos de diversas sociedades, puede obtenerse de las investigaciones que efectuó Michel Foucault.

(6) Uno de los factores que más claramente influyeron en el deterioro de nuestro conjunto asistomático de premios y castigos es la enorme inflación.

Como consecuencia de la falta de un sistema de premios y castigos somos incapaces de desarrollar una verdadera aristocracia y caemos a menudo en la **masificación**, deteniendo incluso el avance mismo de la vida. Es en la misma línea que deben comprenderse, en mucho, nuestros rasgos frecuentes de sociedad **ocultamente totalitaria**.

La falta de un sistema de premios y castigos nos hace muchas veces **incomprensibles** para nosotros mismos y para los demás países, constituyéndose en uno de los factores que nos colocan de cierto modo “al margen” del interés mundial.

3. Una de las causas de que nuestro país carezca de un sistema de premios y castigos ha sido la “escisión” de nuestra cultura jurídica y política, dividida en los sectores “**hispánico tradicional**” y “**anglofrancesado**”, que se oponían irreconciliablemente haciendo que se privilegiara la pertenencia a cada grupo sobre los merecimientos y los “desmerecimientos” verdaderos (7). Es más: un poderoso movimiento que en mucho perteneció al sector “**hispánico tradicional**” produjo una gran transformación en la escala de valores argentina, elevando a grandes sectores sumergidos, pero sin alcanzar, tal vez incluso sin pretender, la imprescindible constitución de un nuevo nivel de excelencia, con el pertinente sistema –aunque fuera parcial– de premios y castigos.

Hoy, sin embargo, parece que el país va llegando a “la hora de la verdad” e irá quedando diferenciado, como resulta más objetivo por los intereses vitales, en un sector más “**liberal**” y otro sector más “**socialdemócrata**” (8). El sector “**liberal**” estará compuesto por quienes, por diversas razones, están más conformes con los resultados del mercado, y ya está en nítidas vías de constitución. El sector “**socialdemócrata**” tendría que resultar integrado por quienes intenten corregir dichos resultados, pero todavía puede ser prematuro hablar de corregir a un mercado que no está desarrollado, y este sector está mucho menos configurado.

En la medida que la cultura argentina se refiera más a la **realidad**, tendrá más oportunidad de contar con un sistema de premios y castigos. Quizás sea legítimo que al principio a través del mercado haya un sentido predominantemente **utilitario**, siempre que la referencia a la utilidad no destruya las realizaciones de los **otros valores** (9). En el hallazgo de un sistema de premios y castigos Argentina encontrará más claramente su “puesto en el mundo”.

- (7) Es posible c. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, v. VI, págs. 21 y ss; “La philosophie du droit en Argentine depuis 1945”, en “Archives de philosophie du droit”, t. 34, págs. 211 y ss.
- (8) Cabe aclarar sin embargo, que no es todavía claro si el sector “**hispánico tradicional**” se extingue o sólo ha perdido su cauce de expresión partidaria.
- (9) Puede v. en este mismo número del “Boletín”: CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Argentina y sus posibilidades actuales de recepción del modelo capitalista”. En relación con el tema, v. también varios trabajos en el Nro. 14. Podrá c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditación comparativa del ‘puesto’ de Argentina en el mundo”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la U.N.R., en prensa.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DE LA TAREA DE UNA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. La designación “Corte Suprema de Justicia” identifica al órgano respectivo por su responsabilidad última de realizar ese valor, diferenciándose, por ejemplo, de lo que sería una Corte Suprema de Derecho o de Legalidad. Una Corte Suprema de Justicia se diferencia asimismo de una Corte de Casación, con la cual puede coincidir en parte, pero se distingue por las respectivas finalidades de valor y de control de sentencias que se expresan en las denominaciones pertinentes. Hacer justicia es diverso de casar sentencias, aunque para hacer justicia resulte a veces necesaria la casación. La noción de Corte Suprema de Justicia corresponde en mucho al desarrollo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, establecida en 1787 pero desarrollada, en muy significativos aspectos, merced a la obra de jueces ilustres como John Marshall, quien ocupó su ministerio desde 1801 a 1835 (1).

La designación “Corte Suprema de Justicia” ayuda también a reconocer su ubicación en el régimen. La Corte “Suprema” tiene tribunales inferiores y es el nivel más alto de la administración de justicia. En la división de poderes que se ha hecho más tradicional, paralelos al Poder Judicial, que ella encabeza, deben comprenderse el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Mucho es lo que se ha dicho acerca de la Corte Suprema desde el punto de vista del Derecho Constitucional (2), pero menos es lo que se ha expresado al respecto desde la perspectiva jusfilosófica y es desde este enfoque, encarado según la teoría trialista del mundo jurídico (3), que presentamos estas reflexiones. El carácter supremo de la Corte significa una posición de “límite” de la estructura gubernamental, que permite apreciar mejor el mundo jurídico más allá del gobierno mismo.

a) Dimensión sociológica

2. La pluralidad de tribunales inferiores a la Corte sin un órgano superior daría en el conjunto un juego de soluciones más allá de la voluntad de sus autores, o sea produciría adjudicaciones por influencias humanas difusas. En cambio, la existencia del órgano supremo de la administración de justicia permite un mayor grado de conducción, es decir un más amplio despliegue de los “repartos”. La Corte Suprema corresponde al esfuerzo más alto que se hace para conducir la administración de justicia.

La constitución del nivel superior de la administración de justicia en un solo órgano concentra e incrementa las posibilidades de conducción autoritaria y de consiguiente realización del valor poder. La Corte Suprema es una pieza de alta jerarquía del plan de gobierno, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad. Por otra parte, la Corte tiene gran importancia en la ordenación jurisprudencial de las sentencias. La jurisprudencia es expresión tribunalicia de la ejemplaridad donde se realiza el valor solidaridad y puede nutrirse en mucho de la razonabilidad de los pronunciamientos que produzca la

(*) Notas de la disertación del autor pronunciada el 27 de agosto de 1991 en el ciclo de conferencias sobre “Problemas de ayer, de hoy y de siempre sobre Filosofía del Derecho” auspiciado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. JOHNSON, Gerald W., “La Suprema Corte”, Índice, Bs. As.; también por ej. REMY, Richard C. (Senior Author), “Government in the United States”, New York, London-Macmillan-Collier Macmillan, 1984, págs. 266 y ss..

(2) V. por ej. BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Bs. As., Ediar, 1986, t. II, págs. 302 y ss..

(3) Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976.

Corte Suprema. En suma, por las vías de la planificación gubernamental en marcha y del refuerzo de la ejemplaridad la Corte promueve un régimen más sólido, con el consiguiente incremento de la realización del valor orden. La tarea de una Corte Suprema es una importante contribución para que no haya anarquía y en consecuencia tampoco arbitrariedad.

3. Por ser un órgano “supremo”, la Corte puede desarrollar cierta ilusión de omnisciencia y omnipotencia que la llevaría a tropezar con límites necesarios surgidos de la naturaleza de las cosas, aunque tales desvíos son menores en relación con los que puede encontrar el Poder Legislativo, pues el contacto más directo del Tribunal con los casos evidencia mejor los obstáculos. En ciertos sentidos puede decirse que la Corte Suprema tiene límites en su poder fáctico por la presencia del Poder Ejecutivo y en sus posibilidades ideológicas por el Poder Legislativo. A su vez, dada la importancia de las cuestiones a resolver, la Corte Suprema debe poner especial cuidado en dar a sus reparos los límites voluntarios debidos, no pretendiendo ocupar espacios en los que ha de tropezar con límites necesarios, con resultados a menudo incluso contraproducentes, y no defecionando de espacios que le corresponde ocupar. Así, por ejemplo, cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos dispuso la restitución de sus tierras a los indios de Georgia, tropezó con un límite necesario que llevó al incumplimiento de lo que había ordenado (4) y cuando declaró que el Congreso no tenía derecho a interferir en la esclavitud fue criticada, quizás con razón, por no haber tenido el coraje de plantear la cuestión más allá de los límites legales (5).

Por la “altura” de su posición la Corte Suprema de Justicia puede comprender mejor que los tribunales inferiores la finalidad objetiva de los acontecimientos y basar mejor en ella la finalidad subjetiva de sus decisiones. De aquí que la Corte puede desarrollar, desde una visión de conjunto, una estrategia judicial, superadora de las decisiones más meramente tácticas de los tribunales inferiores; estrategia que constituye, a su vez, una pieza significativa de la estrategia jurídica del régimen.

b) Dimensión normológica

4. En cuanto resuelve casos pasados, concretos, la Corte Suprema de Justicia dicta normas individuales por su antecedente, realizadoras del valor inmediato, pero por la tendencia más o menos intensa a utilizar esas normas para otros casos futuros y abstractos, pendientes ante el mismo Tribunal o en instancias inferiores, presenta una proyección a la generalidad que, como tal, satisface el valor predecibilidad. En la relación directa que suele existir entre la complejidad de los procedimientos para la elaboración de las fuentes (rigidez de las fuentes) y la importancia de las cuestiones a resolver, la significación de los asuntos que soluciona la Corte Suprema de Justicia suele aproximar la complejidad del trámite para la elaboración de sus pronunciamientos a la que —por otras vías— se produce para la formación de las leyes.

La Corte Suprema de Justicia tiene de modo especial responsabilidad en el funcionamiento de las normas constitucionales, cuyas características particulares sirven también de cierto modo para caracterizar la tarea del Tribunal. La generalidad y la rigidez que suelen tener las normas constitucionales exige que la interpretación supere la literalidad y la intención de los constituyentes, remitiéndose más a la historicidad de su auténtica voluntad y a sus fines (6). A su vez, la generalidad y la rigidez requieren que en el funcionamiento de la constitución se detecten con más cuidado las carencias históricas, sobre todo por la novedad que pueden presentar los problemas, y la importancia de los temas exige que se atienda con especial cuidado a las posibles carencias dialógicas.

Una buena administración de justicia, sobre todo a nivel de la Corte Suprema, evita que las normas deban ser demasiado determinadas e inelásticas. La sabiduría del Tribunal permite el éxito de normas más indeterminadas y hace viables las ventajas de la adaptación respectiva a los cambios de la realidad.

(4) V. JOHNSON, op. cit., págs. 73 y ss..

(5) Id. págs. 87 y ss..

(6) En relación con el tema puede v. SAGUES, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario”, 2a. ed., Bs. As., Astrea, 1989.

La Corte Suprema de Justicia cuenta con la máxima habilitación en el desenvolvimiento normativo que posee la tarea judicial, con miras a la cual cabe recordar, a su vez, que –como suele sostenerse– el Derecho es en mucho lo que los jueces dicen que es. Así el Derecho es, en gran medida, lo que la Corte Suprema dice que es. Desde el punto de vista normativo, el poder de la Corte Suprema de Justicia es “supremo”, aunque esta superioridad está limitada por sus restricciones en la fuerza social, ya que sus posibilidades fácticas no son supremas. El Tribunal es, por otra parte, la garantía última de que la legalidad del ordenamiento normativo acabe en **legitimidad**.

c) Dimensión dikelógica

5. En la Corte Suprema la referencia a la **justicia** ha de ser más intensa que en los tribunales inferiores y en los otros poderes. De ella depende en definitiva la realización del propósito de “afianzar la justicia” que destaca el preámbulo de nuestra Constitución. Lo que se entienda por valor justicia es significativo para reconocer cuál ha de ser la referencia que la Corte ha de hacer para superar los límites del Derecho Positivo. Diversos serán los enfoques según se crea que la justicia es una opinión individual o social o que se trate de un ente ideal exigente, desarrollándose según las diferentes posiciones más o menos “libertad” valorativa del Tribunal.

La justicia es la culminación de los valores jurídicos y debe realizarse en relación de coadyuvancia con estos valores y con los demás valores al alcance de los hombres. Por su posición, la Corte Suprema tiene a su cargo el cuidado último de que el poder, la cooperación, la previsibilidad, la solidaridad, el orden y todos los otros valores jurídicos se satisfagan en contribución con la justicia. Asimismo debe resguardar que se realicen también los valores no específicamente jurídicos, como la utilidad, la salud, la verdad, etc., culminando en el valor más elevado a nuestro alcance, que es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). La Corte es suprema en cuanto a la justicia, no respecto de la utilidad, la salud, la verdad, etc. ni respecto de la humanidad, de modo que en estos marcos axiológicos han de prevalecer los otros poderes.

En relación con la tarea de los tribunales inferiores, la labor de la Corte Suprema de Justicia se desenvuelve en el ámbito donde la justicia está más próxima al valor **humanidad**, de modo que sus ministros han de poner especial cuidado en el resguardo de la dignidad del ser humano requerida por este valor. De aquí que la Corte Suprema ha de ser, en mucho, un tribunal de “derechos humanos” (7).

La visión de conjunto que puede apreciarse desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia permite que en relación con los tribunales inferiores la Corte desarrolle más la **justicia gubernamental** (que proviene del conjunto social), **integral** (que se refiere al conjunto social), **relativa** que vincula la justicia del caso a resolver con otros casos) y **general** (que se remite al bien común). En este último aspecto, sea cual fuere el carácter originario de los casos, por la mayor vinculación con el bien común la perspectiva de la Corte Suprema se relaciona más con el Derecho Público.

Dado el menor control que puede ejercerse sobre sus fallos, la Corte Suprema de Justicia debe contar en mayor grado con la **virtud moral**, de adhesión a los valores por ellos mismos, sin “encauzamientos” extraños. La virtud meramente intelectual es, respecto de la Corte Suprema, menos suficiente. Dado su carácter “supremo” la Corte no tiene los límites judiciales que poseen, en cambio, los tribunales inferiores.

En cierto sentido, la Corte Suprema puede satisfacer la justicia con más amplitud que los tribunales inferiores, **desfraccionando** las influencias de este valor con mayor desarrollo de la **sabiduría**. Un ministro de la Corte Suprema, además de saber, ha de caracterizarse especialmente por la apertura mental de la sabiduría. Sin embargo, a su vez, la misión de la Corte Suprema de Justicia es cortar los despliegues que los tribunales inferiores hubieran atendido indebidamente, produciendo fraccionamientos en los que se juega en última instancia la **seguridad jurídica** que brinda la organización judicial. En cuanto a la apertura a los momentos de la temporalidad, la Corte como miembro del Poder Judicial se remite más a los casos del pasado, el Poder Legislativo es más abierto al futuro y el Poder Ejecutivo se refiere más al presente; en relación con los tribunales inferiores, la Corte es la más “futuriza” de las instancias, sobre todo, por su fuerte influencia en la solución de los casos del porvenir. La Corte establece las líneas de fraccionamiento y desfraccionamiento principales que utiliza el Poder Judicial,

(7) Es posible v. BIDART CAMPOS, Germán J., “La Corte Suprema - El Tribunal de las Garantías Constitucionales”, Bs. As., Ediar, 1984.

de modo que según sea su orientación ha de ser en mucho la tendencia de la administración de justicia del régimen.

Como integrante del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia puede alcanzar las **valoraciones completas** en mejores condiciones que el Poder Legislativo, más atado, en cambio, a los criterios generales orientadores. Sin embargo, se encuentra por lo común a mayor distancia de los casos y consecuentemente tiene mayores dificultades para las valoraciones completas que los tribunales inferiores. A menudo la investigación de los casos debe quedar en manos de éstos. Por otra parte, el Poder Judicial posee posibilidades de valoraciones completas análogas a las del Poder Ejecutivo, pero tiene mayores cauces de imparcialidad.

La Corte Suprema de Justicia puede estar legitimada por títulos más **aristocráticos** (de superioridad moral, científica o técnica) o por títulos más **auténticos** (principalmente infraautónomos, por vías de mayorías democráticas). Con mayor intensidad que los tribunales inferiores, la aristocracia que se refiere a su respecto no debe apuntar sólo a la dimensión normológica del mundo jurídico, sino que ha de relacionarse también con las dimensiones sociológica y dikelógica. Incluso debe estar especialmente calificada por su apertura a los sentidos últimos de la vida. La profundidad de los problemas exige que cuente de modo particular, según dijimos, no sólo con alto grado de saber, sino sobre todo con honda sabiduría vital.

La menor existencia de frenos judiciales correspondiente al nivel “supremo” requiere que la Corte sea especialmente sensible al **humanismo abstencionista** que caracteriza básicamente al régimen de justicia, superando así los riesgos de caer en el “paternalismo” excesivo, que es totalitario. Como cabeza del Poder Judicial, la Corte Suprema es en particular un “poder contra el poder” de los otros órganos del gobierno, especialmente necesario para proteger la **unicidad** de los individuos y resguardar sus derechos fundamentales respecto de los demás y el mismo régimen. Sin embargo, como todos los otros órganos de los tres poderes, ha de tener en cuenta que su división no es la justicia misma y que a veces ésta requiere un poder “fuerte” para hacer frente a otras amenazas que se ciernen sobre el individuo.

ch) Horizonte filosófico general

6. Desde el punto de vista jusfilosófico, el nivel supremo hace que, según señalamos, la Corte deba tener particularmente en cuenta las **tres dimensiones** del mundo jurídico, asumiendo sobre todo la responsabilidad judicial última de que la realidad social de las adjudicaciones y las normas sean justas. Por su jerarquía, debe estar en particular en guardia contra las ilusiones referidas de omnisciencia y omnipotencia, que suelen nutrirse del idealismo genético, posición para la cual el sujeto es creador del objeto. Sólo desde la humilde posición de “descubridores”, o cuanto más “fabricantes” del mundo, propia del **realismo genético**, puede alcanzarse la satisfacción limitada de la justicia que nos es viable conocer y concretar, incluso al nivel de la Corte Suprema.

La tarea de una Corte Suprema de Justicia es un despliegue destacado de la tarea jurídica. A su vez, ésta es una manera destacada de la suprema “tarea” de la vida humana en su plenitud (8) (**).

(8) Puede v. en relación con el tema CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas trialistas para la comprensión de la función judicial”, en “Tribunales”, año III, número 3, 1989, págs. 90 y ss..

(***) Con posterioridad a la disertación apareció, por ejemplo: ESTEVEZ BRASA, Teresa M., “La Suprema Corte de los Estados Unidos”, en “La Ley”, 11/9/1991; asimismo, v. gr. DANIELIAN, Miguel - RAMOS FEIJOO, Claudio, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en “La Ley Actualidad”, 15/10/1991.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DE LOS ROLES SOCIALES Y LA ESTRATIFICACION DE LA SOCIEDAD Y DE SU CRISIS EN NUESTRO TIEMPO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Ideas básicas

En una primera aproximación, los **roles** o **papeles** sociales pueden ser presentados a los fines de nuestro estudio como las conductas que cabe esperar de las personas que ocupan determinada posición social (1). A su vez, la **estratificación** de la sociedad puede ser identificada como la disposición de capas sociales superpuestas (sean clases, estamentos, etc.) (2). Unos y otra pueden ser comprendidos jusfilosóficamente, por ejemplo, como lo hacemos en este caso a la luz de la **teoría trialista** del mundo jurídico (3) y pueden ser relacionados con la **crisis** de nuestro tiempo (4).

Con referencia a esta época de crisis, cabe señalar que a partir del fin de la Guerra Mundial en dos etapas que vivió nuestro siglo ha comenzado una **nueva edad** de la historia y este fenómeno significa de manera importante un proceso “crítico”, es decir, un nuevo “juicio” y un replanteo relevante también respecto de los roles y la estratificación. Cada **estilo de vida** se concreta en un estilo de roles y de estratificación social y, con el cambio de edad histórica, hay una transformación de unos y otra. Qui-

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor al III Congreso Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Área III - C).

(**) Investigador del CONICET.

- (1) Sobre los roles o papeles sociales, sobre todo en sentido sociológico, v. por ej. “Papel social” (I. Aspectos psicológicos-Theodore R. SARBIN - II. Aspectos sociológicos-Ralph H. TURNER), en “Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales” (dirigida por David L. SILLS), Madrid, Aguilar, vol. 7, 1975, págs. 554 y ss.; también ~~puede~~ v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Comprendión jurídica de la persona”, en “El Derecho”, 16-IV-1991.
- (2) Respecto de la estratificación de la sociedad, sobre todo en sentido sociológico, pueden c., por ej. ‘Estratificación social’ (I. Introducción-Bernard BARBER - II. Clase Social-Seymour M. LIPSET - III. Medición de la clase social-Robert W. HODGE y Paul M. SIEGEL - IV. Estructura de los sistemas de estratificación-Arthur L. STINCHCOMBE - V. Cultura de clase-Hyman RODMAN), en “Enciclopedia...”, cit., vol. 4, 1974, págs. 539 y ss.; LIPSET, Seymour Martin - BEN-DIX, Reinhard, “Movilidad social en la sociedad industrial”, trad. Ricardo Maffé, Bs. As., Eudeba, 1963, esp. págs. 73 y ss. y 221 y ss.; MAC IVER, R. M. - PAGE, Charles H., “Sociología”, trad. José Cazorla Pérez, Madrid, Tecnos, 1960, págs. 141 y ss.; PARSONS, Talcott, “El sistema social”, trad. José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez, Madrid, Revista de Occidente, 1966, págs. 43 y ss.; DAHRENDORF, Ralf, “Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial”, trad. Manuel Troyano de los Ríos, Madrid, Rialp, 1962, págs. 206 y ss.; MERTON, Robert K., “Teoría y estructura sociales”, trad. Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, págs. 131 y ss.; MARIAS, Julián, “La estructura social”, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, págs. 158 y ss.; DUVERGER, Maurice, “Sociología de la política”, trad. Antonio Monreal, José Acosta y Eliseo Aja, Barcelona, Ariel, 1975, págs. 170 y ss..
- (3) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.
- (4) Respecto de la crisis puede v. CIURO CALDANI, “Estudios...” cit., t. II, 1984, págs. 63 y ss..

zás, además, se trate de una crisis que conduza al establecimiento de un estilo de vida que al respecto sea permanentemente crítico, cuestionador de roles y estratificaciones, pero esto escapa a lo que puede saberse por ahora.

II. Comprensión trialista de los roles y la estratificación de la sociedad y de su crisis en nuestro tiempo

a) Dimensión sociológica

Los roles sociales determinan cauces vitales que se interrelacionan con la estratificación de la sociedad, donde las manifestaciones vitales se jerarquizan. Unos y otra pueden constituirse, desenvolverse y extinguirse por repartos provenientes de la conducta humana, o por distribuciones, surgidas de la naturaleza, el azar y, en este caso, principalmente de influencias humanas difusas. En la medida que están relacionados con la naturaleza, tienden a ser más estables y es en mucho al hilo de la distinción entre distribuciones atribuidas a la naturaleza o a las influencias humanas difusas que pueden diferenciarse las castas y las clases. Los roles y la estratificación tienden a limitar las posibilidades de conducción, requeridas para que haya repartos y a ampliar el juego de las influencias humanas difusas. Es así que no debe resultar extraño que en nuestros días, ampliamente caracterizados por la búsqueda de nuevas posibilidades, los roles y la estratificación sean ampliamente cuestionados. No sólo se cuestionan roles jurídicos de constitución inmemorial, como el de juez, frecuentemente sustituido por el árbitro y por el acuerdo entre sectores sociales, la problematización llega de modo asombroso, en el curso de la ingeniería genética, a los papeles básicos de padre, madre e hijo. A su vez, la estratificación social es puesta en relativa crisis sobre todo por el desenvolvimiento igualitario, de tendencia "horizontal", de la democracia.

Los roles y la estratificación pueden constituirse, desenvolverse y extinguirse de maneras autónoma o autoritaria, pero unos y otra son en especial generadores de autoridad. Si los roles lo son porque los protagonistas quedan sometidos a su marco, más todavía lo es la estratificación, que se desarrolla jerárquicamente. En un tiempo como el nuestro no sólo se cuestionan los roles específicamente autoritarios, como el de juez, tratando –según dijimos– de sustituirlo por el árbitro que es más autónomo o por lisos y llanos acuerdos sectoriales. Incluso se problematiza que alguien deba someterse al desempeño tradicional de los papeles de padre, madre, hijo, etc.. El rechazo de la autoridad inherente a la estratificación social está presente en las fuertes denuncias que desde el siglo XIX vienen produciéndose contra la "dictadura" de clase.

Cuando se constituyen, desenvuelven o extinguen por repartos autónomos, los roles y la estratificación pueden comenzarse por las sendas previas respectivas de la negociación o la adhesión y si se constituyen, desenvuelven o extinguen mediante repartos autoritarios pueden iniciarse por recorridos pertinentes de proceso o mera imposición. Sin embargo, los roles y las estructuras tienden, en general, a limitar las posibilidades de diálogo haciendo que prevalezcan la adhesión y, de cierto modo, la mera imposición. Pese al despliegue tan amplio que tiene la adhesión, en nuestra época de crisis son vastos los desarrollos que se dan a la negociación de los roles y las jerarquías. En concordancia con el mismo clima crítico es descolgante el juego que se da al proceso que, por lo menos en apariencia, pretende superar incluso las diferencias de niveles sociales.

Los roles y la estratificación pueden constituirse, desenvolverse y extinguirse por planificación o ejemplaridad. Aunque suele predominar la ejemplaridad, unos y otra significan siempre cierta planificación de la sociedad. En nuestros días la búsqueda del desenvolvimiento social por mera ejemplaridad, que depende como tal de la razonabilidad no sólo social sino también individual, lleva a que roles y estratificación sean frecuentemente cuestionados. Es notorio, por ejemplo, que los padres, las madres y los hijos quieren desempeñar tales roles en la medida que los consideren razonables. Las propias pautas del comportamiento de clase suelen ser sometidas al filtro del consentimiento personal.

Los roles y la estratificación son manifestaciones del orden de repartos y padecen las vicisitudes evolutivas y revolucionarias del mismo régimen. La crisis, en gran medida evolutiva, del orden de repartos que vivimos en nuestros días, con profundas modificaciones en los criterios supremos de reparto, se traduce en consecuencia, en modificaciones de roles e incluso de jerarquías sociales. Por ejemplo: la difusión del rol arbitral en detrimento del espacio ocupado tradicionalmente por los jueces es una expresión de la evolución de los criterios supremos de reparto, en mucho porque se pasa –como veremos– de la referencia a la justicia a la consideración de la utilidad.

Los roles y la estratificación social se constituyen, desenvuelven y extinguen en base a sentidos fraccionados de la finalidad objetiva de los acontecimientos, o sea apoyándose en cortes de la vida misma que aíslan algunos de sus significados. Mediante tales cortes se obtiene certeza, pero se corre el riesgo de prescindir de significados relevantes y de resultar desorientados y por esto es legítimo que los roles y la estratificación dejen oportunidades a su renovación. El cambio del sentido de los acontecimientos de una nueva edad de la historia corresponde, en nuestros días, a los desfraccionamientos de la finalidad objetiva que modifican los roles y las estructuras.

b) Dimensión normológica

Los roles y la estratificación de la sociedad pueden constituirse, desenvolverse y extinguirse según modelos más contractuales o institucionales, pero en general tienden a manifestarse por la vía institucional. En nuestros días, de avance crítico de la contractualidad, unos y otra son fuertemente cuestionados. Sobre todo roles como los de juez, esposo, esposa, etc., dotados tradicionalmente de amplios sentidos institucionales, son a menudo desplazados por los papeles más contractuales de árbitro, compañero, compañera, etc.

Los roles constituyen de cierto modo subordenamientos normativos y la estratificación se vincula a su vez con la estructura vertical del ordenamiento. Los estratos superiores suelen dominar los niveles superiores de la pirámide. Además, de acuerdo con las características que en general puede tener un ordenamiento normativo, los roles y la estratificación pueden ser más elásticos o inelásticos y rígidos o flexibles, correspondiendo la elasticidad y la flexibilidad a las sociedades más dinámicas y la inelasticidad y la rigidez a las sociedades más estáticas. En nuestra época de crisis se procura especialmente que los roles y la estratificación se desarrollem por vías clásicas y flexibles e incluso la democracia tiende a presentar una estratificación en la elaboración de normas frecuentemente inversa a la estratificación "social". Así los miembros de los sectores inferiores de la escala social tienen formalmente igual participación que los integrantes de los sectores superiores en la elaboración de la constitución, las leyes, etc. e incluso poseen más peso porque son más numerosos. De aquí, quizás, que en muchos casos la estratificación social lleve a resolver las cuestiones más significativas por cauces ajenos a la estructura gubernamental.

c) Dimensión dikelógica

Los roles y la estratificación pueden ser comprendidos a través de valores, v. gr. de amor, santidad, justicia, verdad, utilidad, etc., debiendo culminar siempre en la realización del más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Así, por ejemplo: los esposos, los padres y los hijos han de ser comprendidos desde la realización principal del valor amor; el sacerdote, por el predominio del valor santidad; el juez y el abogado, con el despliegue destacado del valor justicia; el investigador, sobre todo en relación con el valor verdad; el productor y el consumidor principalmente en base al valor utilidad, etc.. La división por clases diferenciadas económicamente es una muestra de estratificación relacionada con la utilidad. En nuestros días, signados por la crisis de todos los otros valores en relación con el imperio de la utilidad, todos los roles y las estratificaciones suelen ser sometidos a crítica desde el punto de vista de dicho valor y con frecuencia se transforman a su servicio. Los esposos, los padres, los hijos, los sacerdotes, los jueces, los abogados, los investigadores, etc. son considerados desde la perspectiva dominante del valor utilidad (5).

- (5) Si uno de los indicadores de la estratificación social es el nivel de remuneraciones, cabe destacar, como perfil de los valores de nuestra sociedad, el bajo índice de reconocimiento de la verdad en relación con la consideración brindada a los valores justicia, orden y utilidad, a través de las retribuciones de los investigadores profesionales y los integrantes del Poder Judicial. El salario neto de bolsillo de un investigador superior del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, categoría máxima de la Carrera, no supera en promedio los A 13.700.000.-. El salario de un

La estratificación social puede poner especialmente en evidencia una jerarquización valorativa. Como toda relación entre valores, ésta puede ser legítima, por coadyuvancia, que en este caso debe ser vertical (relación de contribución) o ilegítima por secuestro, también en este caso vertical, del lugar que corresponde a un valor por otro valor falso o falsificado (sea hacia "arriba", por subversión, o hacia "abajo", por inversión). Dicho en otros términos: los estratos sociales pueden mantener entre si vinculaciones de contribución, subversión o inversión. Según dijimos, toda relación entre valores ha de incluir el reconocimiento del valor humanidad y lo propio ha de ocurrir con toda estratificación social. Pese a ser el más alto valor a nuestro alcance, la humanidad es al mismo tiempo un valor igualitario. La humanidad es la fuente de todos los otros valores que podemos realizar y necesita de todos ellos, pero además los cuestiona. Es de esperar que la crisis de nuestros días, que controvierte las estratificaciones sociales, signifique un avance para la mayor realización del valor humanidad.

Los roles y la estratificación social pueden referirse a valores **naturales**, sean absolutos o relativos, y a valores **fabricados**, sean éstos auténticos o falsos. La fabricación de valores es legítima en tanto dichos valores no se opongan a los valores naturales. En consecuencia, son en principio legítimos los roles y la estratificación social basados en los valores fabricados en tanto no se opongan a los valores naturales. Así, por ejemplo es legítima la fabricación del rol de ser un buen deportista y de la estratificación y el valor pertinentes si no se oponen a los valores naturales (por ej. la salud, la verdad, la justicia, etc.). La "fuerza" axiológica de los roles y la estratificación social va disminuyendo a medida que se pasa de los valores naturales absolutos a los relativos y de éstos a los valores fabricados. Si una jerarquización social no tiene fundamentos axiológicos verdaderos constituye un régimen de privilegio. Nuestro tiempo de crisis se caracteriza por la abundancia de roles y estratificaciones sociales basados en valores relativos y en valores fabricados, con cierta frecuencia falsos.

Los roles y la estratificación pueden apoyarse en las justicias con o sin **acepción** (consideración) de personas, pero suelen caer en estereotipos surgidos de la radicalización de la última. Nuestro tiempo posee una fuerte inclinación al respecto, al punto que puede hablarse de una época hasta cierto punto "impersonal". A su vez, los roles y la estratificación pueden basarse en **valoraciones completas** o en **criterios generales orientadores**, resultando en uno u otro caso respectivamente más dinámicos o estáticos. En nuestros días de crisis hay una fuerte tendencia a referirlos a las valoraciones completas, rechazando incluso los criterios generales orientadores más tradicionales.

Los roles y la estratificación social se constituyen, desenvuelven y extinguen atendiendo a ciertas consideraciones de justicia y **fraccionando** otras. Como todo fraccionamiento de la justicia, dichos cortes producen **seguridad jurídica**, de modo que a través de los roles y la estratificación es posible saber a qué atenerse. Si bien es posible que se atienda a despliegues de justicia que deben ser considerados y se fraccionen otros despliegues que deben ser marginados, también es posible que sean mutilados sentidos de justicia que deben ser tomados en cuenta y se atienda a otros que corresponde excluir. La crisis puede conducir a desfraccionamientos o fraccionamientos nuevos, legítimos o ilegítimos. Así, por ejemplo, la crisis actual de los papeles familiares puede corresponder a la consideración de aspectos individuales de la realidad personal indebidamente descartados o a la desatención de despliegues del complejo personal de la humanidad en la familia que es legítimo tener en cuenta. La tendencia actual a la no acepción de personas y al desfraccionamiento puede significar la disolución del hombre en la sociedad.

Los roles y la estratificación pueden ser cauces para el desarrollo de la libertad que debe tener cada individuo para convertirse en persona o límites para el despliegue de dicha libertad. Unos y otra pueden constituirse, desenvolverse o extinguirse legítimamente por la actuación de **repartidores** con

Secretario de Cámara en el Poder Judicial de Santa Fe es aproximadamente A 13.463.000.-; apenas debajo están los sueldos de los oficiales de justicia y muy por encima las retribuciones de los jueces de primera instancia y de cámara. Para un oficial de justicia figuran A 12.538.627.-; para un camarista \$ 18.516.058.- (fuentes: "Ciencia y Tecnología", año 2, nro. 12, con referencia al Decreto nro. 708 del 16 de abril de 1991 y datos obtenidos del Poder Judicial de Santa Fe, mayo de 1991).

ciertos grados de autonomía o de aristocracia (legitimados respectivamente por el acuerdo o la superioridad moral, científica o técnica). Sin embargo, en definitiva la estratificación debe apoyar siempre su jerarquización en la aristocracia, aunque ésta sea consagrada autónomamente, por ejemplo, por la infraautonomía de la democracia. Los estilos de vida tienen más o menos intensidad según que sus roles o su estratificación social posean fundamentación de más referencia aristocrática o democrática. Nuestro tiempo de crisis hace predominar la legitimación de los roles y la estratificación social por la vía infraautónoma de carácter democrático y no siempre cuida que la estratificación resulte de una verdadera aristocracia. Esta se desarrolla, quizás de maneras exagerada y radical, desde el punto de vista técnico.

Los roles y la estratificación social se refieren a **merecimientos y desmerecimientos** de las personas. Los estilos axiológicamente más "fuertes" remiten sus roles y su estratificación a los merecimientos y desmerecimientos específicamente naturales, como suele ocurrir en las castas, en tanto los estilos más "débiles" los refieren a los méritos y deméritos de la conducta humana. Nuestro tiempo de crisis tiende a modificar y demoler los merecimientos y desmerecimientos en que se apoyan los papeles y los estratos tradicionales, pero de modo simultáneo constituye con frecuencia méritos y deméritos que llevan a nuevos roles o estratos, a veces referidos a valores falsos.

Los roles y la estratificación se relacionan con los **objetos repartidores**, es decir, con las potencias e impotencias que en justicia merecen ser repartidas. Así, por ejemplo, el rol paterno se vincula con el "dar vida", el rol de propietario se relaciona con el dominio del mundo exterior, el papel de trabajador se vincula con el objeto creación y con la rutina, etc.. También la estratificación puede relacionarse con el dar vida, como suele ocurrir en las castas (por ejemplo con la generación "pura" o "impura"), con la propiedad y los quehaceres, según se plantea más nítidamente en las clases, etc.. A través de los roles y la estratificación se delimitan los objetos repartidores, sean de maneras beneficiosas o perjudiciales para la legitimidad de los repartos. Por ejemplo, las castas por el nacimiento obstaculizan el desarrollo legítimo del dar vida, las clases apoyadas en la propiedad y los quehaceres pueden promover el dominio del mundo exterior y la creación, pero a veces dificultan los despliegues de uno y de otra. Los estilos de vida más "fuertes" tienen roles y estratos sociales referidos a objetos repartidores más amplios, en tanto que los estilos más "débiles" se remiten a objetos repartidores más analíticos. Así se explica, por ejemplo, la división del trabajo. Hoy vivimos la asombrosa proyección del análisis de los objetos repartidores a los roles tradicionales de padre, madre, hijo, etc.. Por sobre todos los recortes que constituyen los roles sociales importa que se cumpla el papel último de ser hombre. Por sobre todas las limitaciones de la estratificación se exige la dimensión jerarquizadora de la vida.

Los papeles y los puestos para el desarrollo de las formas de los repartos que constituyen los roles y la estratificación social pueden aclarar y favorecer el desenvolvimiento más justo del proceso sobre la mera imposición y de la negociación sobre la adhesión, pero urge también señalar que pueden conducir al reemplazo del proceso y la negociación reales por manifestaciones esclerosadas que oculten meras formas injustas de imposición o adhesión. Nuestra época de crisis suele confundir la justicia, en este caso de los roles y la estratificación, con el proceso y la negociación.

Como recortan aspectos de la personalidad, los roles y la estratificación pueden contribuir a que se destaqueen fines específicos dentro del fin último que debe constituir cada hombre para que el régimen sea **humanista** y en consecuencia justo, pero también pueden mutilar dicho fin, convirtiendo al ser humano en medio y haciendo al régimen no humanista sino totalitario. Es frecuente la mediatisación del hombre al servicio de los roles y su desjerarquización en aras de la estructura social. La crisis de nuestros días puede significar un cuestionamiento de los roles y de la estratificación para la mejor realización del humanismo pero, también, puede desdibujar los fines que han de contribuir al fin último que debe ser cada hombre.

La diversidad de roles y de estratos sociales puede favorecer u obstaculizar el respeto a la **unicidad** y la **igualdad** de cada ser humano y a la **comunidad** de todos los hombres, que son exigencias para que haya un régimen humanista. En otros términos: la división en roles y en estratos puede ser, también al respecto, un aporte a la justicia o un despliegue de injusticia. No es por azar que nuestro tiempo, crítico e igualitario, cuestiona tan a menudo los roles y la estratificación social que expresan unicidades ya consagradas y una comunidad ya constituida.

La diferenciación de los roles respecto del conjunto de la persona es una manifestación individual de la **división de las fuerzas** sociales que en el régimen se expresan, en cambio, mediante la "división de poderes" y, como ésta, contribuye en principio a proteger al individuo contra el régimen. Así, por ejemplo, un individuo puede ser reprochado como propietario pero no como padre, esposo, profesor, administrador, etc.. Sin embargo, tal división puede convertirse también en una vía de desarticulación y debilitamiento de la persona, que la ponga a merced de esa y otras amenazas. Nuestra época crítica

cuestiona los roles existentes, pero pone cuidado en recortar otros roles para limitar las posibilidades de intervención del régimen.

No podemos saber con claridad si la historia es una comedia, un drama o una tragedia, pero resulta suficientemente nítido que en una nueva edad se están elaborando nuevos papeles y se está preparando el escenario de una estratificación relativamente nueva.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL VALOR RELATIVO DE LAS IDEOLOGIAS (*)

(Para que América Latina ejercite su derecho a pensar)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Es una verdad notoria que la vida humana se desarrolla a través de despliegues ideales y materiales sobre cuya integración o desintegración mucho se ha escrito desde diversas perspectivas (el marxismo, la sociología del conocimiento, etc.). Sin embargo, la desintegración entre las ideas y el resto de la realidad es un hecho frecuente, sobre todo en los marcos del **subdesarrollo**. En gran medida un hombre está “desarrollado” cuando es capaz de elaborar ideas que responden a la mejor –la más valiosa– solución de sus problemas vitales, aprovechando sólo en la medida necesaria las ideas de otros hombres. Desgraciadamente en ciertas regiones, como América Latina, esto suele no suceder, al punto que se copian ideologías de derecha, de centro y de izquierda –ahora sobre todo de izquierda– que nada tienen que ver, en los medios receptores, con los significados originarios ni con las necesidades vitales de esos medios.

Una idea trasplantada tiene en su nuevo campo un significado diverso del que posee en su tierra de origen, a veces es contraproducente y no siempre es legítima. Sin embargo, muchos factores, entre ellos la instrumentalización de las ideas con miras al **poder**, llevan a producir trasplantes ilegítimos. En los medios sociales **dependientes** –compuestos, obviamente, por hombres de mentalidades dependientes– suelen utilizarse con especial frecuencia las ideas y las ideologías en su conjunto con fines de **dominación**. No se trata de buscar ideas radicalmente originales, pretendiendo ignorar la experiencia de la humanidad como conjunto, se trata de lograr que se reconozca lo que las ideas significan concretamente en cada determinada situación.

Un ejemplo concreto, de una ideología que cambia su valor al ser trasplantada desde sus países de origen a otros medios, como el latinoamericano, es la **socialdemocracia**. Por lo que podemos apreciar desde nuestro arraigo en Argentina y en América Latina, la socialdemocracia tiene en sus países de origen un alto valor redistributivo de la riqueza existente y de la riqueza que potencialmente sus economías capitalistas siguen en condiciones de producir, asumiendo de este modo –en juego equilibrado con el “conservadorismo” y el liberalismo– un importante papel progresista. Trasplantada, en cambio, a las realidades latinoamericanas o sea, a medios donde aún imperan caracteres fuertemente precapitalistas, la socialdemocracia suele resultar incapaz de poner en marcha el aparato productivo, finalidad para la que –por otra parte– no fue elaborada y se convierte en ciertos casos en veladamente conservadora.

Es en estos marcos que pueden comprenderse algunos **cambios** ideológicos reales y exitosos producidos en partidos políticos de la región (y también en otros, de fuera de ella). No cabe duda que se generan con esos cambios ciertas injusticias respecto de quienes habían sostenido sin éxito las ideas ahora adoptadas, pero desgraciadamente en las grandes transformaciones sociales la justicia suele ser muy imperfecta.

Lo expuesto no significa pasar por alto que hay requerimientos de justicia que resultan **comunes** a toda la humanidad, ni desconocer las **tensiones normales** entre las ideas y el resto de la realidad, ni ignorar que también en los medios “desarrollados” las ideas de ciertos sectores –por ejemplo de muchos intelectuales de las ciencias sociales y humanísticas– suelen ser diferentes de las ideas que realmente mueven a la sociedad. De lo que se trata es de que las desviaciones ideológicas no se difundan hasta ocultar el resto de la realidad.

(*) Ideas básicas para una clase del curso sobre ‘‘Comprensión jusfilosófica del puesto de Argentina en el mundo’’ del Ciclo de Orientación Definida de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

Homenaje a la memoria de Werner Goldschmidt y Carlos Cossío.

(**) Investigador del CONICET.

Lamentablemente, la expresión de la situación señalada es muy **riesgosa** porque los países subdesarrollados necesitan el apoyo de los desarrollados y de ese modo pueden perder la relación con los que sostienen, en su origen, las ideas trasplantadas y el favor de sus opositores, temerosos éstos de que sus posibles coincidencias actuales alguna vez se rompan. Decir por ejemplo, que hoy estos países necesitan soluciones económicamente más liberales, aunque algún día puede ser legítimo el replanteo socialdemócrata, puede malquistar con unos y otros. La red del subdesarrollo es así un **laberinto** del que es muy difícil salir, quizás porque –como tal vez le hubiese agrado decir a Borges– la vida tiene cierto sentido de laberinto y en el subdesarrollo se hace especialmente conflictiva. Sin embargo, porque en suma hay que creer en la buena fe de los seres humanos, entendemos que lo mejor es el planteo más científico posible de la cuestión, aunque sea muy costoso.

En este marco problemático, la teoría **trialista** del mundo jurídico (***) puede aportar líneas jusfilosóficas esclarecedoras desde las tres dimensiones del Derecho.

2. Desde el punto de vista jurídico sociológico una idea trasplantada significa en su nuevo medio un desafío para el orden de repartos, generando algún grado de **anarquía**. En cuanto no sea asimilada, origina cierta forma de revolución inconclusa y asimismo, en la medida que no corresponda al resto de la realidad, puede tropezar con límites necesarios que le impidan lograr sus objetivos, sean ellos físicos, psíquicos, socio-políticos, socio-económicos, etc.

La realidad contiene significados que constituyen la **finalidad objetiva** de los acontecimientos y ésta es una categoría “pántónoma” (pan = todo; nomos = ley que gobierna), de modo que cada una de sus partes toma sus significados de las demás. Según dijimos anteriormente, adjudicar potencia a los pobres contando con un aparato productivo que permita, si es necesario, seguir redistribuyendo tiene un sentido diverso de hacerlo dañando esas posibilidades de producción. Lo importante es la potencia y la impotencia que se adjudican, lo que se atribuye en el sentido de favorecer o perjudicar a la vida y al ser, y la potencia no debe llevar aparejada una impotencia que la supere. No negamos la posibilidad del cambio parcial, por el contrario creemos que a menudo es la manera más legítima del cambio, pero la finalidad objetiva de los acontecimientos no se modifica milagrosamente al contacto de las ideologías. Lo relevante es, al respecto, trasplantar realizaciones vitales valiosas, pero no meras ideas y meras finalidades subjetivas que, como piezas sueltas, destruyan tal vez lo que se invoca querer favorecer. La vida se constituye, asimismo, al hilo de **posibilidades** convertidas en **realidades** y las ideologías mal trasplantadas suelen no reconocer las posibilidades, de modo que quedan bloqueadas del acceso a la realidad.

3. Desde el punto de vista jurídico normológico cabe advertir que las ideas de una sociedad suelen expresarse en sus normas y en su ordenamiento normativo. A menudo las ideas trasplantadas dificultan el funcionamiento de las normas sobre todo porque no se las cumple, de modo que se tornan francamente inexactas, o porque se las resiste a través de interpretaciones desleales. Además suelen producir perturbaciones en las relaciones entre las normas que constituyen el ordenamiento normativo, en detrimento de su coherencia.

4. Desde el punto de vista jurídico dikelógico, el trasplante de ideas origina dificultades en la justicia, que a veces es legítimo afrontar y en otros casos deben ser evitadas. También la justicia es una categoría “pántónoma”, o sea que cada una de sus exigencias es, en definitiva, en relación con todas las demás. También la justicia debe ser, sin embargo, captada mediante fraccionamientos que la ponen a nuestro alcance. El trasplante de una idea significa variar el complejo significativo de justicia, de modo que a veces puede iluminar el debido juego del **desfraccionamiento** y el **fraccionamiento** y en otros casos puede llevar a fraccionar lo que se debe desfraccionar o a desfraccionar lo que debe ser fraccionado. En el ejemplo de la socialdemocracia: sus propuestas significan sobre todo un desfraccionamiento

(***) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

to del complejo personal de la humanidad, haciendo que todos recibamos porque en definitiva todos producimos y todos merecemos, pero ese desfraccionamiento no puede legitimar un excesivo fraccionamiento del complejo real, haciendo que pretendamos repartir lo que no existe o que procuremos adjudicar una potencia atribuyendo al fin una impotencia.

Las ideas trasplantadas significan para los que las poseen en los nuevos medios una posibilidad de aristocracia (en general, superioridad moral, científica o técnica). Sin embargo, cuando son ilegítimamente trasplantadas crean la ilusión de aristocracia e imposibilitan la formación de otra verdadera. La aristocracia real no surge de brillos reflejos, sino de la propia luminosidad. Cuando las ideas son ilegítimamente trasplantadas bloquean la verdadera creatividad y acrecientan la condena de la inteligencia de los países dependientes a la servidumbre o a la marginación; en definitiva, a la rutina. Una idea ilegítimamente trasplantada oculta directa o indirectamente la realidad, aunque sea provocando dis-tracción. Al fin, atenta contra la libertad, pues sólo se puede ser libre en la propia circunstancia.

Las ideas trasplantadas ilegítimamente convierten a los hombres en medios y no en fines y en consecuencia, en lugar de ser humanistas son en profundidad totalitarias.

5. El abuso en el trasplante ideológico corresponde sobre todo a los infradimensionalismos jurídicos que rechazan la consideración de la realidad social. Es a menudo un reflejo del idealismo genético que, desde diversas perspectivas, llega a creer que el sujeto no descubre o fabrica sino crea al objeto. Cuando nos apresuramos a parecermos a los dioses nunca llegamos a asemejarnos verdaderamente a ellos.

6. A la luz de las consideraciones que anteceden puede advertirse mejor por qué América Latina, región de indiscriminada recepción de ideologías, resulta tan a menudo anárquica, protagonista de revoluciones inconclusas e impotente al grado de hacerse “imposible”; por qué con tanta frecuencia tiene normas inexactas y deslealmente interpretadas y presenta ordenamientos incoherentes y, sobre todo, cabe apreciar por qué no encuentra los caminos de la verdadera justicia, la que personalizaría a sus habitantes y por qué padece aristocracias falsas, se sumerge en la rutina y se hace totalitaria.

7. No se trata de pretender el absurdo de que los países desarrollados adopten las ideas de los países subdesarrollados si ellas no les son valiosas, pero resulta imprescindible que en lugar de pensar los problemas de los países subdesarrollados en términos meramente ideológicos los consideren a la luz de la justicia de lo que realmente se adjudique. Para que esta consideración se logre, la teoría trialista del mundo jurídico tiene nuevamente mucho que aportar (****).

(****) Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nro. 9, págs. 33 y ss.; ‘Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina”, en “Boletín. . .” cit., Nro. 12, págs. 29 y ss..

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y REGIMEN ECONOMICO (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

I. El régimen económico es uno de los factores que más influyen el régimen jurídico en general y en el Derecho Internacional Privado en particular (1). Las características del Derecho en general y del Derecho Internacional Privado en particular dependen en mucho de los diversos regímenes económicos más o menos **feudales o capitalistas**. Desde las tres dimensiones del Derecho Internacional Privado en sentido estricto, cabe reconocer que los regímenes feudales son más afines a la territorialidad local, al método directo y al chauvinismo, los regímenes capitalistas se han desarrollado hasta ahora por las sendas del extraterritorialismo, el método indirecto y el cosmopolitismo y el capitalismo “pleno” – de cierto modo “postindustrial” – que se abre camino en nuestros días vuelve a un “territorialismo” de grandes unidades cada vez más mundiales y al método directo, inspirándose en el universalismo (2).

El capitalismo ha producido diversas soluciones de Derecho Internacional Privado según se trata de la conquista de **mercados urbanos** relacionados entre sí, que requirió el interregionalismo medieval propuesto por Acurio en el siglo XIII, de la consolidación de los **mercados nacionales** correlativa del territorialismo moderno, de los **mercados nacionales interrelacionados** expresados en el extraterritorialismo internacional del siglo XIX y de comienzos del siglo XX o del capitalismo de **mercado cada vez más mundial** de nuestro tiempo, manifestado en una creciente homogeneidad universal (3). El capitalismo “pleno”, con sus fenómenos de dominación y de integración, tiende a generar un “Derecho Privado Internacional” constituido principalmente por el método directo de la autonomía material, del Derecho Uniforme y del Derecho Unificado.

A grandes rasgos, cabe reconocer que el extraterritorialismo, el método indirecto y el cosmopolitismo tuvieron su primera hora estelar en tiempos de los medios de transporte de **tracción a sangre** y su segundo momento luminoso en la época de los transportes movidos principalmente a **vapor**, pero hoy, cuando casi se han suprimido las distancias con transportes **supersónicos** y cuando se cuenta con la energía atómica, hay un nuevo territorialismo de bases muy vastas expresado en el método directo e inspirado en el universalismo. Puede decirse que se trata ahora de una síntesis de la sencillez territorialista y de la dinámica extraterritorialista, aunque urge reconocer que no se produce así un “Derecho Internacional Privado” en sentido estricto, requerido por las distancias culturales, sino que –como diji-

(*) Material elaborado para una clase del curso de Derecho Internacional Privado Profundizado del Doctorado en Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina (Buenos Aires, 1991).

(**) Investigador del CONICET.

- (1) La economía y el derecho son elementos profundamente interrelacionados dentro del marco general de la cultura (puede v., con referencia al tema, por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 71 y ss.).
- (2) Hay que tener en cuenta que los regímenes no son siempre “puros”, de modo que, por ejemplo, el capitalismo inglés coexiste con importantes rasgos feudales, presentes en su Derecho Internacional Privado.
- (3) La “distancia” del método a emplear, indirecto o directo, debe ser proporcional con la distancia entre los casos y quienes los resuelven.

mos— se genera un “Derecho Privado Internacional”, exigido por el aumento de las afinidades (4).

2. También los problemas generales del Derecho Internacional Privado se resuelven de diferentes maneras según se trate de régimenes feudales o en diversos grados capitalistas. Así, por ejemplo: respecto del problema de las calificaciones el feudalismo tiende a preferir la *lex civilis fori*, el capitalismo como el que se desarrolló hasta nuestros días se inclinó por la *lex civilis causae* y el capitalismo “pleno” que se abre camino en este tiempo se orienta más a las calificaciones autárquicas. En cuanto al orden público, el feudalismo *prefiere su despliegue a priori*, el capitalismo tradicional se ha inclinado a hacerlo jugar a posteriori y en el capitalismo de nuestros días hay una tendencia a superarlo en la compatibilidad de las culturas jurídicas.

3. En cuanto a las **causas y los puntos de conexión**, el feudalismo tiende a preferir las causas y los puntos reales, el capitalismo se orientó hasta nuestros días a un mayor equilibrio entre las diversas clases de causas y puntos de conexión y el capitalismo “pleno” de hoy se inclina más a construir causas obligacionales, sobre todo si son “voluntarias” y a utilizar puntos de conexión conductistas correspondientes (5).

(4) En general, acerca de la historia del Derecho Internacional Privado, pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Bs. As., EJEA, t. I, 1952, págs. 143 y ss.; “Derecho Internacional Privado”, 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 67 y ss.; BATALHA, Wilson de Souza Campos, “Tratado de direito internacional privado”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, t.I, págs. 284 y ss.; ROMERO DEL PRADO, Víctor N., “Derecho Internacional Privado”, Córdoba. Assandri, t. I, 1961, págs. 389 y ss.; VITTA, Edoardo, “Diritto Internazionale Privato”, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t. I, 1972, págs. 20 y ss.; BATIFFOL, Henri, “Droit International Privé”, 5a. ed., con la colaboración de Paul LAGARDE, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. I, 1970, págs. 7 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon-BOUREL, Pierre, “Droit International Privé”, París, Dalloz, 1978, págs. 80 y ss..

El reconocimiento de la uniformidad cultural que se extiende sobre todo al hilo de la cultura occidental no significa desconocer el relativo resurgimiento de los nacionalismos, principalmente en los recientemente liberados países del Este. Urge advertir, asimismo, que esta liberación viene significando, en profundidad, un proceso de uniformación con Occidente.

(5) En relación con el tema puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Notas sobre ideas políticas y puntos de conexión”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 7, págs. 77 y ss..

DIMENSIONES CLASIFICATORIAS DE LA UTOPIA JURIDICA (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

Una de las tareas más significativas del pensamiento jurídico es el reconocimiento de las utopías en que suele extraviarse con grave perjuicio para su legítimo prestigio. La utopía en general se caracteriza por pretender un valor en grado imposible, de modo que todos los valores del mundo jurídico son perspectivas para su reconocimiento (1). Sin embargo, entre todos esos puntos de vista se destaca el que corresponde al más alto valor del Derecho, que es la justicia. Si bien hay caminos de utopía por la exageración del poder, la cooperación, la previsibilidad, la solidaridad, el orden, etc., la manera más importante de caracterizarla es la que investiga cómo la utopía excede los requerimientos de justicia, sobre todo atendiendo a las diversas influencias que harían a la justicia perfecta. La utopía pretende una plenitud de justicia que es inabordable y por ello en definitiva es una ilusión, no es siquiera verdadera justicia.

La justicia es una categoría "pantónoma" (pan = todo; nomos = ley que gobierna), referida a la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras (2). Sin embargo, esa totalidad nos es inalcanzable porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, de modo que nos vemos obligados a producir "fraccionamientos" en esos tres sentidos del pasado, el presente y el porvenir. La utopía corresponde siempre a una pretensión de "desfraccionar" la justicia más allá de lo que podemos saber o hacer.

Como atender a una consideración de justicia significa siempre marginar otras, de modo que todo desfraccionamiento corresponde a un fraccionamiento en otro sentido, tomar en cuenta influencias de justicia que no pueden y no deben ser satisfechas resulta siempre al fin injusto. Pese a su apariencia vaiosa, en cuanto pretenda realizarse y no sólo iluminar los caminos del desfraccionamiento legítimo, la utopía significa al fin una **injusticia**.

De acuerdo con las grandes líneas de influencias de justicia, las utopías pueden clasificarse según consideren indebidamente el pasado, el presente o el porvenir, conforme atiendan en exceso al mismo reparto o a otros repartos y con referencia a la indebida apertura a las consecuencias o al complejo personal, temporal o real. Las "dimensiones" de la utopía tienen los mismos sentidos que las "dimensiones" de la justicia. Por pretender desfraccionamientos, las utopías son clasificables en las mismas direcciones en que pueden ser clasificadas las ideologías (en el significado positivo de este término), aunque las primeras sean irrealizables y las segundas estén dentro de los marcos de las posibilidades.

La clase de utopía de que se trate depende en mucho de la **relación** con que la justicia sea pensada respecto de otros valores: por su proyección de medios a fines, las utopías **utilitarias** son más futuristas; en cambio, las utopías de **orden** suelen referirse más al pasado. En concordancia con lo expuesto, la clasificación de la "mentalidad utópica" (aunque se refiera a las meras ideologías) suele hacerse ya

(*) Notas para una clase de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la U.N.R..

(**) Investigador del CONICET.

Homenaje del autor a sus padres y al maestro Werner Goldschmidt por sus lúcidos esfuerzos para que superara sus utopías de juventud.

- (1) Acerca del carácter irrealizable con que puede concebirse la noción de utopía, v. por ej. FERRATER MORA, José "Diccionario de Filosofía", 5a. ed. en Alianza Diccionarios, Madrid, t. 4, pág. 3363 ("Utopía"); MANNHEIM, Karl, "Ideología y Utopía", trad. Salvador Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, esp. págs. 169 y 172.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 390 y ss. y 401 y ss.

en afinidad con las grandes líneas de influencias de justicia. La utopía del **quialismo o milenarismo** es una búsqueda de desfraccionamiento del futuro y la utopía **conservadora** procura el desfraccionamiento del pasado. La utopía **liberal humanista** se remite al complejo real de la plenitud del fenómeno humano, la utopía **socialista** procura que cada uno reciba del régimen las consecuencias que le corresponden y la utopía **comunista** busca que en el complejo real personal cada uno obtenga lo que necesita (3). El testimonio de la clasificación de las utopías es una muestra más del acierto dikelógico en el reconocimiento de los sentidos de las influencias de justicia.

(3) V. acerca de la historia de la mentalidad utópica por ej. MANNHEIM, op. cit., págs. 185 y ss.. Respecto de la utopía v. también, por ej. NEUSUSS, Arnhelm (rec.), "Utopía", trad. María Nolla, Madrid, Barral, 1971.

La utopía significa en definitiva un despliegue de "unidimensionalismo dikelógico" que tiende a abusar de los criterios generales de valor. Se aparta de las dimensiones sociológica y normológica del mundo jurídico y de las valoraciones de la realidad (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 45 /46 y 49; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 119 y ss.).

EFFECTOS DE LOS FACTORES INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

I. Condiciones y variantes de la vida internacional

1. Para que exista una “comunidad internacional” en sentido estricto es necesario que haya diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. entre ellos, lo bastante profundas y variadas como para generar una materia jurídica con características propias (1). Se trata, en última instancia, de una relación de equilibrio entre unidades culturales y vitalmente diversas, con perspectivas de bien común (Derecho Público) o de bien particular (Derecho Privado). Con referencia a ese tipo de comunidad en sentido estricto son posibles y cada vez más frecuentes otras formas de vinculación, que pueden clasificarse según se apoyen más en la segunda condición, de relaciones económicas, científicas, artísticas, etc. entre los Estados o en la primera condición, de existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás.

Entre estas otras formas de vinculación se destacan, por avance de las relaciones sobre la diferenciación de los Estados, la integración y por incremento de las relaciones en detrimento de la igualdad en el nivel de independencia, la hegemonía; por avance de la presencia de los Estados en condiciones de desequilibrio, influyendo así sobre las relaciones, la dominación y por negación de las relaciones en el curso de la exacerbación de la independencia, el aislamiento (2).

En el marco de la “comunidad jusprivatista internacional” en sentido estricto se desarrolla la aplicación del Derecho más vinculado con cada caso, empleando el llamado “método indirecto” o “de elección” (3), en tanto que las variantes pueden corresponder: la integración, al despliegue del Derecho Uniforme y el Derecho Unificado; la hegemonía, a la recepción del Derecho extranjero del país hegemónico (4); la dominación y el aislamiento, en diversos grados, a las llamadas “leyes de aplicación inmediata” y al Derecho Privado comúr. La autonomía conflictual y la autonomía material significan, en diferentes grados, avances de las relaciones sobre la diversidad de Estados independientes (5).

(*) Notas de la disertación que pronunció el autor en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 20 de setiembre de 1991.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.; PUIG, Juan Carlos, “Derecho de la comunidad internacional”, vol I, Parte General, reimpresión, Bs. As., Depalma, 1975, págs. 13 y ss. y 41 y ss..

(2) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 59 y ss..

(3) Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 8 y ss..

(4) Acerca de la recepción 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”, nro. 9, págs. 33 y ss..

(5) Es posible tener en cuenta CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978, págs. 5 y ss..

En el marco jusfilosófico, desde el punto de vista de la teoría trialista del mundo jurídico cabe comprender las relaciones señaladas respecto de las perspectivas de las dimensiones sociológica, normotípica y dikelógica (6). Desde la dimensión sociológica, el paso de la comunidad internacional típica y la integración a la hegemonía y la dominación significa el incremento de la autoridad y la planificación sobre la autonomía y la ejemplaridad, o sea, en términos de valores, el aumento del poder y la previsibilidad respecto de la cooperación y la solidaridad. Desde la comunidad internacional típica a la dominación el orden se va incrementando, pero en el aislamiento, donde la autoridad y la planificación se ciñen a cada Estado, se genera la anarquía. En la dimensión normotípica, el paso desde la comunidad internacional típica a la dominación corresponde al recorrido desde una mayor "negocialidad" y "contractualidad" a una mayor "institucionalidad". En cuanto a la dimensión dikelógica, la comunidad internacional típica es la máxima expresión del respeto a la unicidad, con cierto grado de igualdad, respeto en el cual se inscribe también de algún modo el aislamiento. En cambio, la integración es manifestación de la igualdad con cierta unicidad y comunidad, expresión en la cual puede apoyarse también, de algún modo, la hegemonía. La dominación puede pretender principalmente un fundamento de comunidad.

II. Los factores en la vida internacional

2. Los factores de la vida en general y de la vida internacional son múltiples, al punto que toda consideración al respecto ha de resultar necesariamente selectiva. En nuestro tiempo, signado de manera especial por el predominio del valor utilidad (7), el factor más influyente en la vida internacional es el económico. Al considerar las etapas más importantes del proceso económico -producción, distribución y consumo- se aprecia que la "sociedad de consumo", predominante en nuestros días, hace que la "vocación" al respecto se difunda con relativa uniformidad en casi todo el mundo, disminuyendo las diferencias entre los Estados. Hay, de cierto modo, una tendencia a formar una estatalidad mundial, por lo menos en cuanto a negocios y costumbres. Pero si la vocación de consumo promueve la uniformidad, la distribución se desenvuelve en climas relativamente discordantes, que se muestran en la relación de tensión quizás más significativa de este tiempo, la vinculación "Norte-Sur" entre países más ricos y más pobres. Para comprender la importancia del factor económico en estos días es relevante advertir que el hasta ahora mayor enfrentamiento internacional, entre el "Este" y el "Oeste", parece haberse resuelto en términos de competencia económica, en que uno de los bandos perdió en este sentido la partida.

El factor natural, en el que han de tenerse en cuenta los aspectos principales de ubicación geográfica y recursos naturales, ha perdido importancia en relación con otras épocas, ya que el desarrollo de la tecnología ha incrementado incluso las posibilidades de "autosuficiencia" de las unidades políticas. Sin embargo, en cuanto a recursos naturales esto tiene matices muy diversos: hay recursos, como los alimentarios, que parecen haber perdido significación, pero otros, como los energéticos, se han mostrado capaces, en ciertos momentos, de poner en peligro al en general todopoderoso sistema capitalista. Cabe recordar, al respecto, el papel que tuvo la OPEP. También han de tenerse en cuenta los significados petroleros del reciente conflicto armado del "Golfo Pérsico".

El factor demográfico se ha mostrado, por ejemplo, en los grandes movimientos migratorios que se produjeron principalmente en el siglo XIX. Hoy el área europea, que originó fuertes corrientes emigratorias con ciertas proyecciones hegemónicas e incluso de dominación, está recibiendo aportes inmigratorios que generan, sobre todo al cambiar las necesidades de mano de obra, fenómenos de rechazo de las poblaciones autóctonas. Otro de los despliegues significativos del factor demográfico de nuestro tiempo es el turismo, generador de importantes contactos internacionales.

(6) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

(7) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 186 y ss..

El factor histórico, donde sobreviven las estructuras internacionales y nacionales tradicionales, es el mayor factor que hace contrapeso a la tendencia sobre todo económica de uniformidad. El nacionalismo, alimentado por cierta vocación de retorno al pasado, que resurge principalmente con el humedimiento de varias estructuras estatales formales del Este, aparece con asombrosa intensidad aunque todavía no es posible apreciar su profundidad y su perdurabilidad.

En el factor histórico se nutren, además, las estructuras publicistas de los diversos Estados que, por lo menos formalmente, sobreviven a la relativa unificación económica e incluso cultural, con los consiguientes desequilibrios respectivos. Si en Derecho Privado el mundo actual tiende a la unidad, no hay un correlativo desarrollo del Derecho Público que lo equilibre: los factores económicos tienen más libertad en el marco internacional que en el marco interno; las empresas pueden hacer, fuera de las fronteras de sus países de origen, lo que no les sería permitido realizar dentro de éstas (8).

También el factor científico-tecnológico ha puesto en cuestión a la comunidad internacional en sentido estricto. Por una parte, los medios de transporte, comunicación, informática, etc. han desborrado ampliamente los moldes tradicionales de los Estados y por otra han hecho posible que éstos puedan prescindir de cierto modo de los recursos de los demás. La ciencia y la tecnología hacen cada día más posibles la integración, la hegemonía, la dominación y de cierto modo también el aislamiento. A su vez, el factor científico-tecnológico ha desarrollado de tal modo las posibilidades humanas que las guerras "totales" se han tornado en muchos casos impensables, por ser sendas casi seguras de la desaparición de la humanidad.

El factor filosófico también confluye a la promoción de la uniformidad. Las dos corrientes filosóficas hoy más difundidas, la analítica y la crítica, tienden, por diversas vías, a la disolución de las particularidades mediante planteos relativamente superficiales, sea con el predominio de las referencias a las abstracciones lógicas y lingüísticas o con enfoques naturalistas y economicistas. No es por azar que la filosofía analítica tiene su principal origen en la cultura inglesa, que ganó la guerra y signó la economía y la cultura de nuestros días.

El factor religioso ha sido tradicionalmente, en diversos grados, un ingrediente de cohesión "interna" y de aislamiento y dominación "externos". Sin embargo, hoy varias corrientes religiosas han adoptado posiciones más tolerantes, permisivas de la comunidad internacional en sentido estricto y de la integración, en tanto otras, por ejemplo en el Cercano Oriente, conducen a fenómenos de oposición, quizás enmascarando en algún grado a otros factores (económico, histórico, etc.).

El factor ideológico también confluye en la promoción de la uniformidad, sobre todo con el creciente predominio del liberalismo e incluso de la socialdemocracia que, de una u otra manera, se orientan a solucionar los conflictos económicamente sin recurrir a la lucha que promueve el marxismo actualmente en retirada.

Otros muchos factores podrían tenerse en cuenta en un examen más detallado, por ejemplo, el factor psicológico, con el creciente predominio del sentido empírico que es más afín, por una parte, a la idiosincrasia anglosajona y, por otra, a cierto desarrollo de la uniformidad (9). Sin embargo, el planteo efectuado resulta suficientemente esclarecedor para advertir la doble tendencia actual a la uniformidad de un Estado cada vez más mundial y al desarrollo de las particularidades con un nacionalismo más

- (8) Creemos que el "factor étnico" al que suele hacerse referencia es, en mucho, resultado de los factores demográfico e histórico.
- (9) Acerca de los factores de incidencia en la política internacional, v. por ej. LAVIÑA, Félix-BALDOMIR, Horacio, "Manual de Política Internacional contemporánea", Bs. As., Depalma, 1983, págs. 37 y ss.; CHAUMONT, Charles, "Cours Général de Droit International Public", en "Recueil des cours" de la Académie de Droit International, t. 129, págs. 354 y ss.; entre los diversos cursos del "Recueil. . ." cit. referidos al tema, c. v. gr. GOTLIEB, A.E., "The Impact of Technology on the Development of Contemporary International Law", t. 170, págs. 119 y ss..

cultural que económico. Hoy el Estado se enfrenta, de cierto modo de manera análoga al tiempo de su nacimiento, con una doble “lucha” externa e interna. Si entonces se enfrentaba al Imperio y al Pontificado por una parte y a los señores feudales inferiores por otra, hoy se debe hacer cargo del doble desafío de las grandes manifestaciones de economía, ciencia, técnica, filosofía, ideología, etc. superadoras de sus fronteras y de los nacionalismos que, muchas veces desde dentro de los propios límites, también lo cuestionan. Uno de los grandes interrogantes de nuestro tiempo consiste en saber si estos nuevos enfrentamientos corresponden, análogamente con la tensión del nacimiento, a la “agonía” de la extinción.

3. La vida internacional muestra así nuevas sendas de organización que pueden ser expresivas de una nueva edad de la historia, de un nuevo estilo de vida cargado de los múltiples significados que esto trae consigo (10).

(10) Podrá v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Presentación de las ‘instituciones jurídicas de actualidad’”, en prensa en “Investigación y Docencia”, Nro. 18; v. FRIEDMANN, Wolfgang, “La nueva estructura del derecho internacional”, trad. Agustín Bárcena, México, Trillas, 1967.

EL CODIGO CIVIL ARGENTINO Y LAS FUENTES DEL DERECHO

(Acerca de los artículos 16 y 17 del Código Civil) (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. El Derecho Civil argentino y sus “áreas de influencia” (1) constituyen un **sistema material** (2) en virtud del artículo 15 del Código Civil, que dice “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. En concordancia, los artículos 16 y 17 indican cómo deben juzgarse los casos “más allá” de lo establecido en las leyes.

El artículo 16 dispone: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Por su parte, el artículo 17 establece: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”. Este texto del artículo 17 surge con el alcance referido según la modificación dispuesta en la ley 17.711. La disposición redactada por Vélez Sarsfield, inspirada en la escuela de la exégesis, indicaba: “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”. El cambio así operado en el artículo 17 significa que, desde la exclusiva admisión de la costumbre secundum legem se ha pasado a la aceptación literal de las costumbres secundum y praeter legem y a la posibilidad de que mediante la interpretación histórica –sobre todo por la supresión del primer párrafo del texto de Vélez– se acepte, como creemos acertado, también la costumbre contra legem (3).

El tema de la relación entre los artículos 16 y 17 suele no recibir la atención que merece. En la redacción de Vélez Sarsfield ambas disposiciones eran concordantes: siempre prevalecía lo establecido por las leyes, aunque en última instancia cabía entender que los “principios generales del derecho” del artículo 16 abarcaban no sólo el de derecho positivo sino también el derecho natural y en definitiva la justicia, cuya supremacía surge de los fines de la Constitución y de la naturaleza misma de lo jurídico. La reforma al artículo 17 ha suscitado el interrogante acerca de qué prevalecen, los **usos y costumbres** *praeter o contra legem* o la **analogía** y los **principios generales del derecho positivo**. Este interrogante se vincula con la discusión que motivó la reforma de la ley 17.711 acerca de la igualdad o desigualdad de jerarquía que, para la interpretación, debían tener las disposiciones antiguas y las de la reforma (4) A nues-

(*) Para una reunión del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R. Homenaje del autor al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, por su comprensión filosófica del Derecho Privado.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.

(2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed. 5a. reimpr. Bs. As., De palma, 1987, págs. 336 y ss.

(3) En relación con el tema, v. BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, 9a. ed., Bs. As., Perrot, 1987, I, pág. 75 ss.; c. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 253 y ss.

(4) V., en relación con el tema, por ej. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711”, Bs. As., Jurisprudencia Argentina, 1969, v. gr. págs. 282 y ss. y 429; BORDA, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”, Bs. As., Perrot, 1971, págs. 18 y ss..

tro entender, por considerar que la ley 17711 es posterior y que de cierto modo el legislador de la reforma ha repensado y “re establecido” el Código con su propia orientación, debe darse preeminencia a sus soluciones. De este modo, creemos que la admisión de los usos y costumbres *praeter* y *contra legem* prevalece sobre los recursos a la analogía y a los principios generales del derecho positivo.

A las razones interpretativas expuestas se agregan otras que hacen a la jerarquía de las **fuentes**. En primer lugar, si los usos y costumbres son **específicos** para los casos en cuestión, prevalecen como tales sobre la analogía con otros casos y sobre los principios positivos meramente generales que, por su carácter, tienen menos fuerza reguladora que dichas soluciones específicas.

Desde el punto de vista de los **valores**, la referencia al derecho positivo legislado del artículo 16 se apoya, normológicamente, en el valor **coherencia** del ordenamiento normativo y, sociológicamente, en el valor **previsibilidad** del plan de gobierno en marcha, que se expresa en la legislación. Sin embargo, en principio dichos valores deben someterse al valor **eficacia** de los usos y costumbres, al valor solidaridad de la **ejemplaridad**, desarrollada en ellos y, sobre todo, a las mayores posibilidades de **justicia** de las soluciones específicas que dichos usos y costumbres pueden brindar, o sea, ha de prevalecer la apertura al derecho espontáneo del artículo 17.

El interés por la coherencia del ordenamiento normativo ya es mucho menor en nuestra “edad de la decodificación” (5), pero sobre todo hay que estar en guardia contra sus excesos, porque son vías para el abuso de la justicia integral y relativa contra la justicia sectorial y “absoluta” y constituyen una de las características de las sociedades **totalitarias** (6). Es más: entendemos que siempre debe prevalecer en principio la dimensión **sociológica** del mundo jurídico sobre la dimensión normológica, salvo que la dimensión **dikelógica** haga legítima la reforma de la realidad social para ajustarla a lo normativizado (7).

2. Según el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, el artículo 16 pasaría a establecer: “Si el caso no pudiera ser resuelto ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta su finalidad, las leyes análogas, los usos y costumbres y los principios generales del derecho, conforme las circunstancias del caso” (8).

Dejando de lado la repetición que, por lo menos en parte, pueden significar las referencias al espíritu y a la finalidad de las leyes, cabe una pregunta fundamental acerca de si hay un orden de preferencia decreciente entre la analogía, los usos y costumbres y los principios generales del derecho o si, en cambio, todos son invocados en pie de igualdad. El interrogante se vincula de manera principal con el elemento “lógico” de la interpretación. Si el rigor lógico fuera decisivo, el orden de la expresión manifestaría también un orden de preferencia. Sin embargo, teniendo en cuenta las mayores características de recopilación a las que –pese a cierto propósito “sistematizador” (9)– se aproximaría el “código” con la reforma proyectada, ese rigor no resulta tan significativo.

De haber preferencia entre los tres elementos referidos en el proyecto no sería explicable que la analogía y los principios generales del derecho, incluyendo los del derecho positivo, estuvieran distan-

(5) Puede v. IRTI, Natalino, “L’età della decodificazione”, Giuffrè, 1979.

(6) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984, en especial acerca de las clases de justicia (págs. 40 y ss.).

(7) Cabe aclarar que la dimensión sociológica se centra en los repartos, o sea en las adjudicaciones que provienen de la **conducta** de seres humanos determinables. No se trata, en modo alguno, de renunciar a la conducción, sino de ejercerla debidamente sin apegarse de manera excesiva al brillo de las normas.

(8) V. en relación con el texto MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El plexo normativo: el finalismo de las leyes. Los usos y costumbres (En el Proyecto de Unificación)”, en “La Ley”, 11/IX/1987, t. 1987-D, págs. 1087 y ss..

(9) Así lo enuncia la comisión redactora (v. págs. 3 y 4 de la exposición previa de su presentación del 22/IV/1987).

ciados por la atención a los usos y costumbres. Además el carácter no discriminado de la invocación de los tres elementos resulta claramente diverso del escalonamiento del texto actual del Código y las "circunstancias del caso" se refieren, en la propuesta de reforma, a los tres elementos integralmente. Sería discutible que una obra que, como dijimos, se aproxima a los rasgos de la recopilación, pero como fuente de un sistema, diera prioridad a la analogía respecto de los usos y costumbres (10). Cuando, como en este caso, una obra con rasgos de recopilación pretende ser fuente de un sistema debe poseer una textura muy abierta a la realidad social.

Creemos, en suma, que existen argumentos interpretativos sólidos que inclinan a la **equiparación** de la analogía, los usos y costumbres y los principios generales del derecho. Cabe sin embargo señalar que, en caso de entenderse que la interpretación no es clara, el mismo sería –como es de esperar en la mayoría de los casos– el resultado de la **determinación**. Estimamos que atendiendo a la finalidad general de apertura a la realidad social que muestra la obra de unificación y a los rasgos antes señalados, de menos rigor codificador, debería decidirse por establecer que la analogía, los usos y costumbres y los principios generales del derecho positivo quedan en pie de igualdad y el encargado del funcionamiento debe darles el peso respectivo que sea necesario para llegar a una solución más **justa**. Al fin, desde el punto de vista axiológico corresponde señalar que, por el debilitamiento del rigor codificador, la obra de unificación evidencia una menor preocupación por la coherencia y la previsibilidad y una mayor inclinación por el juego de la eficacia, la solidaridad y la justicia de las soluciones específicas consagrado ya en el artículo 17. Es en este sentido que en su caso debería ser determinada la norma del artículo 16 proyectado (11).

(10) V. NICOLAU, Noemí L., "Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del Derecho Privado argentino", en "El Derecho", 9/VI/1988, t. 128, págs. 751 y ss..

(11) Quizás, sin embargo, el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial no corresponda a los criterios de reparto del plan de gobierno actual. Creemos que, por lo menos, requeriría en este sentido diversas modificaciones.

Consideramos que también el contrato es –como fuente formal de un reparto autónomo– otra de las fuentes del derecho (v. en relación con el mismo sobre todo los textos del art. 1197 en el Código Civil y en el proyecto de unificación).

Nota: Con posterioridad a la redacción de este artículo el proyecto de unificación recibió el voto presidencial.

EL HOMBRE EN EL ESPACIO: NOTAS PARA UNA COMPRENSION FILOSOFICA DEL TURISMO

Miguel Angel CIURO CALDANI ()*

El hombre es un ser que se traslada y su traslado tiene un sentido cultural, una relación con los valores, que varía según las circunstancias. Así, los desplazamientos humanos pueden tener referencias de salud (lograr alimentación, vestido, albergue, remedio, etc.), poder (hacer la guerra, alejarse de ella, etc.), santidad (peregrinar a lugares sagrados), verdad (búsqueda de información), etc. Sin embargo, en general al trasladarse el hombre lo hace como medio para un fin, o sea como satisfacción de una utilidad. Incluso en la figura del vagabundo, que parece desplazarse sin sentido, hay una realización de valores y en especial de la utilidad, aunque sea en grado mínimo o con una conciencia mínima.

En general todo desplazamiento humano significa alejarse de ciertas circunstancias vitales y aproximarse a otras, o sea cerrar —“fraccionar”— un sentido cultural y abrir —“desfraccionar”— otro. Es inherente al fraccionamiento cultural producir cierta **seguridad** respecto de las circunstancias de las que nos alejamos, así como es propio del desfraccionamiento una relativa **inseguridad** en las circunstancias en las que nos insertamos.

La realización de la utilidad en los desplazamientos humanos se ha visto incrementada por la aparición de nuevos “medios”, brindados básicamente por las mejores disponibilidades de transporte y alojamiento y en general por la economía del confort. La relativa difusión de las circunstancias de orden, el incremento de las posibilidades financieras y la disponibilidad de más tiempo libre han brindado más espacio vital. En este marco, de crecientes oportunidades para el desplazamiento encarado con fines de esparcimiento, se ha hecho posible como antes no se hubiera imaginado el fenómeno del turismo.

El turismo es una manifestación del impulso de la etapa económica de **consumo**. El turista promueve indirectamente la producción y la distribución de la riqueza, por lo menos a través del área de servicios, pero no es un productor ni un distribuidor. Sin embargo, se trata de un “consumo” relativamente “cultural”, en el sentido de que en la mayoría de los casos se refiere a objetos no consumibles, que perduran. Se consume contacto con los valores. El sentido humano que predomina en el turismo es la vista. En nuestro tiempo, de la visión a distancia a través de la “televisión”, se advierte, sin embargo, que el turismo vive a través de la magia de la presencia personal. Existe porque la mera visión a distancia no es suficiente. Personalmente se ve de otra manera; el turista es más “protagonista” que el televidente.

En el turismo el valor del **placer** obtenido a través del desplazamiento predomina sobre los otros valores cuya realización brinda dicho placer. Así, por ejemplo, a diferencia del peregrino, que se desplaza con finalidad religiosa y de esta satisfacción de la santidad obtiene por añadidura cierto placer, el turista se desplaza para obtener placer que, en ciertos casos por ejemplo se logra a través de una realización religiosa y de la santidad. Como la búsqueda del placer es su finalidad última, el turismo es, según su nombre lo indica, en “redondo”, para volver al mismo lugar. En el turismo el placer se cierra sobre sí mismo, con la referencia a la vuelta, en cambio en el desplazamiento del vagabundo hay cierta búsqueda del placer pero sin destino preestablecido.

Como ocurre en todas las actividades del hombre, también el turismo debe contribuir en última instancia a la realización del valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). Sin embargo, también de modo análogo a lo que ocurre actualmente con nuestras otras actividades, el turismo está amenazado por la subversión del valor utilidad que, falsificado, lo convierte en mera ostentación. A través de su viaje el turista debe realizar más plenamente su valor humano y no deslizarse a la ilegítima vía de la ostentación, en la que nada verdaderamente valioso incorpora para sí. La realización de un turismo **placentero y humanista** es el desafío más importante que la actividad ha de asumir.

(*) Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado (Filosofía del Derecho, Introducción al Derecho y Derecho Internacional Privado) en la Facultad de Derecho de la U.N.R.

EL JUEZ, EL ABOGADO Y EL INVESTIGADOR JURIDICO (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. Aunque todos los roles jurídicos están interrelacionados en la unidad del Derecho, los papeles de juez, abogado litigante e investigador jurídico poseen vinculaciones muy profundas no siempre suficientemente evidenciadas. En una primera aproximación, al hilo de los principales valores en juego, cabe señalar que el **juez** está referido a los valores jurídicos, que culminan en la **justicia**, pero esa justicia está apoyada en la **verdad** y se desarrolla en términos de **imparcialidad**. El **abogado litigante** se refiere asimismo a los valores jurídicos que culminan en la **justicia**, pero desde la perspectiva de la **parcialidad**. Se ha dicho, con razón, que el arco de la imparcialidad del juez sólo puede "volar" sobre las columnas de las parcialidades de los abogados litigantes (1). A su vez, el **investigador jurídico** debe realizar la **verdad** acerca de los valores jurídicos que culminan en la **justicia**, desarrollada al fin en imparcialidad (2).

2. Con miras a caracterizar al juez, al abogado litigante y al investigador jurídico desde la **dimensión sociológica** del Derecho (3), puede señalarse en primer término que, si bien el juez es quien en definitiva asume de manera más nítida el rol de repartidor (conductor), en realidad los tres participan en la conducción: el juez **adopta la decisión** sobre la **toma de posición** que le brindan los abogados y con la **orientación científica** que le proporcionan los investigadores. En definitiva, la conducción es más cabal cuando las tres perspectivas se favorecen entre sí ampliamente.

El juez usa el **poder** y lo adjudica, el abogado busca el poder para su cliente y lo recibe o lo pierde para él y el investigador puede incrementar el poder ("ciencia es potencia") o debilitarlo, sobre todo al ponerlo en evidencia. El juez busca la **verdad** encauzándola por la justicia según las **reglas procesales**, el abogado "**construye**" la verdad para el proceso y, en cambio, el investigador procura la verdad a través de cauces **más abiertos**. Quien tenga más vocación por encaminar la búsqueda de la verdad según las exigencias de justicia (por ejemplo, atendiendo a los ritmos de audiencia de las partes, producción de la prueba, etc.), podrá sentirse más a gusto en el papel de juez; quien en cambio posea más inclinación por la búsqueda incondicionada de la verdad, podrá hallarse más realizado en el rol de investigador jurídico.

El juez es un constructor directo del orden de repartos, o sea del **régimen** y para comprenderlo acabadamente hay que entenderlo como una pieza de éste. El abogado litigante es un "dynamizador"

(*) Ideas básicas de una exposición del autor en el Colegio de Abogados de Mar del Plata, pronunciada el 14 de noviembre de 1991.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 320/321; "Conducta y norma", Bs. As., Abeledo, 1955, págs. 235 y ss.

(2) En relación con el tema puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La complejidad pura de las profesiones y las actividades del mundo jurídico", en "Investigación y docencia", Nro. 5, págs. 15 y ss.; "Perspectivas trialistas para la comprensión de la función judicial", en "Tribunales", año III, Nro. 3, págs. 90 y ss..

(3) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede c. por ej. GOLDSCHMIDT, "Introducción. . ." cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

del orden de repartos. El investigador jurídico, en cambio, ilumina las posibilidades de desarrollo y diversificación del régimen e influye en él a través de la razonabilidad de los repartos, promoviendo o disminuyendo la ejemplaridad. El juez, como pieza de importancia fundamental en el régimen de que se trate —sea éste justo o injusto— sólo es designado si comparte mínimamente los criterios de dicho orden de repartos; en cambio, el investigador jurídico es más libre y puede tener más papel revolucionario. Todo régimen requiere factores que lo consoliden y lo modifiquen y, según las circunstancias, unos pueden ser más legítimos que otros. El juez, por su calidad de repartidor, debe hacer frente más directamente a los **límites necesarios de los repartos**, surgidos como tales de la naturaleza de las cosas; en cambio, el investigador jurídico debe enfrentarse más a los **límites necesarios del conocimiento**.

3. En relación con la **dimensión normológica** del mundo jurídico, cabe señalar que el juez produce **normas**, el abogado requiere su producción y el investigador produce **juicios científicos** y puede influir en la producción de normas. El juez y el abogado participan de diversas maneras directas en la vida de las **fuentes reales** de las normas, en tanto el investigador genera en principio **fuentes de conocimiento**, aunque indirectamente, en la medida que influye en los repartidores (v. gr., en los jueces y de cierto modo en los abogados) actúa en la vida de las fuentes reales. Es tarea vinculada en especial a los investigadores la realización de los "saltos" de las fuentes reales formales a las fuentes reales materiales para apreciar si dichas fuentes formales y sus normas son fieles, exactas y adecuadas, es decir, respectivamente, si describen con acierto los contenidos de la voluntad de sus autores, si describen con acierto su cumplimiento y si con sus productos contribuyen debidamente a los fines de sus autores.

El juez y el abogado tienen principalmente perspectivas de **normas aisladas**, con el riesgo inherente de que no aprecien de modo suficiente el conjunto del ordenamiento. En cambio, el investigador posee al respecto una visión más amplia, que le permite incluso construir científicamente el **sistema jurídico**, en una elaboración que es en especial significativa en nuestra "edad de la decodificación" (4). Es notorio que los puntos de vista de las normas aisladas y del ordenamiento en su conjunto se enriquecen de manera recíproca.

4. En cuanto a la **dimensión dikelógica** es dado recordar que ya hemos presentado la configuración valorativa básica de los tres roles, con sus diversas relaciones con la justicia. Cabe destacar, además, que justicia y verdad deben integrarse, al fin, con miras a la realización de todo el complejo axiológico a nuestro alcance, que culmina en el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). El juez representa en mayor medida los valores sostenidos por la **sociedad**, al punto que el compromiso con ellos es dato que —de cierto modo legítimo— debe tenerse en cuenta para su designación. Al abogado le cabe al respecto una **crítica "parcial"** y, en cambio, al investigador le corresponde efectuar una **crítica más imparcial y objetiva**, con más proyección al descubrimiento de los valores falsos.

Aunque siempre ha de procurarse la designación de jueces de mentes "abiertas" —dotados más que de saber de sabiduría— en su carácter de seres humanos también ellos están limitados por prejuicios que "fraccionan" básicamente la justicia y es necesario superar. Para vencer mejor dichos prejuicios, o sea para "desfraccionar" legítimamente la justicia, los jueces deben contar con las ayudas que desde las partes les brindan los abogados y desde la amplitud de perspectivas de la ciencia les proporcionan los investigadores. Los jueces, referidos a casos ya concretos, tienen en general más relación con la atención a las influencias del **pasado** y el **presente**, en cambio los investigadores poseen más equilibrio en la consideración del **pasado**, el **presente** y el **porvenir**.

En su carácter de elementos fundamentales del régimen los jueces están más orientados a producir fraccionamientos de la justicia que, como tales, son generadores de **seguridad**; por el contrario, los abogados y principalmente los investigadores tienen más vocación al desfraccionamiento y generan y asumen mayores **riesgos**. Sobre todo las investigaciones dikelógicas, que se han ido expresando en muchos abogados y principalmente los investigadores tienen más vocación al desfraccionamiento y generan y puestan a menudo en riesgo a quienes las han practicado. Sin desmedro de la grandeza de los jueces, cabe decir que los investigadores son de cierto modo los "**jueces del porvenir**" y deben contar con

(4) V. IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, 1979.

garantías análogas a las de ellos, por ejemplo, en cuanto se refiere a inamovilidad en sus tareas (5). No obstante, también cabe señalar que, por estar más integrados en la realidad cabal de la vida, los jueces y a menudo también los abogados son menos proclives a los desfraccionamientos de carácter ideológico que los investigadores jurídicos, sobre todo cuando éstos se refieren más a los despliegues jufilosóficos y se desenvuelven en los marcos universitarios. En definitiva, el fraccionamiento y el desfraccionamiento, la consideración del pasado, el presente y el porvenir y la seguridad y el riesgo deben realizarse integradamente para que se satisfaga el valor justicia.

Según los diversos regímenes, los jueces poseen una legitimación que combina de diferentes modos la **aristocracia** (superioridad moral, científica o técnica) con la **democracia**. Los abogados, elegidos directamente por las partes, poseen —pese a una necesaria legitimación aristocrática— mayor afinidad **democrática**. En cambio los investigadores han de tener, sobre todo, legitimación **aristocrática**. Las tres legitimaciones se alimentan recíprocamente y en la tarea judicial se integran la democracia que predomina en los abogados con la aristocracia que impera en los investigadores.

5. Al concebir el Derecho de una manera que le es propia, cada **teoría jufilosófica** da a los papeles de juez, abogado e investigador y a las relaciones entre ellos alcances y marcos diferentes. De manera destacada es relevante saber qué se entiende por Derecho para saber qué se ha de investigar al respecto. Para el **positivismo normológico** se trata sobre todo de la aplicación de las normas y el saber acerca de ellas; para el **positivismo sociológico** se trata de hechos y de conocimientos respecto de éstos y para el **unidimensionalismo dikelógico** hay una proyección excluyente al juego de los valores y al saber pertinente (6). En general las posiciones **tridimensionalistas** amplían los alcances de los tres papeles, de juez, abogado e investigador, y las relaciones entre ellos, destacándose por ejemplo la teoría de la **libre investigación científica** de François Gény (7), con su referencia a los datos considerados por la ciencia y a lo construido mediante la técnica.

Por la amplitud de alcances y relaciones que brinda a los tres roles merece especial consideración la elaboración tridimensional efectuada en la **teoría trialista del mundo jurídico** utilizada en esta exposición. En ella las tareas del juez, el abogado y el investigador quedan iluminadas en sus despliegues sociológicos, normológicos y dikelógicos en una integración profunda e indestructible. A su vez, los tres papeles pueden ser esclarecidos a través de la integración del Derecho en el resto del universo, por ejemplo, con sus proyecciones sociológicas generales, lógicas y lingüísticas, axiológicas, económicas, etc.. En el trialismo resulta notorio que las calidades **específicas y humanas** de los jueces, los abogados y los investigadores jurídicos están profunda e indisolublemente interrelacionadas. Ninguno puede de realizarse de modo acabado, ni como jurista ni como hombre, sin los demás.

- (5) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel' "Nota sobre los fundamentos de la inamovilidad de los creadores", en "Investigación..." cit., Nro. 11, págs. 49 y ss.
- (6) Acerca de los infradimensionalismos y en especial de los unidimensionalismos sociológico, normológico y dikelógico, v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 33 y ss.
- (7) GENY, Francisco, "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo", Reus, Madrid, 2a. ed., 1925; "Science et technique en droit privé positif", 2a. ed., Paris, Sirey.

EL PORVENIR DEL DERECHO CIVIL Y LOS MODELOS POLITICO-JURIDICOS (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. Aunque la "prospectiva" es sumamente difícil, porque el hombre es un ser casi imprevisible (como terminan de demostrarlo, por ejemplo, los sucesos sorprendentes ocurridos recientemente en el Este europeo), el ser humano es, a su vez, un ser especialmente necesitado de conocer su futuro. De aquí que resulta legítimo el esfuerzo para saber por anticipado, aunque sea en alguna medida, lo que ha de suceder y, en esta línea de pensamiento, nos dedicamos al posible porvenir del Derecho Civil argentino.

Pese a estar de cierto modo "extraviada en el tiempo", en mucho por su fuerte deseo de acceder a algunos niveles vitales —por ejemplo de consumo— de los países "desarrollados", sin contar con la aptitud productiva que los haga posibles, Argentina se enfrenta, también en el Derecho Civil, a las grandes posibilidades que hoy —después del derrumbe del mundo comunista— parecen abrirse en el porvenir político-jurídico inmediato: el modelo **liberal**, el modelo **socialcristiano** (***) y el modelo **socialdemócrata**.

En el modelo liberal suele entenderse que la justicia ha de realizarse por el despliegue de la **utilidad**; en el modelo socialcristiano se plantea que la justicia se produzca mediante cierta integración de la **utilidad** y el **amor** y en el modelo socialdemócrata se propone la satisfacción de la justicia a través de una contribución entre la **utilidad** y la **solidaridad**. Aunque el socialcristianismo y la socialdemocracia son parcialmente "paralelos" al liberalismo, el primero es más **profundo** que los otros dos y, en consecuencia, cuestiona más profundamente las bases utilitarias del liberalismo. El amor exige solidaridad, pero es mucho más que solidaridad, llegando al sacrificio por el prójimo e incluso por el enemigo. El socialcristianismo está signado por la exigencia "corredentora" que le impone su fe. En nuestro tiempo, en mucho utilitario y materialista, el liberalismo y la socialdemocracia, con sus respectivos centros de gravedad en los Estados Unidos de América y en Europa Occidental, son las propuestas que parecen más viables y resultan mayoritarias, aunque el planteo distribucionista de la socialdemocracia tenga menos realizabilidad en países con escasa capacidad productiva.

2. Conforme sea el modelo que adopte el país, el Derecho Civil argentino ha de tener orientaciones diversas, pese a que es posible que, según las áreas, se tomen paradigmas distintos (por ejemplo: combinando una orientación liberal en lo patrimonial con una proyección socialcristiana en lo familiar, según parece ocurrir en la actualidad). En caso de adoptarse el modelo liberal o el modelo socialdemócrata, el núcleo del Derecho Civil estaría, con diversos sentidos, en el **Derecho de las Obligaciones** que, en general, es más utilitario y más superficial en el compromiso de la personalidad. En el supuesto de optarse por el modelo socialcristiano, el centro de gravedad del Derecho Civil estaría más referido a la **Parte General** y al **Derecho de Familia**, cuyos significados se relacionan más con el amor y son más profundos. La mayor referencia utilitaria del liberalismo e incluso de la socialdemocracia tendería a facilitar más la unificación Civil y Comercial y, en el primero, se reducirían asimismo las distancias del Derecho del Trabajo, dotado de mínimas particularidades.

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor a la Conferencia sobre Evolución del Derecho Civil Argentino.

(**) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado).

(***) Diferenciamos el modelo "socialcristiano" de las tendencias liberales que suele tener la democracia cristiana europea y de las tendencias socialdemócratas que a veces también se denominan con esa expresión.

En cuanto a la **Parte General**, el liberalismo promovería en especial el desarrollo de las sociedades, en tanto el socialcristianismo y la socialdemocracia se orientarían más a dar cierto despliegue a las asociaciones y las fundaciones y a las personas de carácter público, brindando a su vez el primero más consideración a las personas de “existencia natural”, más profundas y “amables”. El liberalismo y la socialdemocracia coincidirían en actitudes relativamente más permisivas de las posibilidades abiertas por la ingeniería genética, que constituyen uno de los más grandes interrogantes del Derecho de nuestro tiempo, en tanto el socialcristianismo procuraría encauzarlas dentro de los límites de sus pautas éticas de referencia más profunda. El liberalismo y la socialdemocracia coincidirían en una disminución de la edad para adquirir la capacidad de obrar, en cambio quizás el socialcristianismo sería más cauteloso, tratando de mantener el papel de la familia en la maduración de los jóvenes.

En el **Derecho de las Obligaciones**, el liberalismo brindaría más despliegue a las que se consideran nacidas de la voluntad, en tanto la socialdemocracia y el socialcristianismo se orientarían más a las llamadas “involuntarias”, referidas precisamente con mayor intensidad a las valoraciones sociales, sea en perspectivas de orden de más solidaridad o de más amor. A su vez, el liberalismo consideraría que las obligaciones voluntarias se fundan más en el consentimiento, en cambio el socialcristianismo y la socialdemocracia se remitirían más a la confluencia del consentimiento con la estimación de los objetos adjudicados.

En cuanto a los **Derechos Reales**, el liberalismo se inclinaría básicamente por un plexo de derechos más simple, con menos afectación del dominio, para permitir una más ágil y utilitaria circulación de la riqueza. Sin embargo, tal vez hoy satisfaría los requerimientos del capitalismo con nuevas articulaciones, como el derecho de superficie. En cambio, es posible que la socialdemocracia y el socialcristianismo, desde significados diferentes, brindaran en general un cuadro de derechos más diversificados.

Respecto del **Derecho de Familia** el liberalismo y la socialdemocracia, en consonancia con su planteo menos profundo, brindarían más facilidad para la disolución del matrimonio. Por su parte, en cambio, el socialcristianismo se orientaría más a la profundidad y el amor con la consolidación de la unión conyugal. Aunque las posiciones pueden ser muy diversificadas, quizás para apoyar la unión matrimonial el socialcristianismo participaría menos en la realización de la equiparación de los hijos habidos dentro o fuera del vínculo conyugal.

En el **Derecho de Sucesiones** el liberalismo se inclinaría más a atender a la voluntad del causante, permitiéndole realizar la utilidad después de su muerte, en tanto la socialdemocracia y el socialcristianismo, con referencias más sociales o familiares, más solidarias o amorosas, se orientarían más a invocar razones – relativamente superficiales o profundas – para establecerle límites forzados.

3. Entendemos que destacar los **significados políticos** del Derecho Civil es importante para contribuir a que se construya conscientemente su porvenir. Argentina lo precisa con particular intensidad (****).

(****) En relación con la Filosofía del Derecho Privado, pueden v. diversos trabajos en “Investigación y Docencia”, órgano del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario publicado por la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Asimismo, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Presentación de las ‘Instituciones jurídicas de actualidad’”, en “Investigación . . .” cit., N° 18, págs. 81 y ss. En cuanto a la comprensión del Derecho como rama del mundo político, v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

EL “SABER-PODER” Y EL DRAMA DE LA UNIVERSIDAD ARGENTINA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI

Aunque no se compartan las exageraciones en que suelen incurrir los estudios contemporáneos, las vertientes del poder son infinitas. Entre estas vertientes está la del “saber-poder”, cuya consideración tiene, desde hace siglos, representantes muy ilustres (1). En las realizaciones del saber se han concretado, en mucho, los grandes avances del poder del hombre sobre el mundo, que tanto caracterizan a nuestro tiempo científico y tecnológico.

Como el saber es también una de las vías del poder más fáciles de autonomizar respecto de las estructuras sociales, quien desee adquirir poder sin contar con una buena posición social podrá emplear el camino relativamente fácil de la adquisición del saber. Es notorio, por ejemplo, cómo el saber, sobre todo a través de la educación gratuita, ha servido en nuestro medio para la promoción social y la reforma del poder.

El saber-poder está en general tensionado, entre otras, por dos líneas de comprensión diferentes: la que lo aprecia desde el conjunto social y la que lo vincula con las relaciones de clases. Una estima más el “saber”; otra se refiere más al “poder”. La primera de tales líneas entiende que el saber debe ser incrementado, en la segunda se lo cuestiona para que resulte redistribuido o incluso destruido. Por estos sentidos conflictivos pasa, en gran medida, el drama de la universidad, sobre todo en países como el nuestro. De resultas de esa oposición se reconoce muy poco el valor del saber como vía para la verdad, que es el conocimiento personalizante. En este sentido se comprenden también las limitaciones del “saber-contra-poder”, que a menudo llega a no ser verdad ni saber.

En profundidad el saber y el consenso son dos maneras imprescindibles para lograr la justicia de la calidad de los repartidores, que resultan así aristocráticos o autónomos (2) y, al fin, con el saber pueden alcanzarse repartos de potencias más justas (de salud, utilidad, etc.). Se requiere, así, el saber que debe brindar la institución universitaria, convertida de este modo en una pieza del régimen de justicia.

Para que la universidad argentina sea posible y su “drama” vital vaya alcanzando realizaciones valiosas, es imprescindible que se reconozca el valor del saber por sí mismo, que se advierta que su sacrificio en aras de la reorganización del poder es contraproducente. Para que la institución universitaria sea una realidad de saber en nuestro medio, es necesario superar la visión del saber como mero juego del poder de la “lucha de clases”, sobre todo reconociendo que en nuestra circunstancia en general no acceden a la universidad las clases económicamente menos beneficiadas, que podrían encontrar en el sacrificio del saber una vía de ascenso. Urge advertir, por el contrario, que para estos sectores la destrucción del saber les significa, a menudo, no contar con un soporte de desarrollo social que los favorecería. Es más: el país en su conjunto necesita el saber-poder para superar el atraso que lo separa del “primer mundo”.

(*) Nota para la discusión en una reunión organizada por la Fundación para las Investigaciones Jurídicas para abordar el tema “Universidad”.

- (1) Bacon —por ejemplo— decía “la ciencia del hombre es la medida de su potencia” (v. BACON, Francis, “Novum organum”, trad. Cristóbal Litrán, Madrid, SARPE, 1984, pág. 33; también v. “Del adelanto y progreso de la ciencia divina y humana”, trad. F. Jorge Castilla, México, Pablos, 1984; c. no obstante, por ej. FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, trad. Enrique Lynch, 2a, reimpr., México, Gedisa, 1984; también v. gr. “Sourveiller et punir”, reimpr., Gallimard, 1991; además puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 114 y ss.; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 76 y ss.).
- (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a ed., 5a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 419 y ss.

En nuestro medio la redistribución del saber-poder y la pérdida de sus niveles de excelencia sólo favorecen a los miembros de las clases relativamente privilegiadas que acceden a la universidad y alcanzan títulos a menudo de cierto modo “falsos”, para lograr una preeminencia social que luego les suele permitir abusar de los sectores más carenciados. Es más: la destrucción del saber-poder llega a ser en ciertos casos el instrumento con que jóvenes pertenecientes mayoritariamente a la clase media hacen sus primeras experiencias partidistas en la conquista de votos (3).

La destrucción del saber-poder puede servir en algunos casos a una revolución, pero las revoluciones deben concluir desarrollando nuevos niveles de excelencia. Quizás nada sea menos “revolucionario” que una revolución permanente, como la que a veces parece ensayarse en nuestras casas de estudios. La destrucción indiscriminada del saber-poder significa la pérdida de la oportunidad de contar con un imprescindible nivel de superioridad científica y técnica, o sea con una verdadera aristocracia, y su sustitución por una mera oligarquía (4) que suele pretender valerse de títulos universitarios sin fundamento para acentuar sus privilegios. En la realidad universitaria argentina la tensión del saber-poder suele adquirir así caracteres insolubles de tragedia.

Es de esperar que el saber-poder obtenga, desde fuera de nuestra universidad, el apoyo de las necesidades del descgado desarrollo económico, pero entonces se tratará de un saber tecnológico y no científico, con los riesgos especiales que el no haber pasado por el estadio científico trae aparejados. Defendemos en sus marcos legítimos, el saber y la universidad es una manera de ayudar para que Argentina sea un régimen de justicia (5).

- (3) El grado de tensión en relación al saber-poder no es idéntico en todas nuestras universidades. Por otra parte en las universidades privadas la destrucción del saber-poder suele no figurar en el discurso, aunque también allí es frecuente el asalto al saber en mucho en aras del poder utilitario. En cierto sentido podría creerse también que la destrucción del saber-poder tiene como fin ocultar la desocupación.
- (4) La falsa aristocracia es en realidad “antiautonomía”.
- (5) Respecto de las relaciones entre valores, puede v. CIURO CALDANI, “Estudios de” cit., t. II, 1984, págs. 16 y ss.. Creemos que la manera de solucionar la tensión del saber-poder pasa, en gran medida, por un adecuado sistema de becas.

IMPLICANCIA DE LA INTEGRACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Tema de la Sección Derecho Internacional Privado) (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

La diversidad de situaciones que presenta la realidad denominada "comunidad internacional" en sentido amplio muestra, cada vez más, procesos de integración (1). En la integración, de las dos condiciones básicas para la existencia de la comunidad internacional en sentido estricto, o sea diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc., suficientemente estrechas y diversas para producir la existencia de una rama jurídica, las relaciones avanzan al punto de atenuarse, con significado igualitario, las diferencias entre los Estados (2). La centralización del significado de la integración en las vinculaciones económicas, científicas, etc., referidas no importa, como es obvio, desconocer que a veces la integración se produce espontáneamente y otras muchas por la decisión de los Estados.

El Derecho Internacional Privado "clásico", que "aplica" el Derecho más vinculado con cada causa (3) según la opinión de cada Estado, corresponde a la comunidad internacional en sentido estricto. En cambio, las soluciones correspondientes a la integración son principalmente de uniformidad o unificación, sea a nivel de Derecho Internacional Privado o de Derecho Interno, y la autonomía de las partes, conflictual o material. En otros términos, la integración puede valerse principalmente de:

- Derecho Internacional Privado Uniforme
- Derecho Internacional Privado Unificado
- Derecho Privado Interno Uniforme
- Derecho Privado Interno Unificado
- Autonomía conflictual
- Autonomía material.

Asimismo ha de referirse, entre los primeros pasos a abordar con sentido práctico, a la problemática de los casos concretos, atendiendo a las cuestiones jurisdiccionales (judiciales, arbitrales, etc.), de composición, mediación, reconocimiento y ejecución de pronunciamientos extranjeros reales, etc..

En otra oportunidad hemos abordado los problemas del Derecho Internacional Privado en la integración y ahora nos remitimos al artículo respectivo —que acompañamos como parte de esta comunicación (4)— pero deseamos formular aquí algunas consideraciones especiales.

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor al XI Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - V Congreso Argentino de Derecho Internacional.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Técnicas de integración", en "Investigación y Docencia", Nro. 18.

(2) Cabe recordar, acerca de las condiciones para la existencia del Derecho Internacional Público, por ej. VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

(3) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988.

(4) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho Privado en la Integración: Derecho Internacional Privado - Derecho Privado Unificado", en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas", 1973/76, págs. 95 y ss.

Desde el punto de vista **jurístico sociológico** (5), la integración significa una aproximación y un mayor orden entre las unidades respectivas, características éstas que han de constituirse, en mucho, en base al conocimiento y la comprensión que brinda, sobre todo el **Derecho Comparado**. La integración puede referirse más a las **soluciones** o a los **problemas**: así, por ejemplo, encarar las respuestas para la producción de bienes ya efectuada o tomar en cuenta su misma producción. A medida que se avanza en la integración en los problemas, el **Derecho Internacional Privado**, que es una materia de contactos entre respuestas jurídicas, va quedando más lejano.

En la integración se pasa de la extraterritorialidad limitada del Derecho Internacional Privado a la **nueva territorialidad** del conjunto integrado, aunque sea a través de la “no territorialización” de la autonomía universal (6). El paso del Derecho Internacional Privado al Derecho de la Integración exige el achicamiento de las “distancias” entre estilos de vida, que caracterizan la realidad del primero, mediante respuestas más **dinámicas y eficaces**. De cierto modo, la integración corresponde, en el espacio, a la aceleración de la historia con que vivimos nuestro tiempo. La formación de un nuevo y único espacio corresponde a la formación de un nuevo y único tiempo, mejor dicho, de una nueva y única temporalidad, cuyos momentos están más próximos. La integración conlleva la aceleración de los tiempos del Derecho Internacional Privado.

Desde el punto de vista **jurístico normológico** la integración trae consigo la formación de un ordenamiento normativo único, con el pertinente avance de la coherencia. En tal sentido, se abandona el método indirecto y se recurre al **método directo** y gana espacio el **método sintético-legislativo**, haciéndose menos necesario el método sintético-judicial.

La integración afecta a todos los **problemas generales** del Derecho Internacional Privado, cuya intensidad va disminuyendo hasta no diferenciarse de los que presentan los contactos de respuestas internas (7). No es por azar que esos problemas generales se descubrieron entre 1849 y 1935, en la época en que la comunidad internacional en sentido estricto tuvo una realidad especialmente nítida. La integración hace menos graves las desviaciones en las respuestas a dichos problemas, tiende al mayor respeto entre las unidades jurídicas en contacto y, en última instancia, lleva a superar las diversidades que las distinguen. Así, por ejemplo, la integración hace menos grave que se califique según la “lex civilis fori”, conduce a calificar según la “lex civiles causae” e impulsa la producción de calificaciones autárquicas. La integración hace menos grave el fraude a la ley, lleva a prohibir el fraude al Derecho extranjero integrado y tiende a hacer imposible el fraude porque supera las diversidades. La integración disminuye el abuso y el uso del orden público particular de cada unidad y conduce a la formación de un orden público del conjunto.

En la integración, la interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado debe atender a la adaptación de los textos a la luz de la teleología referida a ese acercamiento: ante realidades de integración, los fines de los autores de las normas de Derecho Internacional Privado deben comprenderse en dicho sentido. La integración requiere cada vez más **normas determinadas**, diversas de las normas indirectas que, por ser tales, son en cambio indeterminadas. En la integración la tarea conjetal, requerida por la exigencia de imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero (teoría del uso jurídico), se hace más fácil, pero puede resultar demasiado lenta para la aceleración de las respuestas que entonces se hace necesaria. De aquí que se procure superar la conjeta mediante la mayor certeza de las soluciones directas.

Desde la perspectiva **jurístico dikelógica** la integración significa la formación de un nuevo complejo axiológico con más denominadores valorativos comunes que el Derecho Internacional Privado. El

- (5) Acerca de las ideas jusfilosóficas empleadas en la comunicación, v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp. Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.
- (6) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1978, págs. 5 y ss.
- (7) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976.

puente entre las unidades en contacto, que en el plano jusprivatista internacional está signado por el valor justicia, en la integración abarca más otros denominadores comunes de utilidad, verdad, belleza, etc.. Al recortar las "distancias" vitales, la integración facilita las relaciones entre medios y fines que caracterizan a la **utilidad**. Para llevar a cabo un proceso de integración el Derecho Internacional Privado debe ser repensado con más referencia a la utilidad como valor coadyuvante con la justicia.

El paso de la internacionalidad a la integración significa el avance de un mayor equilibrio entre justicia referida a los particulares, cuyas exigencias caracterizan al Derecho Privado, y justicia general, cuyos requerimientos individualizan al Derecho Público. La integración significa una mayor composición **publicista**, relacionada básicamente con la generalización de los contactos entre los países incluidos.

La integración permite mayores legitimaciones "**aristocráticas**" (surgidas de superioridades morales, científicas o técnicas), pues el acortamiento de las "distancias" brinda oportunidades de "ver más claro". Creemos que, sobre todo, la integración reclama un avance en el **apoyo tecnológico**. Sin embargo, la novedad de los problemas suele requerir también que se desarrolle especialmente la legitimación **autéonoma**, a través de los acuerdos de los interesados, y la legitimación **paraautónoma**, constituida por la coincidencia de los interesados en la intervención del repartidor, que actúa como un árbitro. La necesidad de eficacia hace que en la integración el **proceso** se haga especialmente dinámico.

La marcha desde la internacionalidad a la integración corresponde al paso del respeto al elemento extranjero, fundado en la unicidad de cada elemento, a la elaboración y la aplicación de un Derecho relativamente propio, apoyado más en la **igualdad y la comunidad** entre las partes. El Derecho Internacional Privado se refiere sobre todo a la protección del individuo contra el régimen, en tanto el Derecho de la Integración sirve principalmente a su amparo frente a la **pobreza** y el **aislamiento**.

En el panorama de la "Teoría General del Derecho" entendida como sistema jurídico proyectada al Derecho Internacional Privado, la integración suele significar especiales necesidades de avances en las áreas **comerciales y procesales**. La integración es, en mucho, un fenómeno particularmente desarrollado en nuestro tiempo, en gran medida relacionado con el **universo utilitario** que se va constituyendo en estos días. Es en este sentido que debe comprenderse su "implicancia" en el Derecho Internacional Privado (8).

(8) Pueden v., CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Presentación de las 'instituciones jurídicas de actualidad'", en "Investigación...", cit., Nro. 18; "Efectos de los factores internacionales en el Derecho Internacional", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nro. 15.

Acerca de la integración en las comunidades europeas, v. por ej. la reciente obra de difusión de BROCHARD, Klaus-Dieter, "L'ABC del Diritto Comunitario", 3a. ed., Luxemburgo, Ufficio delle Publicazioni Ufficiali delle Comunità Europee, 1991 (c. en general las otras publicaciones de la misma colección "Documentazione Europea") y sobre todo MONACO, Riccardo, "Lezioni di Organizzazione Internazionale - Principi Generali", Torino, G. Giappichelli, 1985; II, "Diritto dell'Integrazione Europea", 2a. ed., Torino, G. Giappichelli, 1975; CAPOLUPO, Saverio, "Il diritto comunitario - Le fonti e le istituzioni", en "Corso di diritto comunitario fiscale" diretto da Michele Del Giudice - Antonio Casertano, dispensa n. 1 alla Rivista "Il fisco", n. 44 del 2 de diciembre 1991; LAURIA, Felicetta, "Manuale di Diritto delle Comunità Europee", 2a. ed., Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1990; MENGONI, Paolo, "Il Diritto della Comunità Europea", Padova - Milano, CEDAM, 1990; "Casi e materiali di Diritto alle Comunità Europee", Bologna, CLUEB, 1986; MARTINO, Edoardo, "Dal Trattato di Roma alle convenzione di Lomé", Roma, Istituto di Studi Europei A. De Gasperi, 1981; LOUIS, Jean-Victor, "L'ordre juridique communautaire", 5a. ed., Bruxelles, Commission des Communautés Européennes, 1990. En cuanto al resto del panorama bibliográfico, me remito a las citas de las obras mencionadas.

LA CONSTITUCION CULTURAL, COMPONENTE BASICO DE UN ESTADO (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

Aunque tradicionalmente se emplean los conceptos de constitución “formal” y constitución “material”, como bases respectivamente normológica y sociológica de los estados (1), creemos que también es importante reconocer en todo estado una constitución “cultural”, que es el plexo de valores básicos que sostiene la sociedad respectiva. Así como todo estado tiene necesariamente una constitución material, posee también una constitución cultural. Los valores de dicha constitución cultural son, de maneras más o menos explícitas, los patrones últimos de las decisiones que se adoptan en el estado de referencia, sea en el derecho consuetudinario o en el derecho formalizado, sea en la elaboración, la interpretación, la determinación o la aplicación de las normas (2). La constitución material se configura en especial y profunda interrelación con la constitución cultural. Con ésta se completa la tridimensionalidad de la noción de constitución.

Pese a la permanencia o el cambio de los textos constitucionales formales, la permanencia y el cambio que en profundidad ocurren en una sociedad responden a los valores que esa sociedad sostiene. Según sea la manera de identificar, clasificar y relacionar los valores que tenga la sociedad, será la constitución material respectiva. Hoy en día muchos estados son protagonistas de una uniformación constitucional, formalizada o no, de resultas de una uniformación de los plexos valorativos pertinentes que se va produciendo con alcances cada vez más amplios. Hay una estatalidad cada vez más mundial porque hay un plexo valorativo cada vez más mundial (3).

Según se considere que hay valores **naturales y fabricados** o se crea que sólo hay valores fabricados, la constitución cultural será más sólida e inmutable o más débil y mutable. Lo propio ocurrirá según haya más remisión a los **criterios generales orientadores** acerca de los valores o a las **valoraciones** completas. Para hacer frente al debilitamiento de la constitución cultural que surgió de la pérdida de confianza en los criterios generales de valor se recurrió, en mucho, al empleo de las constituciones formales. De cierto modo, la confianza en las constituciones formales se hace más necesaria cuando se debilita la creencia en los valores naturales.

(*) Ideas básicas de una comunicación preparada por el autor para el Congreso de Derecho Constitucional a realizarse en Querétaro.

Homenaje al profesor doctor Germán J. Bidart Campos, brillante filósofo del Derecho Constitucional.

(**) Investigador del CONICET.

- (1) Al referirse a la constitución “real”, Lassalle puntualizaba “He ahí, pues señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”. (LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957, pág. 21). V. asimismo, por ej. BIDART CAMPOS, Germán J., “Filosofía del Derecho Constitucional”, Bs. As., EDIAR, 1969, págs. 71 y ss.; acerca de las nociones de constitución material y formal y de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se basa parte de esta comunicación, puede c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs. 536 y ss.; también, v. gr., CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 251 y ss.
- (3) El reconocimiento de una estatalidad cada vez más mundial no debe llevar a desconocer el también importante fenómeno de resurgimiento de los nacionalismos, aunque éstos se hallan quizás en un nivel más superficial. Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel “presentación de las ‘instituciones jurídicas de actualidad’”, en “Investigación y Docencia”, Nro. 18, págs. 81 y ss..

Cuando la constitución cultural se apoya principalmente en el valor **santidad** suele ser más inmutable y, en cambio, es más variable cuando se refiere más al valor **utilidad**. La presencia del valor **justicia** es uno de los factores de equilibrio entre una estabilidad y una mutabilidad radicales, aunque obviamente el valor que más ajusta la constitución cultural con nuestros propios rasgos valiosos objetivos es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). La constitución cultural es más valiosa, en definitiva, en la medida en que sea más humanista. Fue el proceso de debilitamiento de la referencia al valor **santidad** una de las causas que condujeron a reforzar las constituciones culturales con constituciones formales.

El plexo axiológico que constituye el estado supone, como tal, una **pluralidad** de valores ordenados, encarada desde la perspectiva del valor **humanidad**. Esto significa no confundir al estado con las realizaciones culturales relativamente "monovalentes", como las sociedades, orientadas por el valor **utilidad**, o las iglesias, individualizadas según su referencia al valor **santidad**. Cuando el plexo valorativo forma un "estilo" de realización de los valores que culmina en la **humanidad**, hay una **nacionalidad**. La diversidad de valores y la oposición entre los valores sostenidos se relacionan directamente con la **división de poderes**. De aquí que la división de poderes fuera más viable en las constituciones culturales más "polivalentes", de la época en que fue propuesta, que en la actualidad. En las declaraciones de derechos suelen manifestarse nítidamente los valores del plexo de la constitución cultural, aunque en definitiva los **derechos humanos** se coronan en la medida en que se reconozca el valor **humanidad**.

Desde el punto de vista **jusfilosófico** la constitución cultural debe comprenderse con especial referencia a los valores del mundo jurídico, donde además de la justicia, que conforma la dimensión **dikelógica**, hay que atender a los valores de las dimensiones **sociológica** y **normológica**. En la dimensión **sociológica**, la constitución cultural puede referirse a la conducción, valor inherente a los repartos, o a la espontaneidad, valor propio de las distribuciones provenientes de la naturaleza, de las influencias humanas difusas o del azar. La mayor referencia a la conducción explica, también, el deseo de introducir constituciones formales desarrollado a partir del siglo XVIII.

En cuanto a la misma dimensión **sociológica**, la constitución cultural puede dar más despliegue al poder, valor propio de los repartos autoritarios, o a la cooperación, valor inherente a los repartos autónomos; a la previsibilidad, valor que realiza el plan de gobierno cuando está en marcha, o a la solidaridad, valor que se satisface en la ejemplaridad. Fue también el incremento de la proyección a la planificación gubernamental –sobre todo para reemplazar en breve tiempo a las constituciones consuetudinarias– uno de los motivos de la elaboración de constituciones formales. Esto es notorio, por ejemplo, en la excepción planificadora de la constitución formal norteamericana, pese a la pertenencia del país al sistema relativamente consuetudinario de la "familia" jurídica anglosajona. La vocación conductora y planificadora que se desarrolló sobre todo en la Edad Contemporánea explica en mucho que las constituciones culturales requirieran más constituciones formales.

En cuanto a la dimensión **normológica**, cabe reconocer sobre todo si la constitución cultural recibe los valores de fidelidad y exactitud. Las normas son fieles cuando expresan con acierto el contenido de la voluntad de sus autores (repartidores) y el ordenamiento normativo es fiel cuando expresa con acierto el contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. Unas y otro realizan el valor exactitud cuando se cumplen. Ambos valores, fidelidad y exactitud, son importantes en las decisiones acerca de cuáles formalizaciones han de producirse y cuáles no. Así, por ejemplo, según reconozca o desconozca el valor exactitud la constitución cultural tendrá a impedir o promover el dictado de normas "espectáculo", que sobre todo se emiten para ser "vistas", pero no para ser cumplidas.

Las diferencias en las constituciones materiales y culturales respectivas explican –por ejemplo– que, si bien la constitución formal argentina fue elaborada siguiendo en mucho el modelo de la constitución norteamericana (4), la vida en uno y otro país siguió cauces muy diferentes. Los autores ar-

(4) Puede v. ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", en "Obras Escogidas", Bs. As., 1952, t. I, págs. 9 y ss., asimismo c. otras obras de la citada selección.

gentinos de la recepción del modelo constitucional formal norteamericano, de carácter demoliberal, pensaron en trasplantar una constitución cultural acorde de estilo predominantemente sajón o francés, trayendo inmigrantes de las áreas respectivas, pero en cambio sólo lograron el ingreso de mayorías de inmigrantes italianos y españoles, con fuertes tradiciones políticas autoritarias. El sentido utilitario de la cultura anglosajona no llegó a imponerse en Argentina. Sin abrir juicio sobre el grado de conciencia histórica que lo acompañe, es notorio que en cambio Argentina vive hoy un fuerte intento de transformar la constitución cultural, introduciendo el espíritu utilitario de la economía de mercado que haría más viable lo establecido en el proyecto demoliberal de la constitución formal.

Pese a contar con una constitución formal largamente vigente, Argentina ha tenido –como muchos otros países latinoamericanos– una constitución cultural “escindida”, en la que han coexistido el sector cultural “hispánico-tradicional”, más comunitario y paternalista, y el sector anglofrancesado, más individualista y abstencionista. Estas características de la constitución cultural argentina han impedido, en diversos aspectos, el funcionamiento de la constitución formal. Es más, los valores del sector “hispánico tradicional” y sobre todo la escisión cultural han dado al estado fuertes rasgos “prehobessianos” (5). Sin embargo, podría entenderse que en nuestros días, en base a un cambio de actitud de un gobierno surgido del sector “hispánico tradicional”, la constitución cultural argentina está en ciertas vías de unificación (6).

- (5) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.; “Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina”; en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nro. 12, págs. 29 y ss.; “La philosophie du droit en Argentine depuis 1945”, en “Archives de philosophie du droit”, t. 34, págs. 211 y ss..
- (6) Uno de los precursores de la idea de constitución cultural decía: “El Estado es la realidad de la Idea ética; es el Espíritu ético en cuanto voluntad patente, clara por sí misma, sustancial, que se piensa y se conoce, y que cumple lo que él sabe y cómo lo sabe”. (v. HEGEL, Guillermo Federico, “Filosofía del Derecho”, trad. Angélica Mendoza de Montero/Francisco Messineo, 3a. ed., Bs. As., Claridad, 1944, págs. 210, parág. 257).
El reconocimiento de la constitución cultural no significa caer en las exageraciones en que a veces se incurre en la defensa de la identidad cultural.
Comprender nuestras constituciones culturales y sus rasgos frecuentemente comunes es una de las tareas importantes de la Filosofía del Derecho Constitucional latinoamericana.

LA POSIBILIDAD DE LA “CONVERSIÓN”, EXIGENCIA MINIMA PARA EL HUMANISMO DE UN REGIMEN

*“Lo hago por la misión que Dios me ha dado
al enviarme como sacerdote de Cristo Jesús
entre los paganos para dedicarme
al servicio de la buena nueva de Dios”:
(SAN PABLO, “Carta a los Romanos,”
15, 15-16).*

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

Aunque todo régimen encauza y limita de múltiples maneras la realización de los valores, un rasgo imprescindible para que sea humanista es la posibilidad que brinde de renunciar a lo que uno es y en especial a lo que uno cree, adaptándose a sus exigencias, o sea la posibilidad de “conversión”. Pese a que el hombre se desarrolla a través de la realización de múltiples valores particulares que lo individualizan, sobre la base de la común realización del valor humanidad (1), la posibilidad de conversión es la garantía última de que cambiando esos valores particulares o por lo menos el estíno de su realización, según sea necesario, podrá entrar en el marco de satisfacción del régimen y continuar realizando otros valores, mínimamente el valor humanidad.

La posibilidad de la conversión muestra, mediante la “variación” de los casos, si lo que se jerarquiza en otros hombres es su realización particular de los valores o hay una diferenciación de niveles referida al mismo valor humanidad, que en principio es más igualitario. En las relaciones entre los demás valores, y en especial la verdad, con la justicia y la humanidad, la conversión tiene, en sentido negativo, una función análoga a la significación que en la vinculación entre la verdad con la justicia y la humanidad posee en sentido positivo la tolerancia. En la tolerancia, pese a creer en las posibilidades de la verdad y de su transmisión, se admite la propaganda de todas las ideas para que el hombre pueda realizar con mayor justicia su humanidad, optando por las verdades de razón o de fe. La tolerancia asegura, más allá de la verdad, la dignidad de la persona en términos de justicia y de humanidad. Por su parte, la posibilidad de la conversión permite que, más allá de los valores particulares, subsista un mínimo de justicia como viabilidad de realización de otros valores y perdure el valor humanidad. En diversos alcances y grados la tolerancia y la posibilidad de conversión protegen al hombre y su humanidad contra los requerimientos de otros valores, sean éstos verdaderos pero falsificados o lisa y llanamente falsos. Se trata, en definitiva, de reconocer cuáles son las condiciones para la “no beligerancia” que, en principio, deberían ser la mera realización del valor humanidad. De cierto modo, podría afirmarse que un “derecho humano” último, del que poco se habla porque queda frecuentemente oculto por el brillo de los otros derechos, es el derecho a la conversión (3).

(*) Investigador del CONICET.

- (1) El valor humanidad es el deber ser cabal de nuestro ser (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, esp. págs. 100 y ss.).
- (2) Urge investigar no sólo lo que es justo, sino también los niveles de la injusticia (que significan, a la inversa, grados diversos de “justicia”).
- (3) Se trata de una manifestación del “derecho al sacrificio”. Es obvio que el derecho mínimo a la no beligerancia no debe ocultar el derecho máximo a la paz.

En la significación del derecho a la conversión se evidencia la inferioridad que, pese a la común desviación autoritaria, tiene el racismo frente al clasismo. Con muchas dificultades, un hombre puede renunciar, por lo menos de manera relativa, a su clase, sobre todo si se trata de descender en la jerarquía social; en cambio no es posible renunciar a la raza. De aquí, también, la inferioridad de las religiones que no admiten la conversión hacia su propio seno, pese a la propaganda muchas veces desmesurada que se hace a favor de sus intereses. Tanto el racismo como esas religiones cerradas que se consideran constituidas por elegidos son profundamente antihumanistas. En el reconocimiento de la posibilidad de conversión encuentra una de sus demostraciones el carácter antihumanista de las penas “irreversibles”, encabezadas por la llamada “pena de muerte”.

LOS INTERESES Y SUS SIGNIFICADOS JUSFILOSOFICOS (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

I. Verdades culturales y “contraculturales”

1. El conocimiento satisface siempre el valor relativo saber, que le es inherente, pero puede coadyuvar o no a la realización de otros valores, sean éstos jurídicos, como el poder, la cooperación, el orden o la justicia, o metajurídicos, como la utilidad, la belleza, la santidad, etc., culminando en su relación con el más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Sólo cuando es en definitiva valioso, el conocimiento es verdad (1). Aunque con frecuencia el valor verdad ha sido enjuiciado negativamente, en realidad todo juicio adverso debe referirse, en su caso, al conocimiento y al saber, pues si esa valoración es correcta no se ha realizado la verdad.

La verdad es una categoría “pantónoma” (*pan* = todo; *nomos* = ley que gobierna), de modo que para saber plenamente que la realizamos deberíamos referirla a la totalidad del universo. Como este alcance nos es inabordable, sólo la satisfacemos de manera “fraccionada”, con cortes que nos brindan certeza, aunque constantemente el valor nos está exigiendo su “desfraccionamiento”.

Por la interrelación con los otros valores, la verdad que se maneja en un medio es una perspectiva de su cultura en general. Los desfraccionamientos que desarrollan las líneas de valor ya consagradas son más estrictamente “culturales”, pero a menudo los avances de la verdad requieren desfraccionamientos opuestos, que son “contraculturales”. A veces la verdad avanza con el apoyo de sus realizaciones ya logradas y de los otros valores, y en otros casos lo hace con la oposición de estos últimos. Sin embargo, en su conjunto necesita despliegues culturales y contraculturales. Es ilegítimo deslumbrarse con unos u otros.

Las posibilidades de realización de la verdad son mayores o menores según sea “cultural” o “contracultural”. Son más difíciles las verdades que denuncian las falsificaciones del poder, de la cooperación, del orden, de la justicia, de la utilidad, etc., y, sobre todo, las que evidencian las falsificaciones del valor humanidad, o sea, las que desmystifican la imagen desviada que el hombre tiene de sí mismo.

Urge evitar el engaño, frecuente en nuestro tiempo, de que sólo son valiosas las verdades contraculturales e incluso, por el contrario, a veces ellas surgen de sistemas que en su conjunto son falsos. Sin embargo, hay que reconocer, en su debida medida, el aporte que ellas realizan para el desfraccionamiento del valor y hay que apreciar que, con alguna frecuencia, provienen de una fuerte virtud no sólo intelectual, sino también moral de realización de la verdad (2). Suelen ser así especialmente apreciables los aportes de los pensadores “de vanguardia”.

(*) A la memoria de Lucía Caldani de Ciuro y Miguel Ciuro, por su vocación por la verdad.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la U.N.R., Nros. 2/3, págs. 89 y ss.; “La justice et la vérité dans le monde juridique”, en “Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie”, Vol. 1983, LXIX, Heft 4, págs. 446 y ss.; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 76 y ss.

(2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed. 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1986, págs. 389/390.

En la perspectiva contracultural cabe destacar la grandeza de quienes, en la línea de Copérnico y Galileo, contribuyen a revelar la realidad del mundo natural. Sin embargo, son especialmente valorables los méritos de quienes, como Trasímaco o Kalliklés, a las maneras de Sócrates, Arístipo, Diógenes o Epicuro, en los modos de Maquiavelo y Hobbes, en las líneas de Bentham, Proudhon, Marx o Nietzsche o por las sendas de Freud, Schmitt, Marcuse o Foucault contribuyen, a través de las épocas y con sentidos diversos, a desmisticificar la condición humana, aunque sea mediante exageraciones.

Casi todos estos realizadores de la verdad contracultural han sido empequeñecidos por el fanatismo de sus seguidores y algunos han sido ya asumidos por el complejo de valores de la sociedad, o sea, han sido culturalizados, a veces –como Freud– incluso en sus dimensiones falsas. No obstante, todos contribuyeron, con alcances distintos, al desfraccionamiento de la verdad iluminando perspectivas de la realidad humana profundamente disimuladas. Incluso varios como Trasímaco, Kalliklés, Maquiavelo, Hobbes, Nietzsche y Schmitt, señalaron aspectos de nuestro ser que a menudo los hombres portámos en ocultar: algunos son, así, aún contraculturales.

Aunque sea una aparente paradoja cabe señalar también que, en el sentido contracultural de la posibilidad del hombre de parecerse a la perfección divina, radica uno de los mayores títulos de grandeza permanentes del cristianismo. En el cristianismo quedó planteada la más grande integración, pero a su vez el más grande y constante desgarramiento de la verdad y de la cultura que puede imaginarse (3).

A través de la permanente necesidad de desfraccionamiento contracultural de la verdad, se advierte una de las perspectivas que deben estimarse en las culturas diversas de la propia. A menudo ellas permiten apreciar valores y sobre todo rasgos de humanidad que nuestra cultura no tiene suficientemente conocidos. Este es uno de los puntos de vista en que deberían ser valorados los pueblos marginados, sumergidos sin embargo, con frecuencia, en la alternativa de la inauténticidad al servicio de las culturas dominantes o la frustración (4).

La realización de los valores jurídicos, que culminan en la justicia, exige una amplia coadyuvancia con el valor verdad (5) y el mérito de una doctrina jurídica depende en mucho de su aptitud para dar cuenta, sin desbordes, del despliegue cultural y contracultural de la verdad. Al respecto, sin embargo, la atención a las verdades contraculturales suele poseer especial significación, porque a través de ellas pueden ponerse en evidencia muchos valores falsificados o lisa y llanamente falsos.

Entre esas verdades contraculturales ocupa un lugar destacado la lucha por los intereses y por el poder que se procura en mucho a su servicio. Pese a su importancia, esa lucha suele ocultarse, por ejemplo, bajo las ilusiones de la democracia y la república presentadas más allá de sus realizaciones verdaderas. No es necesario participar de las radicalizaciones del utilitarismo, el clasismo, el realismo jurídico o la filosofía crítica para advertir que se trata de una de las verdades que suelen cubrirse bajo el manto de la hipocresía. Sólo revelándola, incluso en sus consecuencias, es posible controlarla y elevarla, en cuanto corresponda, al logro de causas más elevadas.

El ocultamiento del juego de los intereses y el poder altera muchas de las perspectivas de la vida del Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico (6) está en excelentes condiciones para dar cuenta de esas desviaciones sin quedar encandilada por ellas al punto de convertirlas en el tema central de sus investigaciones.

(3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1991, págs. 148 y ss..

(4) Esto es lo que sucede incluso con nuestro país.

(5) V. nota 1.

(6) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; también CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

II. Los intereses en el mundo jurídico

2. La teoría trialista del mundo jurídico sostiene que el Derecho es un conjunto de repartos captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia. Los repartos son adjudicaciones de potencia e impotencia promovidas por la conducta de seres humanos determinables y la conducta responde a intereses. Al final se decide siempre lo que interesa decidir, sea el interés egoísta o altruista, legal o ilegal, legítimo o ilegítimo.

La potencia es lo que favorece al ser y, respecto de los seres vivos, lo que favorece la vida; la impotencia es, en cambio, lo que los perjudica. Potencia e interés no son identificables, pues la potencia se refiere a la integridad de la vida, con referencia plena a los valores que podemos realizar, y el interés, pese a no ser sólo material, se limita más a ser una proyección utilitaria (7). Sin embargo, es notorio que las potencias "interesan" a los recipientes. Reconocer que el Derecho se constituye con repartos de potencia e impotencia es, de cierto modo, entender que se constituye con repartos que afectan a los intereses de los recipientes. Como la propia multivocidad del término "interés" lo manifiesta, el interés es el valor que en sí tiene una cosa pero también lo que a uno le conviene. El predominio de los intereses egoístas o altruistas, que beneficia más al repartidor o a los otros, depende de cada ser humano en cada adjudicación, pero escapa a los marcos de este estudio.

Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos. Los repartos autoritarios pueden alcanzarse por los caminos previos extremos del proceso, caracterizado por la audiencia de los interesados, o la mera imposición. Los repartos autónomos pueden alcanzarse por las sendas previas extremas de la negociación, identificada por la audiencia entre los interesados, y la mera adhesión. El proceso y la negociación se caracterizan por la audiencia de los interesados, pero esta audiencia debe ser real y no se logra con meras formalidades. Depende, en mucho, de que los intereses a escuchar penetren en los intereses de quienes deben escucharlos.

El carácter a veces discrepante de los intereses de los repartidores y los demás miembros de la sociedad conduce a la necesidad de distinguir los móviles de dichos repartidores, las razones que alegan y las razones que en su caso atribuye la sociedad a las referidas adjudicaciones. Para comprender acabadamente un reparto hay que conocer los móviles de sus autores atendiendo para esto a sus intereses. Las razones alegadas suelen tratar de mostrar que se ha atendido a los intereses de sus destinatarios, aunque hay que estar en guardia contra el caer prisionero de ellas, pues a menudo no son sólo falsas, sino opuestas a los intereses que alegan. El lenguaje de las razones alegadas es con frecuencia la máscara engañosa que cubre los intereses de sus autores. Las razones sociales se refieren, en definitiva, a la fundamentación de la adjudicación de las potencias e impotencias, pero valoran también la legitimidad del trato dado a los intereses en juego.

Los repartos autoritarios, desenvueltos al hilo de la imposición, realizan el valor poder, los repartos autónomos, desarrollados por acuerdo de los interesados, realizan el valor cooperación. Como los hombres nos movemos al hilo de la búsqueda de satisfacer nuestros intereses, en mucho optamos por la cooperación o por el poder según convenga a los mismos. Dado que el poder suele brindarnos más posibilidades de satisfacción, en la medida que nos es factible elegimos los repartos autoritarios, pese a que, como el ocultamiento de la satisfacción suele aumentar sus posibilidades, tratamos de presentar en cuanto sea conveniente la realización de un reparto autónomo. La lucha por el poder y las relaciones diferenciadas "amigo-enemigo" son realidades básicas no excluyentes que hay que tener en cuenta para la comprensión del fenómeno jurídico.

Los repartos se ordenan verticalmente, según un plan de gobierno en marcha que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, u horizontalmente, conforme a la ejemplaridad, que se desarrolla según el esquema modelo y seguimiento promovido por la razonabilidad y satisface el valor solidaridad. El despliegue de los dos modos constitutivos del orden de repartos se produce en mucho, según el juego de los intereses, de modo que habrá previsibilidad o solidaridad conforme corresponda a los mismos. Para saber por anticipado qué ha de ocurrir y para reconocer los seguimientos hay que atender a los intereses en juego.

(7) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La noción de potencia y la integración del Derecho en la vida", en "El Derecho", 9/II/1990, t. 136, págs. 955 y ss. Por razones análogas también difiere la noción de potencia respecto de las de mero beneficio y de satisfacción.

La voluntad repartidora puede tropezar con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, que asimismo se vinculan con los intereses. Tanto las inclinaciones psíquicas del individuo como las tendencias socio-políticas y socio-económicas que pueden limitar los repartos suelen responder a intereses. Además cuando los intereses son vitales, llegan a imponer el replanteo de los repartos de futuro. En el paradójico desconocimiento de la importancia permanente de los intereses, no sólo de clases sino individuales, se origina en mucho el fracaso del ensayo soviético.

3. Por ser captaciones lógicas de los repartos, las normas reflejan intereses. A raíz de la tendencia a ocultar el juego de los intereses, a veces las normas son meros "espectáculos", o sea se dictan sin el propósito de que sean cumplidas, y en otros casos, por los límites necesarios de los repartos, son por lo menos inexactas, es decir, no llegan a cumplirse. Cuando las normas son generales por su antecedente – o sea están referidas a sectores sociales futuros, pretendiendo realizar el valor predecibilidad – no pueden afectar intereses vitales sin que, si es posible, sean replanteadas. Este replanteo puede hacerse por los propios autores, v. gr. los legisladores, con miras a una reforma, o por los encargados del funcionamiento, por ejemplo los jueces, actuando de manera vicaria respecto de los autores.

El funcionamiento de las normas, constituido principalmente por las tareas de interpretación, determinación, elaboración y aplicación, se produce en el curso del juego de los intereses. El trialismo sostiene que el intérprete debe expresar la auténtica voluntad del o los autores de la norma y, para averiguarla, ha de considerar cuáles son los intereses en juego y cuáles son los preferidos, aprovechando al respecto las enseñanzas de la escuela de Tubinga. Según la teoría trialista, sólo en la etapa de la elaboración debe enjuiciarse la voluntad del o los autores de la norma para saber si corresponde producir una "carencia dikelógica", pero es mérito inmarcesible de la teoría "pura" del derecho haber iluminado, superando a las ilusiones de la exégesis, cómo en realidad proceden a menudo los encargados del funcionamiento. A fin de evitar pronunciarse abiertamente contra la voluntad de los autores de las normas, obran como si dicha voluntad les dejara un marco de posibilidades, dentro del cual eligen una según los intereses que prefieren, en un campo dentro del cual también está el propio interés. Lo que sólo debe ser excepcional, en caso de indeterminación, se convierte así en regla. La elaboración, que debería hacerse sobre todo en términos de justicia, está en este sentido sometida a menudo al filtro de la utilidad. En definitiva, el encargado del funcionamiento suele producir, más que una "carencia dikelógica", una carencia utilitaria y al concretar la tarea específica de elaboración suele inclinarse también por los intereses que prefiere.

Pese a las críticas que ha recibido, la teoría de Ihering de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido es otra muestra de la profunda presencia del interés en la vida del Derecho.

4. La teoría trialista del mundo jurídico señala que el valor supremo del derecho es la justicia, no la utilidad en la que se satisfacen las necesidades y los intereses.

La utilidad es, en cambio, el valor culminante de la economía. El desarrollo producido en la teoría trialista ha reconocido que entre los valores pueden presentarse relaciones de coadyuvancia o de oposición. En las primeras, pueden suceder vinculaciones legítimas de sentido vertical, de contribución, o de sentido horizontal, de integración. A su vez, las relaciones de oposición pueden ser legítimas, por sustitución, o ilegítimas, por secuestro. En este último caso, pueden tener sentido ascendente, es decir, subversivo, descendente, o sea inversor, u horizontal, es decir de arrogación del material estimativo de un valor por otro (8). Entre la justicia y la utilidad, valores que en principio pueden considerarse del mismo nivel, importan sobre todo las vinculaciones de integración o de arrogación. En consecuencia, también los intereses pueden ser resueltos con integración entre ambos valores o en arrogación. El juego de los intereses puede coadyuvar para que haya justicia o, por el contrario, puede atribuirse, con sentido más utilitario, el lugar que corresponde a la justicia.

El trialismo reconoce que los valores pueden realizarse por virtud moral o sea por adhesión a ellos, o por virtud meramente intelectual, cuando se los procura por intereses diversos. Cabe reconocer, al respecto, que quizás en la mayoría de los casos la justicia se concreta por intereses diversos a su propia realización o sea sólo con virtud intelectual. La justicia es una categoría "pantónoma" (pan = todo; nomos = ley que gobierna), referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futu-

(8) Es posible v. CIURO CALDANI, "Estudios de Filosofía . ." cit., t. II, 1984, págs. 16 y ss.

ras, que sólo podemos abarcar mediante fraccionamientos. Poco esfuerzo es necesario para advertir que a menudo los fraccionamientos y los desfraccionamientos de la justicia se producen por el juego de los intereses. Se toma en cuenta lo que interesa tomar, aunque, repitámoslo, esa consideración puede ser ampliamente altruista.

El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona, pero esa esfera de libertad puede ser comprendida, en cierto aspecto, como un ámbito para la satisfacción de sus intereses. Es imposible pensar la justicia sin tomar en cuenta los requerimientos de los otros valores, incluyendo la utilidad. Por otra parte, el otorgamiento de la esfera de libertad para la personalización depende, en mucho, del conjunto de los intereses obrantes en los casos.

A la luz del juego de los intereses deben limitarse los alcances de todas las aristocracias y puede advertirse una aristocracia específica, como una superioridad moral, científica o técnica respecto de los intereses. Urge estar en guardia, por ejemplo, contra la ilusión de que, por saber más acerca de la justicia, alguien sea más justo en el manejo de los intereses. De aquí la justicia de que en muchos casos repartan los propios interesados autónomamente. La superioridad moral, científica y técnica en el manejo de los intereses califica de modo considerable la aristocracia del jurista.

En términos de justicia, la adjudicación de las potencias e impotencias se legitima en base a los merecimientos y los desmerecimientos (9). Estos difieren de las necesidades a las que, en sentido utilitario, se refieren los intereses. Sin embargo, el logro de los merecimientos depende de manera considerable de los intereses y al fin las potencias e impotencias –principalmente recompensas y castigos se otorgan en mucho por el juego de los intereses.

Para que un régimen sea justo debe ser humanista, o sea, ha de tomar al hombre como fin y no como medio, pero la realización del humanismo depende de que el individuo sea protegido contra los demás, como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). Esta protección se basa, en ciertos aspectos, en la existencia de un régimen fuerte y, en otros, en que el régimen no sea demasiado fuerte; lo último se logra a través de la escisión del poder y de sus desmembraciones territoriales y funcionales. La fuerza del régimen y su debilitamiento dependen, a su vez, de la confluencia o la oposición de los intereses. La célebre división de poderes no se obtiene con meras formalidades, sino a través de su constitución con intereses opuestos.

5. Hay ramas jurídicas en las que el juego de los intereses es más puesto en evidencia, y entre ellas se destacan el Derecho Privado en general y el Derecho Comercial en especial. En otros casos, ese juego es cubierto, frecuentemente encubierto, por ideologías de mayor o menor vuelo, como suele ocurrir en el Derecho Público en general, y en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional Público en especial. Aquí la “distancia” entre los repartidores y parte de sus recipientes da pie para el juego propio de las razones alegadas, y el carácter frecuentemente vital de las cuestiones hace que a menudo sean repensadas para resolverlas según convenga.

6. En el mundo político en general, el derecho constituye una rama que puede denominarse política jurídica. A su vez, los intereses son tema de especial significación en la política económica, pero lo expuesto precedentemente muestra la interrelación existente entre política jurídica y política económica (10).

7. El juego de los intereses no es tema central ni específico de la ciencia jurídica, mas su consideración resulta imprescindible para que ésta pueda desarrollarse en términos de verdad. La verdad, por contracultural y dura que sea, es uno de los mejores homenajes que podemos hacer a nuestros semejantes.

(9) Puede v. CIURO CALDANI, “Estudios Jusfilosóficos” cit., págs. 133 y ss..

(10) La intervención de los intereses como uno de los motores de la historia permitió a Ihering afirmar en “El espíritu del Derecho Romano” que la historia de ese Derecho comprueba su progreso correlativo con ellos (v. IHERING, R. von, “El espíritu del Derecho Romano”, trad. Enrique Príncipe y Satorres, 5a. tirada, Madrid, Bailly-Baillière, t. IV, págs. 353 y ss. - párrafo 70-).

NOTA SOBRE LA PERSPECTIVA AXIOLOGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI

1. Entre los diversos puntos de vista con que se pueden considerar los derechos humanos uno que nos parece especialmente significativo es el de su referencia al **valor humanidad** o sea al deber ser cabal de nuestro ser (1). El ser lleva siempre en sí la posibilidad de su perfección y en el caso del hombre la integridad de su perfección puede denominarse “valor humanidad”. Este valor, como todos los otros a nuestro alcance, se refiere a las diversas circunstancias en que nos encontramos y se concreta, en parte, a través de todos los otros valores parciales, de justicia, belleza, verdad, utilidad, orden, poder, etc., de dentro y fuera del Derecho.

Los derechos humanos pueden ser comprendidos como derechos que surgen, por sobre todas las referencias específicas a los otros valores, del mismo valor humanidad. Si bien tienen una consagración en el valor justicia, en realidad éste los reconoce porque corresponden a la **jerarquía humana** de sus titulares. Son inherentes a la **dignidad** del hombre, aunque ella no debe ser atada a caracteres de universalidad y eternidad, que están lejos de poder ser probados satisfactoriamente. No son derechos surgidos de las realizaciones de los otros valores, como ser derechos por la justicia, la belleza, la verdad, la utilidad, etc., sino derechos “a” la justicia, la belleza, la verdad, la utilidad, etc. y en definitiva derechos a la humanidad. Si cada valor por su deber ser tiende a generar derechos, lo propio ocurre notoriamente con la humanidad. Se trata, de cierto modo, del crédito básico que corresponde a cada ser humano, por su condición de tal, con relativa preseñencia de los valores particulares que haya realizado e incluso, en definitiva, que llegue a realizar.

A la luz de la referencia al valor básico humanidad se comprende mejor la función “crítica” y “dinamizadora” que los derechos humanos suelen significar respecto del complejo de la cultura consagrada. Los derechos humanos son, de manera especialmente notoria, los derechos de quienes desde las perspectivas de los otros valores resultarían “desvaliosos”; en la vida cultural, los derechos de los marginales.

Si bien no hay que caer en un humanismo exagerado que “invierta” el valor humanidad falsificado contra los otros valores, tampoco hay que admitir que los otros valores, también falsificados, se “subvientan” contra el valor humanidad (2). El tema de los derechos humanos, correctamente planteado, no absorbe todo el complejo dinámico de los valores del Derecho y de la cultura, pero es imprescindible para que la realidad jurídica y cultural del hombre se desarrolle plenamente, en suma, para que alcance su deber ser integral. El descubrimiento de los derechos humanos, desarrollado en nuestro tiempo, constituye uno de los aportes más significativos que se han hecho para comprender la **dinámica axiológica** de la vida.

2. El estudio de los derechos humanos no puede sustituir a la Filosofía del Derecho, mas constituye uno de sus temas principales (3). Como todo tema del mundo jurídico debe ser estudiado de ma-

(*) Para una reunión de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 100 y ss..

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 16 y ss..

(3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Los derechos humanos en el trialismo”, en “El Derecho”, 16-11-1988, t. 129, págs. 955 y ss..

nera integral, desde el punto de vista del Derecho positivo y desde el punto de vista axiológico supra-positivo. En términos de la teoría **trialista** del mundo jurídico decimos: desde las dimensiones **sociológico, normológico y dikelógica**, guardando el orden que corresponda al tipo de planteo efectuado (4). Sólo así pueden salvarse los riesgos de las concepciones “infradimensionalistas” y de los tridimensionalismos no debidamente integrados, que suelen conducir a la cristalización o la disolución de los temas (5).

- (4) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed. 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, obras citadas. El orden de la consideración de las dimensiones varía, por ejemplo, según se trate de planteos más filosóficos o jurídicos.
- (5) Respecto de los fundamentos de los derechos humanos, v. por ej. BIDART CAMPOS, Germán, “Teoría general de los derechos humanos”, 2a. ed., Bs. As., Astrea, 1991, págs. 83 y ss.; conjuntamente con Daniel E. HERRENDORF, “Principios de Derechos Humanos y Garantías”, Bs. As., Ediar, 1991, págs. 155 y ss.; “Constitución y derechos humanos”, Bs. As., Ediar, 1991, págs. 133 y ss.; NINO, Carlos Santiago, “Ética y derechos humanos”, Bs. As. - Barcelona - México, Paidós, 1984, págs. 21 y ss.; FERNANDEZ, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en “Anuario de Derechos Humanos”, Universidad Complutense, 1981, págs. 73 y ss..

PERSPECTIVAS TRIALISTAS DE LA CRITICA Y DEL DERECHO NATURAL (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

Hace casi cuatro décadas Werner Goldschmidt produjo una excelente sistematización de las corrientes jusnaturalistas que todavía conserva actualidad (1). Sin embargo, con posterioridad se incrementó el desarrollo de los planteos “críticos” acerca del derecho y el propio Goldschmidt fundó la teoría trialista del mundo jurídico, novedades con las que pueden agregarse otras perspectivas que enriquecen la sistematización entonces elaborada (2). Entre estas perspectivas, nos referiremos al reconocimiento de la existencia de valores naturales y fabricados, a las relaciones entre valores y a la distinción entre valoraciones completas y criterios generales orientadores, que son temas de la Parte General de la Jurística Dikelógica; abordaremos el fraccionamiento y el desfraccionamiento de la justicia, que corresponden a la Axiología Dikelógica, y trataremos las adjudicaciones desde los puntos de vista de la justicia de su origen y de su contenido, cuestiones que integran la Axiosofía Dikelógica.

a) Los valores naturales y los valores fabricados

La teoría trialista del mundo jurídico reconoce la existencia de valores naturales, cuyo deber ser existe con independencia de lo que los hombres sostengamos, y valores fabricados, que nacen de un deber ser establecido por los seres humanos (3). Esta distinción permite sistematizar las corrientes partidarias de la existencia del Derecho Natural y las corrientes que pueden denominarse sólo “críticas”, identificables respectivamente por sus referencias a los valores naturales y a los valores fabricados (4). Sin embargo, en tanto el planteo crítico pretenda apoyarse al fin, como con frecuencia ocurre, en un “deber ser” natural, no puesto por el hombre, la diferencia entre él y el Derecho Natural desaparece. Así sucede, por ejemplo, si se afirma que el Derecho Positivo “debe” someterse a los criterios democráticos porque esto “es” valioso. Una aseveración de este tipo es, en este sentido, de Derecho Natural, aunque se diferencie del “Derecho” natural tradicional en otros aspectos y las estrategias ideológicas lleven a negarlo. En esta perspectiva el trialismo es una posición superadora que, si bien sostiene la existencia del Derecho Natural, reconoce también ampliamente los valores fabricados a los que se remiten las posiciones “críticas” (5).

(*) Notas para el estudio en una reunión de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la U.N.R..

A la memoria del profesor Werner Goldschmidt, con gratitud. A los doctores Mario E. Chaumet, Alejandro A. Menicocci y Alfredo M. Soto y al señor Luis A. Rateni, docentes de la Cátedra, con esperanza.

(**) Investigador del CONICET.

(1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Filosofía, Historia y Derecho”, Bs. As., Abeledo, 1953, págs. 143 y ss.; “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma págs. 481 y ss.

(2) V. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit.; además puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

(3) V. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 372 y ss.

(4) Acerca del Derecho Natural, v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 382 y ss.; COING, Helmut, “Fundamentos de Filosofía del Derecho”, trad. Juan Manuel Mauri, Barcelona, Ariel, 1961, págs. 162 y ss.; LARENZ, Karl, “Metodología de la ciencia del Derecho”, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, v. gr. págs. 141 y ss.; respecto del planteo crítico, v. por ej. DIAZ, Elías, “La sociedad entre el derecho y la justicia”, Barcelona, Salvat, 1982.

(5) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 16 y ss.

b) Las relaciones de coadyuvancia o de oposición entre valores

El desarrollo producido en la teoría trialista del mundo jurídico ha permitido reconocer relaciones de coadyuvancia y de oposición entre valores. La coadyuvancia puede producirse en sentido vertical, por contribución, cuando los valores superiores y los inferiores se auxilan por las vías ascendente o descendente, o en sentido horizontal, por integración, cuando valores del mismo nivel se apoyan entre sí. La oposición puede suceder por sustitución o por secuestro del material estimativo de un valor por otro, resultando en este último caso reconocibles la subversión de los valores inferiores contra los superiores, la inversión de los valores superiores contra los inferiores y la arrogación del material estimativo de un valor por otro del mismo nivel (6). En general, hay corrientes que plantean principalmente relaciones de coadyuvancia, como suele predominar en el Derecho Natural y, en cambio, otras dan más despliegue a la denuncia de las relaciones de secuestro y asumen un carácter más “crítico”.

En definitiva, todos los valores, quizás con la sola excepción de la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), pueden ser considerados en sus perspectivas de valor propiamente dicho o de “desvalor”, cuando se presentan falsificados. De aquí que las posiciones críticas hagan predominar este último sentido en la denuncia de lo que consideran desbordes axiológicos y de aquí también que con especial frecuencia se remonten al valor humanidad. Tal vez, no sea por azar que, desprovista de las referencias de alto nivel de la verdad, la justicia y el amor, la crítica de Nietzsche se exaltara en términos de “superhumanidad”. El trialismo es, también en este sentido, una posición superadora que reconoce en sus debidos alcances al Derecho Natural y a la crítica.

c) La distinción de las valoraciones completas y los criterios generales de valor

La teoría trialista del mundo jurídico reconoce tres despliegues del valor: la valencia, que es su deber ser ideal puro; la valoración, que surge cuando el valor se proyecta a su material estimativo y genera el deber ser ideal aplicado y la orientación, que se desarrolla mediante criterios generales que ayudan en las valoraciones. Las corrientes sostenedoras del Derecho Natural se diferencian según su mayor apego a los criterios generales o a las valoraciones, conforme sigan las perspectivas platónica y estoica o aristotélica (7). Sobre todo en cuanto utilizan criterios generales les corresponde el empleo de la noción de “ley”. En este sentido, cabe afirmar que el marxismo ortodoxo es profundamente afín al Derecho Natural de orientación platonizante y “legalista”. En cambio, la preeminencia de las valoraciones lleva a jerarquizar las posiciones que pueden denominarse “críticas”.

En esta perspectiva el trialismo es un “criticismo” diferente, como tal, de las corrientes jusnaturalistas, pero es un criticismo que puede dar cuenta de los marcos legítimos del Derecho Natural. Cabe recordar que con significado parcialmente coincidente Goldschmidt lo llamó “criticismo jusnaturalista”. Con el primer término expresaba que no da directamente las soluciones mediante criterios generales, sino supone soluciones propuestas a las que valora, criticándolas como justas o injustas. Con el segundo vocablo indicaba que cada valoración es objetiva, es decir relativa a la situación planteada cuya solución se busca, mas absoluta, por ser independiente de la subjetividad de quien valora porque se remite nítidamente a valores naturales (8).

ch) El fraccionamiento y el desfraccionamiento de la justicia

La justicia es una categoría “pantónoma” (pan = todo; nomos = ley que gobierna), referida en el Derecho a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como esa pantomía nos es inabordable, porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, debemos fraccionar sus influencias cuando no podemos saber o hacer más (9). Las doctrinas del Derecho Natural y las de carácter crítico pueden ser sistematizadas al respecto según su carácter más “local” y fraccionador, de manera que pueden denominarse “tópicas”, y las que poseen proyección a influencias más distantes, de modo que pueden ser llamadas “utópicas”. Así, unas y otras pueden presentar “topías” o “utopías” de pasado, de

(6) Puede v. CIURO CALDANI, op. cit. t. II, 1984, págs. 16 y ss.

(7) V. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 382 y ss..

(8) V. íd., pág. 383.

(9) V. íd., págs. 401 y ss. y 390 y ss..

presente y de porvenir. Sin embargo, en general las doctrinas del Derecho Natural suelen tener más inclinación a desviarse por los caminos de la utopía, en tanto las de carácter crítico tienen a veces más tendencia a desviarse por la limitación “tópica”, ciñéndose al aquí y al ahora.

En general, las referencias a los valores naturales, a la coadyuvancia y a los criterios generales son bases más sólidas para las utopías, en tanto las remisiones a los valores fabricados, a las valoraciones completas y a cierta oposición “débil” neutralizan más esos riesgos, generando otros de extravíos de carácter tópico. Al dominar la teoría del fraccionamiento, el trialismo supera los riesgos de las posiciones “tópicas” y “utópicas”. Es más, en él se equilibran las posibilidades de vuelo utópico de la referencia a los valores naturales con la inclinación a las valoraciones completas, que agrega un ingrediente más “tópico”.

d) Las adjudicaciones, su origen y su contenido

La teoría trialista del mundo jurídico reconoce en la realidad social adjudicaciones jurídicas que son distribuciones, provenientes de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar –o sea, en definitiva, de fuerzas ajenas a la conducción humana– y repartos, que surgen de la conducta humana (10). Al estudiar estas clases de adjudicaciones diferencia, entre otros despliegues, su origen y su objeto, o sea, su contenido. En la dimensión dikelógica considera, a su vez, la justicia de dichas adjudicaciones, abordando las cuestiones ya referidas de su origen y su contenido. Los planteos con los que las doctrinas del Derecho Natural y las del pensamiento crítico superan diversamente al Derecho Positivo pueden proponer su legitimidad desde su origen y desde su contenido, a veces de manera concurrente y otras excluyente. La legitimación por el origen puede tener referencias divinas, cósmicas o humanas, planteándose en los dos primeros casos en términos de distribuciones y en el tercero en términos de repartos. La legitimación por el contenido puede referirse a diversos grandes objetos repartidores, como la vida, la libertad, la propiedad, la creación, etc..

Las doctrinas del Derecho Natural son a menudo legitimadas por su origen divino, cósmico o humano, con las respectivas caracterizaciones afines a las distribuciones, para los dos primeros casos, y a los repartos, para el tercero. En cambio, las posiciones del pensamiento crítico son por lo general legitimadas sólo por su origen humano, o sea, tienen afinidad repartidora. Los contenidos legitimantes de las doctrinas del Derecho Natural presentan un espectro más variado, en tanto los del pensamiento crítico suelen centrarse más en la libertad y en los “derechos humanos” que protegen contra el régimen. El trialismo supera las limitaciones de todas las corrientes: deja abiertas a diversas posibilidades la legitimidad por el origen y desarrolla la legitimación por lo que debe adjudicarse con una amplia diversidad de objetos repartidores.

Con extremo rigor podría decirse que las corrientes sostenedoras de un Derecho Natural legitimado sólo por su contenido se ocupan más de los justo que del Derecho Natural, porque un “derecho” supone alguna voluntad que lo establezca como tal. Sin embargo, entendemos que se trata de un “Derecho Natural” porque es el derecho que según ellas debe establecerse de manera positiva (11).

(10) V. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 48 y ss.

(11) Urge no confundir la cuestión del origen de la legitimidad con el descubrimiento de su contenido. Así no es lo mismo que un Derecho Natural se legitime por el consenso y que su contenido se descubra por el consenso real o hipotético.

Acerca de las relaciones entre lo natural y lo positivo, incluyendo el recurso al Derecho Natural que suele subyacer en los planteos consensuales, v. OLLERO TASSARA, Andrés, “La eterna rutina del positivismo jurídico”, en “Problemas de la ciencia jurídica - Estudios en homenaje al profesor Francisco Puy Muñoz”, Universidad de Santiago de Compostela, t. II, págs. 153 y ss..

Con el avance de la concepción antropocéntrica se ha incrementado el desarrollo de las posiciones críticas en cuanto a la referencia a valores fabricados, a las relaciones de oposición entre valores y a la legitimación por el origen humano y por los derechos humanos.

PRESENCIA SICILIANA EN ARGENTINA (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

I. Sicilia

1. Para comprender a Sicilia hay que tener en cuenta en primer término su posición geográfica, en el corazón del **Mediterráneo** y su clima difícil, signado por épocas de calores muy intensos (1). Sin embargo, sobre todo hay que considerar su **historia**, en mucho motivada por esa posición geográfica, que la hace prenda codiciada por todos los que pretenden dominar la región (2).

Sicilia ha sido colonizada o dominada por todos los pueblos que han protagonizado la historia de Occidente. Griegos, fenicios, cartagineses, romanos, bizantinos, árabes, normandos, alemanes, españoles, franceses e incluso ingleses se han asentado en el lugar hasta la incorporación de la isla al estado italiano. Sicilia ha sido, en mucho, el más diversificado **escenario cultural del mundo occidental**.

La comprensión del drama de ese escenario cultural exige reconocer que los protagonistas de la historia siciliana actuaron frecuentemente en calidad de **conquistadores**, relativamente ajenos a la población conquistada, y que mostraron, en tal carácter, el lado más **pequeño** de su personalidad, con mezquindades que en las áreas metropolitanas procuraban ocultar. De resultas de esas diversas ocupaciones se produjo en la isla una **acumulación de culturas de riqueza excepcional** y sus habitantes lograron una larga y riquísima **experiencia histórica** que permite hablar, al respecto, de cierta "hiperculturación" del hombre siciliano.

La historia de Sicilia es una perspectiva altamente representativa de la historia de Occidente, incluso con ciertas influencias orientales, pero así ha resultado que el hombre siciliano es un hombre **históricamente "cansado"**, con fuerte sentido de ineluctabilidad. El hombre de Sicilia, saturado por todo lo que le tocó vivir, se volvió sobre sí mismo, convirtiendo a la isla en una "**cápsula cultural**" del mundo occidental.

2. La actitud de los conquistadores provocó en Sicilia una **vacancia del estado** que, con frecuencia, fue sustituido por la **corrupción** de los gobernantes. A su vez, ésta fue acompañada, como era de esperar, por la corrupción de los propios gobernados. De resultas de esa vacancia del estado, se hizo necesario el resguardo del bien común por los gobernados, que fueron formando una especie de Derecho Público paralelo, desarrollado en términos de **solidaridad**, a veces legítima y otras ilegítima. Por el vacío de estatalidad, la práctica de la propia defensa se desbarrancó con frecuencia por las sendas de la **venganza**. Sólo teniendo en cuenta la ausencia de protección estatal que padecieron los sicilianos puede comprenderse la reacción de autodefensa solidaria, en ciertos casos extremista y vengativa, que se vieron forzados a desarrollar (3).

(*) Ideas básicas de la disertación del autor sobre "Perspectivas históricas de Sicilia en Argentina" en el I Congreso de las Asociaciones Sicilianas en Argentina y Latinoamérica, el 15 de noviembre de 1991.

Homenaje del autor a la memoria de sus abuelos sicilianos, Salvador Ciuro y María Catalda Domína de Ciuro.

(**) Investigador del CONICET.

(1) V. en relación con el tema: SAFFO, Alessandro, "Cercando la Sicilia" (con uno scritto di Nello Pappalardo), Roma, Il Fotogramma, 1989.

(2) V. por ej. FINLEY, Moses I. - MACK SMITH, Denis - DUGGAN, Christopher J. H., "Breve Storia della Sicilia", trad. Giovanna Godignola, Roma - Bari, Laterza, 1990.

(3) Puede v. ROMANO, Salvatore Francesco, "Historia de la mafia", trad. Javier Abásolo, Madrid, Alianza, 1970; también por ej. SCIASCIA, Leonardo, "A futura memoria", 2a. ed., Milano, Bompiani, 1990.

La contemplación de las pequeñeces de los sucesivos gobernantes contribuyó a hacer que los sicilianos desconfiaran al fin de todas las grandes ideologías que, en general, no encontraron cabida en la isla. Sin embargo, a través del descrédito de las ideologías los sicilianos consolidaron cierta vocación por la pregunta, que es raíz de la auténtica filosofía (4). Los sicilianos tienen apertura filosófica quizás en parte por su herencia griega, pero en mucho porque en definitiva ninguna respuesta los seduce. Tal vez desconfian de las "verdades" porque aman demasiado a la verdad. Quizás por esa desconfianza respecto de las nuevas ideas es que se aferran a sus costumbres, procurando a veces que "todo cambie para que nada cambie". Tal vez porque no reconoce superioridades ideológicas es que, al fin, cada siciliano puede llegar a sentirse casi como un dios (5), sobre todo frente a los demás.

3. La "cápsula cultural" siciliana contiene una rica fórmula de combinación de valores que culminan en un fuerte "estilo de humanidad", donde poseen, por ejemplo, significación especialmente fuerte los valores familiares. A su vez, hoy Sicilia, incorporada a la democracia italiana, tiene nuevas posibilidades de contar con un Derecho Público que le sea propio y, enfrentada a la nueva realidad del mundo capitalista, se ve invitada a superar los viejos cauces, por lo menos semifeudales, al hilo de la realización del valor utilidad. Las posibilidades del presente siciliano son: cerrarse en la cultura propia, con la consiguiente marginación del curso de la historia; disolverse en un nuevo mundo de la utilidad, donde la humanidad se uniforma y empobrece, o integrar la humanidad plena del estilo tradicional con la realización de la utilidad del mundo actual. Creemos que la superioridad enriquecedora de la última opción, para Sicilia y para la cultura en general, es manifiesta. Sicilia es una pieza de valor insustituible de la cultura de Occidente y de la cultura universal.

II. Presencia siciliana en Argentina

4. La cultura argentina, como muchas de Latinoamérica, está signada por la división en dos sectores: el "hispánico tradicional", más comunitario y paternalista, y el anglofrancesado, más individualista y abstencionista (6). La inmigración siciliana significó, al respecto, un importante refuerzo para el sector "hispánico tradicional", pero la presencia siciliana, como la presencia italiana en general, fue un aporte significativo para que el no dejarse deslumbrar por las grandes ideologías y, sobre todo, el espíritu transaccional impidieran que un país tan escindido culturalmente y sujeto a tantos "golpes de estado" no se desbarrancara en la guerra civil. La presencia siciliana es una fuerte contribución para reconocer, más allá de las ideas, el valor último de la humanidad.

(4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1991, págs. 1 y ss.

(5) Uno de los perfiles más claros de la cultura siciliana es el que logró Giuseppe Tomasi de Lampedusa en "El Gatopardo" (v. trad. Fernando Gutiérrez, Bs. As., Hyspamérica, 1983, esp. págs. 38 y 192); asimismo está reflejada nítidamente en la obra de Pirandello (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Pirandello, 'Seis personajes en busca de un autor' y la Filosofía del Derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nro. 8, págs. 125 y ss.). También v. el importante y diversificado perfil que se brinda en FROSINI, Vittorio, "Ideario siciliano", Palermo, Sellerio, 1988.

(6) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.

Hoy Argentina, recientemente recuperada como democracia, enfrenta respecto del mundo capitalista y utilitario un desafío análogo al que vive Sicilia. Creemos que la cultura siciliana representa un aporte de diversos valores que deben enriquecer la integración argentina en el mundo de la utilidad. En verdad, la “presencia” siciliana no sería realmente tal si muchos sicilianos y descendientes de sicilianos no tuviéramos, como tenemos, el propósito de permanecer aquí, pero es importante que recordemos que los sicilianos de Italia y los sicilianos de Argentina y sus descendientes poseemos en común un pasado de descollante riqueza cultural, un presente desafiante y multifacético y, sobre todo, la posibilidad de construir un **futuro mejor**. Es seguro que si marchamos **juntos** habremos hecho más pleno, para nosotros y para los demás hombres, nuestro particular **significado humano**. ¡Hagamos votos para que así suceda!

CARENCIAS, IDEOLOGIAS E INTEGRACION DEL ORDENAMIENTO NORMATIVO (*)

*Maria Isolina DABOVE (**)*

A raíz del Código Civil de Napoleón y de la Escuela de la Exégesis, ha quedado demostrado fehacientemente que las leyes no son omnicomprendivas ni tienen validez universal aún cuando lo pretendan, a riesgo de sostener una visión distorsionada del Derecho y, en definitiva, de la vida misma. En efecto, a pesar de los esfuerzos de la exégesis por apegarse fuertemente a la tesis de que sólo la norma positiva era fuente de decisiones concretas, y de que, la función de los jueces consistía únicamente en su aplicación silogística, cuya premisa mayor debía ser el texto a aplicar, la premisa menor la constatación de los hechos y la consecuencia el fallo (1); la realidad echó por tierra tan gigantesca construcción teórica. El error básico de esta doctrina consistió en intentar quebrar los límites de la naturaleza, encuadrándola en uno nuevo y fabricado: "el Código Civil".

No obstante ser ajeno al ánimo de los más destacados redactores del proyecto legislativo francés afirmar su carácter omnímodo y, reconociendo la imposibilidad para el legislador de "decirlo todo" (2), aún así, la exégesis se empeñó en acentuar lo contrario. Cabe preguntarse entonces ¿cómo se explica que si no era esa la voluntad de los legisladores, el espíritu dogmático imperara y se desarrollara por casi cien años, hasta la aparición de François Gény uno de los primeros que cuestiona radicalmente esta postura? ¿Cómo se puede comprender que esta Escuela haya ejercido su influencia en no pocas legislaciones del mundo, incluso la nuestra? (3). ¿Cuáles fueron las causas que hicieron cambiar el rumbo de sus redactores y con qué fines?

Evidentemente, si nos ubicamos dentro del contexto histórico, social y cultural en que fue sancionado el Código Civil francés, encontramos hechos que hacen comprensible este fenómeno y lo justifican. La sola presencia de Napoleón Bonaparte como cabeza de gobierno nos da la pauta de que "su legislación" no podría haber sido comprendida de otro modo. Pero no son estas circunstancias las que nos interesan analizar aquí sino otras más profundas y que las promueven. Y ellas son las "ideas" que surgen como resultado de "interpretar aquella realidad y que al mismo tiempo las condicionan". En efecto, así como el pactismo fue en la Edad Moderna la idea, o mejor dicho, el instrumento ideológico utilizado para oponerse al poder de turno (4), la "codificación" fue también la idea empleada a principios de la Edad Contemporánea, especialmente en Francia, como herramienta de consolidación del poder, del naciente Estado Republicano y del liberalismo imperante (5). Dice André-Jean Arnaud que, "cuando una sociedad conquista la hegemonía, ella se esfuerza por organizar su

(*) Comunicación presentada en la jornada sobre "Filosofía, Ciencia y técnica en la elaboración de normas", organizada por la Cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, en homenaje a la profesora doctora Elisa Méndez de Smith, el día 15 de junio de 1991.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra I de "Introducción al Derecho" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) V. RECASENS SICHES, Luis, "Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX", tomo I, México, Porrúa, 1963, pág. 31.

(2) V. RECASENS SICHES, op. cit., págs. 29 y ss.

(3) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 223 y ss.

(4) V. Id., pág. 177.

(5) V. MÉNDEZ DE SMITH, Elisa A., "Las Ideologías y el Derecho", Buenos Aires, Astrea, 1982, págs. 104 y ss.

dominación imponiendo una “regla de juego” que asegure la realización del orden, la prosperidad y la paz” (6). La única forma de lograrlo, o si se quiere, la más eficaz, era a través de la codificación. Por ello el centro de gravedad gubernamental y del derecho mismo pasaba por el poder legislativo. Los jueces gozaban sólo de una independencia relativa ya que estaban fuertemente encadenados a la legislación. Y esta circunstancia se hacia más notoria precisamente cuando los hechos y la justicia sobrepasaban al ordenamiento normativo en caso de carencia, y debían integrarlo adecuadamente, recurriendo sólo al raciocinio y a la habilidad dialéctica (7). Una vez más, la ideología imperante, condicionaba y promovía el accionar de aquéllos.

Ahora bien, a fin de comprender con mayor claridad este fenómeno trataremos de desentrañar su significado y la influencia que proyecta en la elaboración de las normas y en la integración del ordenamiento normativo a modo de primera aproximación.

Dado su carácter “especialmente multívoco”, resulta sumamente difícil encontrar un único sentido a su significación. El vocablo IDEOLOGIA fue creado por Destutt de Tracy en 1796, sustituyendo con dicho término a la palabra “metafísica”. A partir de allí, se inicia en Francia la corriente de los llamados ideólogos. Ellos sentaron las bases de la ideología como disciplina filosófica básica cuyo objeto era el análisis de las ideas y de las sensaciones. Estas ideas no eran ni formas (lógicas o metafísicas), ni hechos estrictamente psicológicos, si bien de algún modo participaban de cada una de éstas (8). Sin embargo, a partir del examen del origen de las ideas pasaron al análisis de las facultades humanas que las producen y de ello al de las condiciones sociales en que tales facultades se desarrollan (9). De esta forma, el ideologismo transitó del plano de las ideas al de los fenómenos éticos, religiosos y políticos que fundamentaban, en última instancia, el significado y función de ellas (10). La actitud política de algunos ideólogos en principio partidarios de Bonaparte y luego convertidos en sus adversarios, suscitó en el Emperador ásperos comentarios que contribuyeron a dar al término ideología un sentido peyorativo. A consecuencia de ello, se comenzó a denunciar a los ideólogos de “doctrinarios” (11). Este fue el punto de partida para otorgar una nueva significación a dicha expresión.

Como ha observado Mannheim “la mayoría de la gente cree que el término ideología está nítidamente ligado con el marxismo, y esta asociación de termina en gran parte sus reacciones ante ese vocablo” (12). Es cierto que con Carlos Marx esta palabra cobra un brillo particular. Para él consistía en la “falsa conciencia” que oculta el mundo y que, al distorsionar la realidad, es perversa. Según Marx, con las ideologías no se pueden descubrir las causas que motivan la dinámica histórica, esto es, las relaciones de producción. Dentro de este contexto ubica a la religión a la que considera “el opio de los pueblos”. Las ideologías sólo constituyen deformaciones partidarias, ilusiones colectivas, utilizadas como instrumentos de dominación y que, por ende, debían eliminarse (13).

Volviendo a Mannheim, vemos que distingue dos significaciones en el concepto de ideología, uno particular y otro general. El concepto particular indica que el término expresa nuestro escepticismo acerca de las ideas y representaciones de nuestro adversario. Son consideradas “disfraces” de la verdadera naturaleza de una situación pues no podría reconocerla sin perjudicar sus intereses. Y, con el

(6) V. ARNAUD, André-Jean, “Essai D’Analyse Structurale du Code Civil Français”, París, Librairie Générale de droit et de jurisprudencia, 1973, pág. 3.

(7) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6º ed., 5º reimpr., Buenos Aires, Depalma, 1987.

(8) V. FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, 4º ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1958, págs. 1610 y ss..

(9) V. MENDEZ DE SMITH, op. cit., pág. 53.

(10) V. íd.

(11) V. FERRATER MORA, op. cit.

(12) V. MANNHEIM, Karl, “Ideología y Utopía”, trad. Salvador Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, pág. 49.

(13) V. MARX, Carlos y ENGELS, Federico, “Biografía del manifiesto comunista”, trad. W. Roces, 4º ed., México, Compañía General de Ediciones, 1967, págs. 171 y ss.; MENDEZ DE SMITH, op. cit., págs. 117 y ss.; GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 126 y ss..

concepto general se refiere a la ideología de una época o de un grupo histórico social concreto (14).

En todas estas definiciones existe un denominador común: la relación que vincula la realidad con su conceptualización realizada en forma individual o colectiva, en determinada época y lugar. A esta característica habría que sumarle otras como la base axiológica que la sustenta y la conciencia de obligatoriedad entre sus partidarios, que los inducirá a actuar en consecuencia. Siguiendo esta significación y ubicándonos concretamente en el fenómeno jurídico, veremos qué papel han jugado y continúan desempeñando las ideologías, desde una perspectiva trialista. En el plano sociológico, las ideologías están insertas dentro del orden de repartos, pues constituyen sus razones. Estas mismas razones representan aquello que la comunidad estima valioso o digno de ser repetido, al margen de su justicia o injusticia. Ellas son un fiel reflejo de lo que esa sociedad interpreta o conceptualiza de la realidad. A partir de allí, el grupo actúa, reparte, ya que en ellas fundamenta su accionar. Ahora bien, estas razones pueden surgir y ordenarse al hilo de la ejemplaridad, a través de repartos solidarios que nacen en el seno mismo de la comunidad; o bien, implementarse mediante un plan de gobierno en marcha previsto a fin de que aquella se adhiera, tal como ocurrió con la codificación francesa. No obstante, estas razones pasarán a la categoría de "ideologías" cuando, desde el punto de vista de otras personas o grupos, esta relación entre realidad y su interpretación represente su encubrimiento u ocultación engañosa y por consiguiente genere repartos incisivos, incorrectos o disvaliosos. En esto incurrió la Exégesis con su particular visión del Derecho.

Parecería entonces, que el término ideología es intrínsecamente un concepto "relativo" temporal y espacialmente, al igual que las razones, y que sólo puede ser iluminado a través de la justicia y la verdad.

Dentro de la dimensión normológica, nos encontramos con que las ideologías están en la base de todo el funcionamiento de las normas ya que estas últimas captan aquella realidad. Pero ello se vislumbra con mayor claridad en los supuestos de carencias normativas tanto históricas como dikelógicas. Frente a estas situaciones, el juez debe llegar igualmente al reparto que constituye la sentencia, elaborando una normal individual. Pero para que el reparto no fracase debe recurrir forzosamente a las razones, esto es, a lo que la sociedad estima valioso y digno de ser repetido. De este modo ellas condicionan su manera de interpretar los hechos, el salto que realice a la justicia formal o material y el fraccionamiento o desfraccionamiento que haga para resolverlos. En este sentido, la interpretación exegética que realizaban los jueces sobre las normas aplicables, empobrecía enormemente su tarea de elaboración al punto de ser considerados apenas como "la boca de la ley".

Ahora bien, las ideologías no aparecen como tales, mientras las normas individuales o generales sean eficaces, exactas y adecuadas. Sólo al cuestionarlas se evidencia su desvinculación de la realidad o su encubrimiento. Pero ¿qué es lo que mueve a cuestionar las razones o las ideologías? Es una pregunta cuya respuesta nos lleva a la dimensión dikelógica del mundo jurídico. Los valores no son creadores de la realidad ya que no son autoejecutivos, pero sí son sus críticos. Como tales, influyen en su desarrollo a través de las conductas humanas, siempre que se inspiren en criterios de valor y en cuanto modifiquen su rumbo en consideración al resultado negativo de una valoración o lo sigan atento a un resultado positivo de ella (15). Como entes ideales exigentes, los valores y en nuestro caso, la Justicia y la Verdad, movilizan al ser humano con el fin de superar la realidad y potenciarla. Desde su pantomía, desfraccionamos y fraccionamos nuevamente, a fin de hacer mayor justicia e iluminar la verdad. De esta forma, ponemos en tela de juicio las razones o ideologías imperantes generando nuevas valoraciones y criterios orientadores que llevarán a replantear toda la estructura jurídica, histórica, política y social del ser humano. Dice Ciuro Caldani al respecto: "las razones de los repartos se vinculan con la esfera de libertad exigida por la justicia. Desde la perspectiva dikelógica importan como criterios de valor, y en definitiva, de justicia. La creencia en la subjetividad individual o social de todos los valores puede ser un "espejismo" de la razonabilidad en el cual se desjerarquiza la superioridad de los valores naturales" (16). Por tanto, los principios generales del Derecho y los criterios de valor que emanen de las razones, han de comprenderse con miras a que contribuyan a expresar de la manera más completa posible, la "pantomomía" de la justicia (17).

Desde esta perspectiva trialista vemos que la Escuela de la Exégesis no permitió descubrir la complejidad pura del mundo jurídico, hipotecando su dinámica a un "inocente silogismo ideológico".

(14) V. MANNHEIM, op. cit..

(15) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel "Comprendión Integrada de la Jurística Dikelógica", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 13, págs. 10 y 11.

(16) y (17) íd.

EL TANGO Y SU MENSAJE JURIDICO Y POLITICO

Maria Isolina DABOVE ()*

I) A modo de introducción:

Para comprender el Derecho como complejidad pura en profundidad, es menester abordarlo desde todas las perspectivas posibles e imaginables. A ello contribuyen la Jurística, con su visión introspectiva; y la Filosofía del Derecho, que lo integra en el universo como fenómeno cultural (1). Este último enfoque en particular, nos revela una cantidad inagotable de formas para considerarlo. Esos caminos van desde el propio mundo jurídico hacia sus horizontes, pero también desde éstos a aquél. Si la profundización se efectúa a partir de lo jurídico, podremos reconocer "la existencia de una parajusticia y una parajuridicidad que se desarrollan en la utilidad, la belleza, la santidad, y, respectivamente, en la economía, el arte, la religión" (2).

Ahora bien, como cada uno de los valores se desarrolla al hilo de la realización de los otros, es posible afirmar que descubriríamos una "parabelleza, una parautilidad y una parasantidad" en el fenómeno jurídico, si partiéramos de aquellos horizontes respectivos, e igualmente ocurriría con todos los demás.

La "comunidad axiológica" que se conforma a través de la convivencia, encierra una profunda significación filosófica en cuanto importa un "modo de interpretar la vida y de actuar al respecto" (3). Es también, expresión de la cultura de un pueblo en un lugar y en un tiempo determinados (4).

Tanto el Derecho como el Arte, en este caso la música, son productos del espíritu humano y constituyen, precisamente, una manifestación cultural de las condiciones sociales y personales que

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra I de "Introducción al Derecho" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 6º ed., 5º reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 5 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Buenos Aires, Depalma, 1976, págs. 36 y ss.; "El trilateralismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en "El Derecho", tomo 126, págs. 884 y ss.; REALE, Miguel, "Introducción al Derecho", trad. Jaime Brufau Prats, 6º ed., Madrid, Pirámide, 1984.

(2) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El trilateralismo . . ." op. cit., pág. 898; "Las continuidades de la Justicia", en "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", tomo II, Rosario, F.I.J., 1984, pág. 168 y ss.

(3) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Las continuidades . . ." cit.; "Los valores jurídicos y el resto del mundo del valor", en "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, F.I.J., 1986, pág. 112. "El arte, dice FRITZ MEDICUS, – todo arte – cumple en la vida de la humanidad dos funciones totalmente separadas. Sitúa a quien se entrega a él en un mundo de "apariencias" ante el que se desvanece el mundo de la realidad. Y le revela al propio tiempo, las profundidades de la realidad misma"; "El problema de una historia comparada de las artes", en Filosofía de la ciencia literaria, trad. Carlos Silva, 1º ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pág. 195.

(4) Acerca del concepto de cultura puede verse: CIURO CALDANI, M. A. "Sobre la política cultural", en "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", tomo I, Rosario, F.I.J., 1982, págs. 145 y ss.; "Denominadores particulares y comunes del Derecho y la política", en "Estudios de Filosofía . . ." cit., tomo II, págs. 243 y ss.; "Cultura, Civilización y Decadencia en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 5, Rosario, 1985, págs. 9 y ss.; "Notas jusfilosóficas sobre las raíces populares de la cultura y las letras de los tangos 'Sus ojos se cerraron' y 'Cambalache'", en "Boletín . . ." cit., N° 6, 1985, págs. 17 y ss.

dimanan del sector al que representan (5). El tango, al ser un arte de proyección popular, refleja un proceso social determinado de nuestra historia, con connotaciones jurídicas y políticas. Es el emergente del carácter social “hispánico-tradicional”, especialmente durante su apogeo (1915-20 hasta 1930 aproximadamente) (6). “La obra que así nace, expresa Jung, es un mensaje a sus contemporáneos en el más profundo sentido de la palabra” (7). De este modo, aquel carácter logró determinar el pensamiento, la acción y la vida emocional de los individuos y operó como fuerza propulsiva dentro del orden social, político y jurídico de la época, tal como lo iremos entreviendo a lo largo del trabajo (8).

II) Proyección histórica del tango:

En sus inicios, a fines de 1880, el tango aparece como una “música prohibida”, secreta, oral, olvidable. Nace en los suburbios de los barrios bajos del río de la Plata, como “expresión de los humildes, de los inmigrantes, orilleros, de hombres y mujeres de mala vida, de los cuchilleros, de las minas, del bulín, de la pieza del conventillo, del arrabal” (9). En su génesis, el tango constituyó un modo de acentuar el desgarramiento cultural entre el sector hispánico-tradicional y el anglofrancesado (10). Pero lo curioso es que, a pesar de la resistencia provocada por aquellos sectores sociales más afines al

- (5) Dice CIURO CALDANI al respecto: “La inserción real de una filosofía en la vida permite relacionarla, desde diversas perspectivas, con diferentes áreas de la cultura”, en “Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina”, en “Boletín. . .” cit., Nº 12, 1989, págs. 29 y ss.; “Los valores. . .” cit., págs. 71 y ss.; “El Derecho y el arte”, en “Boletín. . .” cit., Nº 14, 1991, págs. 37 y ss.; “‘El Coro Di Schiavi Ebrei’ de ‘Nabucco’ y sus significación jurídica”, en “Boletín. . .” cit., págs. 42 y ss.; “Notas jusfilosóficas sobre las raíces. . .” cit.; DIBARBORA, Elisa, “El arte en el siglo XVIII, con especial referencia a Manuel Kant”, en “Boletín. . .” cit., págs. 45 y ss.; GONEM MACHELLO, Graciela N., “Algunas reflexiones sobre Derecho y Arte”, en “Boletín. . .” cit., págs. 49 y ss.; MORENO, Sonia, “Romanticismo, Arte y Derecho”, en “Boletín. . .” cit., págs. 54 y ss.; SOTO, Alfredo Mario, “Filosofía, Derecho y Arte”, en “Boletín. . .” cit., págs. 57 y ss.; JUNG, Karl, “Psicología y poesía”, en “Filosofía de la ciencia literaria. . .” cit., págs. 335 y ss.; SCHULTZ, Franz, “El desenvolvimiento ideológico del método de la historia literaria”, en “Filosofía de la. . .” cit., págs. 3 y ss.; ERMATINGER, Emil, “La ley en la ciencia literaria”, en “Filosofía. . .” cit., págs. 353 y ss.
- (6) V. FROMM, Erich, “El miedo a la libertad”, trad. Gino Germani, 23º reimp., Buenos Aires, Paidós, 1989, págs. 263 y ss. Fromm define el carácter social como “el núcleo esencial de la estructura del carácter de la mayoría de los miembros de un grupo; núcleo que se ha desarrollado como resultado de las experiencias básicas y los modos de vida comunes del grupo mismo”. Además hay que considerar sobre este tema lo expuesto por Karl JUNG en “Lo inconsciente”, trad. Emilio Rodríguez Sadía, 2º ed., Buenos Aires, Losada S.A., 1938 y en “Psicología y Poesía”, en “Filosofía. . .” cit., pág. 346, donde expresa lo siguiente: “En efecto, siempre que lo inconsciente colectivo pugna por traducirse en vivencia y se asocia a la conciencia de la época se produce un acto creador que afecta a toda la época en que esto ocurre”. Acerca del carácter social hispánico tradicional puede verse: CIURO CALDANI, M. A., “Comprensión jusfilosófica de ‘Facundo’”, en “Estudios Jusfilosóficos” cit., págs. 181 y ss.; “Notas para la comprensión. . .” cit., “Notas para el diálogo argentino”, en “Estudios de. . .” cit., tomo III, págs. 235 y ss.; “Notas sobre hispanoamérica y la asunción del pensamiento juspublicista europeo”, en “Investigación y Docencia”, Nº 6, págs. 81 y ss.
- (7) V. JUNG, K., “Psicología y. . .” cit., pág. 346.
- (8) V. FROMM, F., op. cit. págs. 263 y 264.
- (9) V. BULLRICH, Silvina, “Gardel es el tango” en Revista La Nación, 23 de junio de 1985, pág. 10; LUNA, Félix-IRAZUSTA, Julio, “Memorial de la Patria. El tránsito del siglo XIX al XX”, Buenos Aires, Bastilla, 1977, págs. 218 y ss.
- (10) V. JAURETCHE, Arturo, “El medio pelo en la sociedad argentina”, 16º ed., Buenos Aires, Peña Lillo, 1984, págs. 163 y ss..

espíritu anglofrancesado, letra y música se imponen (11). En corto tiempo la hegemonía de la canción porteña se hace sentir sobre el resto del país, traspasa las fronteras y, casi mágicamente, se universaliza y al decir de Vilaríño, "se incrusta de manera perdurable" (12). Su notable expansión fue en gran medida producto de una figura insoslayable como la de Carlos Gardel (13).

Ese tango trágico y nostálgico, amargo y dulzón, se convierte en la expresión de la sensibilidad desbordada de un pueblo. Irrumpe tañido de romanticismo y fatalidad, imponiendo "sus propios elementos, en sus propios términos y estableciendo sus propias normas" (14). En suma, y al decir de Jauretche, "todo el sentimiento que se arrastra en las letras de los viejos tangos no es más que un reflejo de una temática social correspondiente a la realidad de aquel momento" (15).

Dentro de su contexto histórico es preciso resaltar algunas cuestiones que fundamentan su desarrollo, a fin de comprender el carácter social al que representa y su influencia jusfilosófica.

El tango aparece en el seno de la generación del '80, dentro de un proyecto político-económico de corte liberal, y su apogeo irá de la mano de la inserción de la clase media en la vida política, a través del yrigoyenismo, hasta la aparición de los gobiernos de facto. En este marco fermenta su principal ingrediente: el fenómeno de la inmigración. A partir de allí, la estructura social argentina se modifica sustancialmente sin piedad. Frente a una política favorable a la inmigración, nos encontrábamos con una población nativa sumamente escasa y poco preparada para absorber semejante avalancha (16). Amén de hallarnos frente a una economía doméstica y artesanal poco o nada favorecida por las crecientes importaciones y por la consideración internacional de nuestro país, dentro del esquema mundial de la división del trabajo (17). En consecuencia, todos los esfuerzos de la época se encaminaron a desarrollar un país en base a una política excesivamente abierta a lo europeo.

Y así, con su idioma a cuestas, su tradición, su historia, su cultura, hace su aparición el "inmigrante" (de procedencia generalmente española e italiana), embelesado por la esperanza de "hacer la América". Su principal preocupación consistía en aprovechar las posibilidades que le ofrecía el nuevo mundo, en aras de lograr progreso económico. Llegaba en suma, con la voluntad y la aptitud del triunfo propios de quien ansía superar su posición social originaria, cristalizada (18). No obstante, la inserción del inmigrante en nuestra tierra no fue tarea fácil. La añoranza por el país natal, el futuro incierto, la falta de solidaridad política y el débil sentido de pertenencia que lo unía a la nueva comunidad, tiñeron de nostalgia la idiosincrasia popular que, al propio tiempo, se iba gestando. Por otra parte, su llegada quiebra las pautas culturales hasta ese momento vigentes. Las normas de convivencia se

(11) V. ULLA, Noemí, "Tango, rebelión y nostalgia", Buenos Aires, J. Alvarez, 1967, págs. 78 y ss.; CIURO CALDANI, "Notas jusfilosóficas sobre..." cit.; "Notas para la comprensión jusfilosófica de..." cit.; "Comprensión jusfilosófica de 'Facundo'" cit.

(12) V. VILARIÑO, Idea, "Las letras del tango - la forma, temas y motivos", Buenos Aires, Shapire, 1965, págs. 7 y ss.

(13) V. DUQUE ARANGO, Néstor, "Humana dimensión del tango", en "Revista Schell", Caracas, junio de 1958, año 8, N° 319; GARCIA JIMENEZ, Francisco, "Vida de Carlos Gardel", contada por José Razzano, 4^o ed., Buenos Aires, Crismar, 1951, págs. 13 y ss.; ULLA, Noemí, "Tango. . ." cit., págs. 24 y ss..

(14) V. VILARIÑO, Idea, op. cit..

(15) V. JAURETCHE, A. op. cit., pág. 170.

(16) V. ROMERO CARRANZA - RODRIGUEZ VARELA - VENTURA FLORES PIRAN, "Historia política de la Argentina desde 1862 hasta 1928", tomo 3, Buenos Aires, Pannedille, 1975, págs. 295 y ss.; VAZQUEZ-PRESEDO, Vicente, "Estadísticas históricas argentinas (comparadas)" Primera parte, 1875-1914, Buenos Aires, Macchi, 1971.

(17) "Contemporáneamente, la agricultura cerealera irrumpió en la producción argentina. Para que ésta sea posible ha sido necesario el progreso técnico, que recién toma importancia en la segunda mitad del siglo XIX, y cuyos efectos se hacen sentir del 80 en adelante. . ." V. JAURETCHE, A. op. cit. pág. 113 y págs. 82 y ss.; VIÑAS, David, "Grotesco, inmigración y fracaso", Buenos Aires, Corregidor, 1973.

(18) V. JAURETCHE, A. op. cit. págs. 158 y ss.; ROMERO CARRANZA-RODRIGUEZ, . . . op. cit. págs. 295 y ss.; LUNA, Félix - FERRARI, Gustavo, "Memorial de la Patria. Apogeo y crisis del liberalismo (1886-1890)", Buenos Aires, Bastilla, 1978; VIÑAS, David, op. cit. págs. 74 y ss..

rompen. El lenguaje, las costumbres, los prejuicios, la moral, se ven profundamente afectados por este fenómeno que los transforma (19). De este modo, surge un nuevo estrato social: la clase media y se va configurando un carácter social de fuerte raíz hispánica, con pautas familiares muy rígidas, fervientemente religioso y profundamente melancólico. Esta idiosincrasia naciente irá proyectando una visión fatalista y romántica de la vida, filosofía que se traducirá en el tango, en el Derecho y en la política con el correr de los años (20). Prueba de ello son las letras de tangos como por ejemplo: "El choclo", "¿Qué vachaché?", "Yira Yira", "Uno", "¿Qué sapa señor?", "Cambalache", "Tres esperanzas", "¿En qué esquina te encuentro Buenos Aires?", "Al mundo le falta un tornillo", entre otras (21). Esta personalidad colectiva "romántica y fatalista" que claramente refleja el tango, se manifestará en el escenario político primero con el nacionalismo de Yrigoyen que recoge las aspiraciones populares, en especial de la clase media, pero luego se convertirá en tierra fértil para la aparición de gobiernos de facto con hondo sentido inesiano. En cuanto al Derecho, tampoco éste pudo quedar al margen y, poco a poco, comenzará su transformación merced a la irrupción del "espíritu del pueblo", con marcas connotaciones románticas. La Ley Sáenz Peña, la aparición del sindicalismo, los proyectos de legislación laboral como los de Joaquín B. González y Alfredo Palacios, la ley de reforma universitaria, son una muestra de este proceso que, en cierto sentido culminará con la reforma del Código Civil en 1968. La ley 17.711, quebrará fuertemente el corazón de la estructura jusfilosófica liberal de los '80 para dar paso a un Derecho más cercano a la idiosincrasia popular, hispánica tradicional (22).

III) Algunas reflexiones jusfilosóficas acerca del espíritu romántico y fatalista del tango:

El mensaje romántico del tango muestra claramente la gran tensión axiológica de la época, producto de las situaciones históricas anteriormente apuntadas. Este romanticismo que allí se expresa, constituyó la ideología de la nueva sociedad "y expresaba –como dice Hauser al referirse al romanticismo alemán y de Europa occidental– la concepción del mundo de una generación que no creía ya en ningún valor absoluto, que no quería creer ya en ningún valor sin acordarse de su relatividad y de su determinación histórica" (23). Por otra parte, el sentimiento de la carencia de patria y de la soledad, propios del inmigrante, se convierte en la experiencia que marcará a fuego a la nueva generación. Toda su concepción del mundo girará en torno a ello y el tango será su voz legítima (24). El sentido trágico de la vida característico del romanticismo adquiere especial significación en tangos como: "Yira, Yira", "Cambalache", "La canción de Buenos Aires", "¿Qué sapa señor?", "Al mundo le falta un tornillo".

(19) V. VIÑAS, D. op. cit. págs. 75 y ss..

(20) Podríamos decir junto con ROMERO CARRANZA, RODRIGUEZ VARELA y VENTURA FLORES PIRAN que: "Con todo, de esa fusión –más que asimilación– saldría en lo humano, si no una Argentina nueva, una Argentina distinta. Al acriollarse de los gringos, correspondió en virtud de operar las influencias recíprocas, un agringarse del elemento nativo. Pocos fueron los estratos sociales que resultaron inmunes a esa inoculación", op. cit. pág. 297. Puede verse también: LUNA, Félix - SAENZ, Jimena, "Memorial de la Patria. Entre dos centenarios (1910-1916)", Buenos Aires, La Bastilla, 1976, págs. 119 y ss. y 205 y ss.

(21) V. RIZZO, Jorge, "Álbum del tango", Buenos Aires, Continental, 1988.

(22) V. LUNA, Félix - ALEN LASCANO, Luis C., "Memorial de la Patria. La Argentina ilusionada (1922-1930)", Buenos Aires, La Bastilla, 1975, págs. 232 y ss.: LUNA, F. - SANGUINETTI, Horacio, "Memorial de la Patria. La Democracia ficta (1930-1938)", Buenos Aires, La Bastilla, 1975, págs. 37 y ss. En el campo de la literatura de la época, el tango se corresponde con el grotesco. Ver al respecto: VIÑAS, David, op. cit. págs. 13 y ss.. En cuanto a la gravitación política y jurídica del sector hispánico tradicional puede verse, entre otros: ZARINI, Helio Juan, "Historia e Instituciones en la Argentina", Buenos Aires, Astrea, 1981, págs. 186 y ss. y 201 y ss. ZULETA ALVAREZ, Enrique, "El nacionalismo argentino", tomo 2, Buenos Aires, La Bastilla, 1975, págs. 434 y ss..

(23) V. HAUSER, Arnold, "Historia social de la literatura y el arte", tomo II, trad. A. Tovar y F. P. Varas-Reyes, Madrid, Guadarrama, 1969, pág. 357.

(24) Op. cit., págs. 359 y ss..

En el tango se muestra el juego de las pasiones desenfrenadas y antagonicas que convierten en utopías los deseos. El amor y el odio, la injusticia y la indiferencia, la falta de solidaridad y el descreimiento, la alegría y el carnaval, el pasado y el presente, la desesperanza y la incomprendición, revelan la fuerza extrema de los afectos en su pura irracionalidad. La búsqueda de lo absoluto en los sentimientos y en la individualidad reflejada en el tango, se convierte en grito de rebeldía ante lo inexorable pero que al fin, se ahoga fatalmente sumido en el destino. Esta individualidad exaltada en relación a los otros es en realidad débil y totalmente dependiente, particularmente respecto a lo deseado. Es un salto constante hacia el vacío, hacia lo vital, hacia lo sentido, hacia el espíritu, que raya con los límites. Es “una pregunta empecinada/que grita su dolor y tu traición” (25), que “sabe que la lucha es cruel/ y es mucha, pero lucha y se desangra/por la fe que lo empieza”/. . . hasta entender/que uno se ha quedado sin corazón”. . . como “precio de castigo. . . ; Vacío ya de amar y de llorar tanta traición!...” (26).

Por otra parte, este espíritu romántico denota una actitud crítica frente a los acontecimientos que paraliza la búsqueda de soluciones al respecto. La explosión de los sentimientos, de lo absoluto, se torna ingobernable y sólo son movidos por la fatalidad.

Este carácter nostálgico que recoge el tango, adquiere un tono de denuncia social particularmente a través de las obras de Discépolo y, abre la brecha hacia un historicismo político y jurídico. Político, porque la aparición de los gobiernos de facto asumió un carácter eminentemente “mesiánico” y casi teocrático. Antes, con el radicalismo, “entre los laberintos de una retórica confusa y los arrebatos románticos y sentimentales, se había producido la apertura de la vida política y habían ingresado los descendientes de los inmigrantes” (27). Pero luego, con la revolución del ’30 se trató de convalidar la autoridad de la tradición y de restaurar a la oligarquía en el gobierno (28).

En cuanto al historicismo jurídico, éste se manifiesta a través de la “conciencia jurídica popular” que iba creciendo en este contexto. Y así, ese pueblo manifestado en el tango, comenzará a reclamar un Derecho que contemple su espíritu y su realidad, sus costumbres y su vitalidad. Va a luchar, en definitiva, por un Derecho que salga de ese “espíritu general que anima a todos los miembros de una nación” (29).

IV) Visión trialista:

Dentro de la dimensión sociológica, nos encontramos ante un orden de repartos con marcado predominio de las distribuciones del azar, de la naturaleza y de influencias humanas difusas, por encima de los repartos. El espíritu romántico del tango dificulta las formas de llegar a repartos que logren encazar aquellos sentimientos y que eviten su disolución en las distribuciones y en la fatalidad. En suma, la existencia misma de los repartos está condicionada por lo que permitan las distribuciones.

Por otra parte, el descreimiento, la ruptura de la solidaridad, debilita la aparición de repartos autónomos y la posibilidad de ordenarse al hilo de la ejemplaridad. Frente a ello sólo queda lugar para la anarquía de las adjudicaciones o bien para un orden de repartos establecido mediante un plan de gobierno en marcha. Este modo constitutivo dará lugar a un régimen con connotaciones más autoritarias que de costumbre pues irrumpió también en el terreno de la ejemplaridad, que le cede sus espacios. No es por casualidad que el auge del tango empalma con el comienzo de los gobiernos de facto ya que el carácter social que reflejaba estaba signado por las vicisitudes.

(24) Op. cit., págs. 359 y ss..

(25) Estrofa de “Canción desesperada” (Discépolo-Mores), en “Album. . .” cit..

(26) “Uno” en op. cit. Es notable observar el parecido que revelan las letras de los tangos con las rimas de Bécquer, prototipo de la literatura romántica española.

(27) V. ZULTA ALVAREZ, Enrique, “El nacionalismo argentino”, tomo 2, Buenos Aires, La Bastilla, 1975, pág. 452.

(28) V. op. cit.; DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho” rev. por Luis Legaz y Lacambla, 9º ed., Barcelona, Bosch, 1974, págs. 110 y ss..

(29) V. SAVIGNY, M.F.C. de, “Sistema del Derecho Romano actual”, tomo II, trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2º ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1878, págs. 70 y ss.; “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho”.

En cuanto a la dimensión normológica, el carácter hispánico-tradicional que emerge con fuerza en este período, fue abriendo el camino hacia una expresión afín a las necesidades y sentimientos uniformes del pueblo. El ordenamiento normativo no podía quedar ajeno a este espíritu y paulatinamente comienza su transformación. Y así, la costumbre va adquiriendo creciente significación jurídica hasta llegar a admitirla como “fuente de Derecho” a partir de la reforma del Código Civil en 1968. Por otra parte, como expresa Ciuro Caldani refiriéndose a Cambalache, en este plano se refleja “una crisis de la noción de legalidad (que motiva el rechazo del que ‘está fuera de la ley’). Pero “esta legalidad es parcialmente concebida como un ‘horizonte’ de legitimidad” (30). El fenómeno de crisis que se manifiesta en el orden de repartos favorece el desarrollo del fraude a la ley tal como lo expresan las letras de Yira Yira y Cambalache, entre otros (31).

Desde la perspectiva dikelógica, la gran tensión entre todos los valores expresada en el tango, resulta propicia para fomentar la construcción de una cultura popular con connotaciones románticas. El conflicto planteado entre valores absolutos y relativos “se resuelve en una firme defensa de la jerarquía natural” (32). Allí entran en juego la justicia, el amor, la utilidad, la santidad, a veces logrando su integración –muy pocas– y otras mostrándose en oposición. Esta desorientación valorativa se expresa en el fatalismo del tango y en la adhesión mayor a valores relativos a fin de encontrar seguridad en la esperanza y soledad. En definitiva, en el tango se nos revela “una profunda crisis de la justicia por crisis de la solidaridad” (33), pero también una profunda obsesión por integrar la justicia con el amor en aras de zanjar nuestra vacilante identidad.

En síntesis, y a modo de conclusión, la sabiduría nostálgica que encierra el tango “evidencia los niveles más profundos de nuestro ser” (34), y constituye un camino legítimo para comprender nuestra realidad jurídica y política.

(30) V. CIURO CALDANI, M. A.; “Notas jusfilosóficas sobre las raíces . . .” cit., pág. 23.; GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción... cit.

(31) V. CIURO CALDANI, M. A., “El fraude a la ley”, en “Perspectivas jurídicas”, Rosario, F.I.J., 1985, págs. 29 y ss..

(32) V. CIURO CALDANI, “Notas . . .” cit., pág. 22.

(33) V. op. cit., pág. 21.

(34) Op. cit. pág. 24.

REFLEXIONES SOBRE LA LLAMADA ESCUELA DE LA EXEGESIS

Luis MOISSET de ESPANES

SUMARIO:

- I - Introducción.
 - a) Las palabras de Isidoro H. Goldenberg.
 - b) La llamada Escuela de la Exégesis.
- II - La reacción contra el positivismo del siglo XIX.
 - a) Razones de esa reacción.
 - b) Las características de la Escuela de la Exégesis y cargos en su contra.
- III - Las reflexiones de un autor sobre el método seguir en su obra.
 - a) Texto elemental o profundizado?
 - b) Exégesis o Tratado.
 - c) Aspectos sociológicos.
 - d) Aspectos valorativos.
 - e) Aspectos "normológicos."
- IV - Personalidad del autor y época en que le tocó vivir.
- V -Conclusiones.

I -Introducción.

El pasado 17 de octubre, en el marco de las Jornadas de Homenaje a la Profesora María Antonia Leonfanti que se realizaron en la Universidad Católica de Rosario, se desarrollaron tres paneles sobre el papel que han desempeñado la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en el proceso de transformación de nuestro derecho operado en los últimos treinta años.

a) Las palabras de Isidoro H. Goldenberg

En el primero de los mencionados paneles participó el Dr. Isidoro H. Goldenberg, catedrático en las Universidades Nacionales de La Plata y Buenos Aires, fino jurista que posee el sentido de equilibrio que tantas veces se ha ponderado como elemento indispensable para alcanzar la meta que persigue el Derecho: el imperio de la Justicia como valor supremo.

Al comienzo de su exposición sobre los aportes de la doctrina estimó conveniente incursionar sobre problemas fundamentales de interpretación jurídica y mencionar, por tal causa, el método exegético, que tan importante papel desempeñó el pasado siglo XIX. Con tal motivo tuvo ponderadas palabras de reconocimiento para la Escuela de la Exégesis, destacando que –más allá de los aciertos o errores que pudo haber tenido– su tarea debe valorarse ubicándola en el tiempo en que se efectuó y no a través del cristal de las realidades que hoy vivimos.

Agregó, si mi memoria no falla, que esos juristas decimonónicos efectuaron una importante y valiosa contribución al desarrollo de nuestra ciencia, cuando debieron enfrentar el desafío de interpretar una obra que, sin duda, constituyó una novedad trascendente: la codificación. De esta forma un observador, que realizase el esfuerzo –siempre difícil– de despojarse de los prejuicios que suele imponernos nuestra propia época, debería reconocer la magnitud de la tarea realizada por los exégetas del siglo pasado (1).

(1) “Con marcada intención de denigrarlos, más bien que de hacer una crítica seria, se ha intentado resumir sus tendencias comunes de la manera siguiente. Creen ellos que sólo en la ley positiva se debe buscar, y se puede encontrar si se la busca bien, la solución de las cuestiones contenciosas

b) La llamada Escuela de la Exégesis.

Por nuestra parte agregaríamos que, si por exégesis se entendiese solamente el método de comentario de los textos por el orden en que se encuentran incorporados a la ley vigente, todavía hoy –y en muchos países de la tierra– encontramos exégetas. En Argentina, sin ir más lejos, y para dar solamente dos botones de muestra, podemos mencionar el Código civil anotado de Llambías, que publica la editorial Abeledo, y el de Belluscio - Zannoni, de editorial Astrea.

En realidad el nombre de Escuela de la Exégesis se ha acuñado para englobar a los juristas franceses que, a lo largo del siglo XIX, en especial entre 1804 y 1890 (2), analizaron el Código de Napoleón. Uno de los estudios más completos, y de las críticas más duras, a este período de la ciencia jurídica francesa se debe a BONNECASE (3), que distingue en ella tres fases: fundación (1804 - 1830); apogeo (1830 - 1880); y decadencia (1880 en adelante).

No podemos desconocer que el fenómeno codificador, que dominó el panorama jurídico del siglo pasado, suele provocar como primera reacción –casi instintiva– los comentarios exegéticos de los nuevos textos legales (4). En Argentina, al ponerse en vigencia el Código de Vélez, también los primeros comentaristas fueron exégetas: Segovia, Machado, Llerena. Recién al avanzar la primera mitad del siglo XX aparecería el derecho científico reflejado en tratadistas de valía, como Salvat y Lafaille.

Así pues, aunque la Escuela de la Exégesis es propia de Francia, su método sirvió de modelo, y el ejemplo fue seguido por doquier, apareciendo exégetas a medida que se difundía el derecho codificado.

Lo importante, a nuestro entender, es el espíritu metodológico que se atribuye a la Escuela de la Exégesis, claro reflejo del positivismo. El maestro español HERNANDEZ GIL nos dice que repercutió en ella la idea central que animó a la labor de codificación:

"Lo mismo que se pensó que todo el derecho podía hacerse de igual manera, se creyó luego que todo el derecho estaba ya hecho. Y esto sólo es posible con arreglo a la concepción puramente formal que se tenía de la norma; no ven en ella sino el resultado de un mecanismo legislativo, a la sazón tan nuevo y tan en boga, que habla de ajustarse además a las exigencias de la división de poderes. El problema del concepto del derecho es resuelto así de la manera más cómoda; sin buscarle: es lo dado; pero lo dado reducido a su expresión mínima y formal: la ley. No cabe un positivismo mayor, ni un racionalismo más exacerbado que prescinde, para el derecho, de toda consideración sociológica, espiritual, moral o económica, desenvolviéndose en la esfera de las puras nociones" (5).

que se plantean ante el juez. Para esto basta, cuando la ley es muda, interrogar a su espíritu, y a ello se llega reconstituyendo la voluntad implícita y, como si dijéramos, la psicología del legislador" (COLIN, A. y CAPITANT, H., "Curso Elemental de Derecho Civil", trad. al castellano de Demófilo De Buen, 3a. ed. Reus, Madrid, 1952, T. I, p. 57).

- (2) Estas son las fechas entre las cuales, habitualmente, se considera que floreció la Escuela de la Exégesis en Francia (ver Rémy, Philippe: "Eloge de l'exégese", en Droits, revista francesa de teoría jurídica, Puf, París, 1985, p. 116).
- (3) BONNECASE, J., "L'école de l'exégese en droit civil", 2a. ed., de Boccard, París, 1924; "La pensée juridique française de 1804 a l'heure présente", Delmas, Bordeaux, 1933, (ver especialmente tomo 1).
- (4) En sentido coincidente se ha dicho: "Siempre sucede lo mismo después de un trabajo de codificación. Es preciso ante todo dar a conocer los textos nuevos, exponerlos siguiendo un orden lo más metódico posible, aclarar las partes oscuras, hacer resaltar lo que contenga implícito para la solución de las dificultades que no han sido zanjadas de una manera expresa. Para atender a una necesidad de este género se ha consagrado en Francia una escuela que comúnmente se designa con el título de escuela de los intérpretes del Código civil, y la cual ha proporcionado a Francia toda una pléyade de juristas de un valor y de una autoridad indiscutibles" (COLIN y CAPITANT, obra y lugar citados en nota 1).
- (5) HERNANDEZ GIL, Antonio, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Vol. I, 2a. ed., Madrid, 1971, p. 84 y 85.

Esta actitud, atribuida a los secuaces de la Exégesis, provocaría una escisión entre la doctrina y la jurisprudencia, y se afirma que sólo se ha de superar con el triunfo de la escuela científica, y en especial cuando “un jurista de la talla de Planiol”, pruebe “cómo la jurisprudencia debe ocupar en la ciencia del derecho civil un rango análogo al que ocupa la doctrina” (6).

II. La reacción contra el positivismo del siglo XIX.

a) Razones de esa reacción.

Sin duda que muy conspicuos autores del siglo pasado expresaron una veneración casi idolátrica por la ley (7) y se ha hecho tópico recordar la expresión atribuida a BUGNET: “no conozco el derecho civil; no enseño más que el Código de Napoleón” (8), y HERNANDEZ GIL nos dice que la divisa de DEMOLOMBE, su profesión de fe, era: “los textos sobre todo” (9).

Tal óptica, sin duda deformante, puede conducir a resultados gravemente injustos que desatarán un sentimiento de rebelión frente a los métodos interpretativos empleados. Se advertirá entonces que la ley no encierra toda la realidad social...; se revalorizarán otras fuentes del derecho que habían sido descuidadas...; se comprenderá que la lógica formal no es aplicable a los problemas de la vida....!

Al participar en Rosario del mismo panel que el Dr. Isidoro Goldenberg, expresamos que la doctrina no solamente cumplía la función de orientar la jurisprudencia e inspirar al legislador, sino que una de sus misiones más excelsas era la de conservar los conocimientos adquiridos, y transmitirlos a las nuevas generaciones, contribuyendo de esta manera a “formar el pensamiento de los futuros juristas”, aclarando que –en nuestro concepto– más importante que “enseñar verdades”, era “enseñar a buscar la Verdad, alejando el espíritu crítico”. Agregamos, más tarde, que esa tarea se cumple no solamente con los conocimientos que se imparten, sino también con “la ignorancia y los errores”, pues si se ha logrado despertar el espíritu crítico, los discípulos, al advertir esas falencias, aplicarán su esfuerzo en la búsqueda de nuevos caminos que les permitan corregirlas.

Hacia fines del siglo XIX algunos discípulos de los exégetas, que han mamado positivismo desde los primeros años de su formación, manifiestan su disconformismo; no desean cometer los mismos errores que sus maestros y aplican su genio en la búsqueda de nuevos derroteros. En esa tarea han de desollar los nombres de GENY (10), SALEILLES (11) y BONNECASE (12), que pondrán en entredicho la labor de la exégesis.

b) Las características de la Escuela de la Exégesis y cargos en su contra.

En su obra sobre la Escuela de la Exégesis, BONNECASE señala las principales características que suele entenderse campean en ella (13); siguiendo esa exposición, HERNANDEZ GIL (14) las sintetiza de la siguiente manera:

- (6) Autor y obra citadas en nota anterior, p. 86 y 87.
- (7) Pero, en verdad, ésta no es una actitud exclusiva de los exégetas; no podemos olvidar que en nuestra patria, un jurista del prestigio de Alfredo Orgaz, que ha marcado rumbos señeros desde la Corte Suprema de Justicia dando nacimiento al recurso de amparo, sin embargo afirmaba tener igual respeto por el texto legal en un trabajo titulado “Las palabras de la ley”.
- (8) Pese a que muchos la citan, no hemos encontrado ningún autor que indique con precisión cuándo dijo esas palabras, o dónde las publicó!
- (9) Autor y obras citados en nota 5, p. 81 al final, y nota 20.
- (10) GENY, Francisco: “Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif”, LGDJ, 1a. ed., Paris, 1899.
Hay traducción al castellano, Madrid, Reus, 2a. ed., 1925.
- (11) SALEILLES, Raymond, Prefacio a la obra citada en nota anterior.
- (12) BONNECASE, J., obras citadas en nota 3.
- (13) Autor y obra citados en nota 3, p. 126 a 181.
- (14) Autor y obra citados en nota 5, p. 81 a 83.

- 1) El derecho positivo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley;
- 2) La interpretación está dirigida a desentrañar el sentido de la ley, cuya voluntad no puede ser suplantada por la del intérprete;
- 3) Deducidos los principios fundamentales que la ley consagra, deberán obtenerse de allí las consecuencias, sin más apoyo que la razón y la habilidad dialéctica;
- 4) Las costumbres carecen de valor; las insuficiencias de la ley se salvan por el recurso a la analogía;
- 5) Respeto al argumento de autoridad;
- 6) Carácter eminentemente estatal del derecho.

Fundándose en estas características –reales, o supuestas– se formulan a la exégesis numerosos cargos, a saber: Se la acusa de inmovilizar el derecho y cerrar el paso a toda idea nueva; de dar por válido que toda solución debe desprenderse de la ley; de considerar dotadas de realidad concepciones puramente ideales y subjetivas; y, lo que es más grave, reducir el concepto del derecho a una expresión mínima y puramente formal: la ley (15).

Cabe, sin embargo, preguntarse si se justifican realmente todas las acusaciones que se han dirigido y dirigen en contra de la exégesis. Un destacado catedrático español contemporáneo, José Luis de los MOZOS, ha calado bastante hondo en el problema, por lo que creemos de interés reproducir su opinión. Señala primero que, curiosamente, se ha atribuido a la Escuela de la Exégesis “los defectos en que incurría la llamada Escuela científica” (16) y agrega que:

“...GENY estaba muy interesado por romper el estrecho molde del sistema de fuentes que aceptaba la Escuela científica francesa, pero tuvo la inoportunidad de llevar la crítica a un plano metodológico, con lo que se generalizó la opinión, por una deformación de perspectiva derivada del abuso de la metodología general en el campo del Derecho, de que ese reducido esquema de las fuentes del Derecho era responsabilidad exclusiva de la Escuela de la Exégesis” (17).

No debemos olvidar que concluía el siglo XIX; una generación de nuevos maestros del derecho quería afirmar su condición de tales y, para “confirmar” ese magisterio recientemente adquirido necesitaba mostrar que habían descubierto nuevos derroteros, sin deber nada a la doctrina en la que se habían formado; para ello nada mejor que señalar los errores que sus maestros cometían (18). Al igual que los jóvenes, que desean afirmar que han adquirido independencia y cortado todo vínculo con sus progenitores, los juristas franceses de comienzos del siglo XX se esforzaban por demostrar que superaban a sus antecesores. Reacción psicológica muy comprensible...

Lo que no podemos comprender es que todavía hoy, en las postrimerías del siglo XX haya quienes continúen estableciendo comparaciones con los juristas decimonónicos (19); esa conducta, admisible en otras épocas y en otros personajes, que necesitaban diferenciar “sus” personalidades, y marcar un “nuevo” rumbo, no tienen hoy el más mínimo justificativo. Cualquier comparación resulta inadecuada; se asemeja más bien al temor que los niños sienten por los fantasmas. Parecería más apropiado que nos esforzásemos por descubrir los errores que hemos cometido, rectificar rumbos, si fuese necesario, en lugar de debatirnos infructuosamente enfrentando sombras del pasado...

(15) Ver HERNANDEZ GIL, obra citada, ‘Juicio crítico’, pág. 83 a 85.

(16) de los MOZOS, José Luis: “Derecho Civil, Método, sistemas y categorías jurídicas”, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 30.

(17) Autor, obra y lugar citados en nota anterior.

(18) Ver nuestro ‘El cazador, casado’, capítulo VII (Patología de maestros y discípulos), ed. Miguel Angel, Córdoba, 1991.

(19) COLIN y CAPITANT estiman que en los reproches que se dirigieron a la Escuela de la exégesis hubo “una gran dosis de exageración y de injusticia”, y agregan: “En realidad, éstos a quienes se denomina intérpretes del Código Civil han sido lo que podían ser, han hecho lo que podían hacer en la época en que trabajaron” (obra citada en nota 1, pág. 59).

III. Las reflexiones de un autor sobre el método a seguir en su obra.

Al regresar de Rosario el día 19 de octubre encontré en mi escritorio, al lado de la computadora, el primer tomo de un Curso de Derecho Civil y, al echarle una ojeada advertí que tenía un Prefacio del autor, que parecía de interés. Resonaban todavía en mis oídos las prudentes palabras de Goldenberg sobre la función que “en su momento” habían cumplido los exégetas, que supieron estar a la altura del tiempo en que les tocó vivir, y se me ocurrió hacer algo que pocas veces acostumbramos: detenerme a leer el Prefacio, ya que por lo general solemos limitarnos a consultar los aspectos de cada obra que se vinculan con la investigación que tenemos entre manos, sin leerla íntegramente y – mucho menos – “perder el tiempo” con los Prólogos o Prefacios.

a) Texto elemental o profundizado?

La primera preocupación que se plantea el autor, sin duda de capital importancia, es si el Curso debe ser “elemental”, o “profundizado”. Para resolverla se pregunta qué descaría él mismo, si debiese encarar por primera vez el aprendizaje de una ciencia, de la que no tiene noción alguna, y estima que para realizar un estudio serio y sólido le va a resultar imprescindible partir de los elementos y principios de la ciencia, como base indispensable para asentar los posteriores conocimientos que pue-
da adquirir.

En consecuencia, su primer cuidado ha sido “plantear bien los principios, destacarlos, clasifi-
carlos en el orden que le parecía más claro y racional, con el encadenamiento metódico propio de la
verdad”.

Partiendo de este punto, expresa su opinión de que “una exposición, para ser profundizada,
debe ser también elemental, en el sentido más elevado y filosófico del vocablo y que no puede ser ver-
daderamente elemental, si no es profundizada, es decir si sólo se limita a vagas proposiciones, sin prue-
ba, examen, ni discusión”.

Agrega que no basta con afirmar la existencia de un principio, sino que “es menester demostrar y convencer; no basta con detenerse en generalidades superficiales, respecto a las cuales todas las opiniones parecen estar de acuerdo, aunque en el fondo estén profundamente divididas; es necesario tomarse el trabajo y demostrar con razones la verdad cuyo triunfo se persigue”.

En definitiva, en su opinión, el Curso, aunque sea “elemental”, debe indispensablemente ser “profundizado”, para facilitar la adquisición del conocimiento y porque así lo requiere el estado actual de la ciencia.

Casi al finalizar el Prefacio retorna sobre el tema, vinculándolo con la enseñanza universitaria, expresando que si esos estudios se limitan a enseñanzas vagas y abstractas, no se aprende nada de lo que se vincula con la realidad. Que es menester brindar una exposición profundizada de la teoría y la práctica, para que los jóvenes egresados no se desorienten al verse expuestos a múltiples perple-
jidades, por no haber estudiado en las aulas de la Facultad los problemas que hacen a la realidad de la vida y de los negocios.

Al leer estas reflexiones nos parecieron muy poco “modernas”, porque algo semejante ya había expresado Aben Jaldún, ese gran pensador árabe del siglo XIV, que fue un precursor de la Filosofía de la Historia, cuando refiriéndose a los métodos de enseñanza decía que: “en primer lugar, se deben enseñar al discípulo los problemas fundamentales de la materia” (20) y que las primeras explicaciones deben ser de carácter general; pero que no eran convenientes los compendios, cuya finalidad es ahorrar trabajo pero que, en realidad demandan más esfuerzo al estudiante, porque les falta preparación para comprenderlos (21), por lo que estimaba que se adquiría más rápidamente el conocimiento cuando la materia era “explicada sencilla y extensamente. Este último método implica varias repeticiones y muchas citas de referencia, todo lo cual ayuda a adquirir una habilidad perfecta”.

(20) JALDUN, Aben: “Teoría de la Sociedad y de la Historia”, (selección, prólogo e introducción por Charles Issawi), Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1963, pág. 201.

(21) Obra citada en nota anterior, pág. 204.

La falta de "modernismo", no invalida en manera alguna la verdad contenida en el Prefacio que glosamos, y nos pareció acertada su decisión de preparar un Curso que, partiendo de los principios elementales, los ilustrase de manera profundizada, para brindar al lector una adecuada preparación y habilitarlo a enfrentar las dificultades que la realidad presenta diariamente.

b) Exégesis o Tratado

El autor de marras recuerda en su Prefacio "la vieja querella entre el comentario y el tratado, el método exegético y el dogmático", y expresa que no desea resucitarla, ya que "uno y otro procedimiento tienen, como todas las cosas, sus ventajas e inconvenientes; por ejemplo la exégesis, siguiendo el texto paso a paso puede jactarse de que así le resulta más fácil descubrir el pensamiento del legislador, pero –como contrapartida– puede reprochársele que con sus procedimientos entrecortados y deshilvanados, si no impide, al menos dificulta gravemente el espíritu de método y de generalización, el orden sistemático propio de la ciencia, que torna más poderosa y eficaz la exposición".

Prefiere, entonces, distribuir las materias de la manera que considera más adecuada "para la demostración y desarrollo de los principios", con total respeto por el método que otros quieran elegir para sus obras, ya que "cada uno debe seguir su vocación y sus tendencias. Es muy útil que la interpretación de las leyes sea sometida a métodos diversos".

Sus reflexiones me han parecido propias de un espíritu maduro y equilibrado, que comprende que la verdad jamás se alcanza si se pretende imponer un punto de vista "exclusivo" y "excluyente". Bien ha enseñado TOYNBEE que el observador del hecho social debe desplazarse alrededor del objeto de estudio, tomando posiciones diversas, para poder luego integrar la visión completa del fenómeno! (22).

c) Aspectos sociológicos

Imagino que el autor del Curso cuyo Prefacio comentamos no conoce el "trialismo", ya que muchos no hemos tenido la fortuna de contar con maestros como GOLDSCHMIDT. Sin embargo, la lectura de los párrafos en que expone los principios que inspiran su trabajo, me hace creer que –casi inconscientemente– ha tomado en consideración tanto los aspectos sociológicos, como los "dikelógicos" y normológicos.

Vemos así que no solamente manifiesta su preocupación por conjugar adecuadamente la teoría con la práctica, superando esa especie de divorcio que algunas veces se advierte entre ellas, y "el desdén recíproco que suelen testimoniar la una respecto de la otra", sino que advierte que "si la teoría es extraña a los progresos del tiempo y las costumbres, si está privada de las enseñanzas de la experiencia, pronto degenerará en vanas especulaciones", y por su parte "la práctica, sin método y sin reglas es una lastimosa y peligrosa rutina".

Considera, pues, indispensable una alianza entre ambas, "para conservar a la ciencia del derecho su carácter esencial, para mantenerla en el buen camino, para dirigirla, en fin, hacia la meta perseguida, es decir una aplicación útil, positiva y práctica... para los usos de la vida común, como expresaba muy bien Leibnitz en su 'Nuevo Método'...".

Pero, sobre este punto, quizás lo más importante son las afirmaciones que contiene en el párrafo siguiente:

(22) TOYNBEE, Arnold J.: "El historiador y la religión", Emecé, Buenos Aires, 1958, pág. 13 y ss. (El punto de vista del historiador):

"El observador humano tiene que verlo todo desde el punto en el espacio y en el momento en el tiempo en que él se halla; además, por fuerza, ha de ser egocéntrico, pues ésta es una de las condiciones de todo ser vivo. De manera que su visión será inevitablemente parcial y subjetiva" (pág. 14); y agrega luego que es menester "...desplazar el ángulo de visión apartándolo del punto de vista inicial egocéntrico" (pág. 15).

“...el Derecho es, verdaderamente, ciencia activa y militante, siempre en presencia de los hechos que ella tiene como misión regir. Por eso los jurisconsultos se forman y se ilustran no sólo en los libros sino, y muy especialmente, en la observación atenta de las costumbres y necesidades de la sociedad y de todos los intereses y pasiones que en ella se agitan...”.

Por ello decide dedicar especial atención a “la jurisprudencia, parte animada, casi diría dramática, de la legislación, porque es la voz viva del derecho civil”.

d) Aspectos valorativos

Respetuosos de los aportes de quienes nos han precedido en la tarea científica, y han tratado numerosas cuestiones importantes, sobre todo las más usuales, resolviéndolas en sus obras o en sentencias, considera que allí se encuentra “un depósito de máximas y de decisiones, un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia”, que no es posible ignorar, ya que sólo la ceguera o la ingratitud pueden llevarnos a despreciar los ilustres y preciosos aportes del pasado.

Agrega, sin embargo, que comprobará las diversas soluciones “reservándose, en todos los casos, absoluta libertad de examen e independencia de juicio, que un profesor no podría abdicar sin faltar a su misión. Reivindicaré, pues, la autoridad de los principios jurídicos siempre que me parezca que han sido desconocidos, aunque una jurisprudencia unánime haya consagrado opiniones que creo no deben ser aceptadas”.

E insiste: “... es importante combatir desde un principio las decisiones judiciales que atenten contra la pureza de los principios”!

Para nuestro autor el derecho no se agota ni en la contemplación de los hechos, ni en la norma, ni en su aplicación por los magistrados, sino que el jurista debe, siguiendo su conciencia, valorarlo para determinar si se alcanza el fin de Justicia perseguido.

e) Aspectos “normológicos”

En las últimas páginas del Prefacio, y luego de haberse ocupado del método, de la jurisprudencia, de aspectos sociológicos y valorativos, se encuentra la siguiente frase:

“Además, mi divisa, mi profesión de fe, es también: los textos ante todo”.

Encontramos aquí dos adverbios de singular importancia, el además, y el también, que indican que el respeto que profesa por la norma es solamente uno de los aspectos a tomar en cuenta.

Y, como al comienzo del Prefacio nuestro autor ha sostenido que no basta con sentar afirmaciones, sino que es menester explicar su fundamento, procura dar las razones de su aserto, y nos dice:

“Yo publico un Curso del Código....; tengo pues por fin interpretarlo y explicarlo..., ya que es la ley viva, la ley aplicable y obligatoria. Mi preferencia por el método dogmático no me impedirá tomar siempre como base los artículos de la ley; pienso, como ORTOLAN, que la enseñanza de la ley no impone la necesidad exclusiva del comentario (23)”.

IV. Personalidad del autor y época en que le tocó vivir

El lector perspicaz ya habrá individualizado a nuestro autor. Se trata de DEMOLOMBE, uno de los más ilustres “exégetas” (?), de quien LAURENT, en su ácido Prefacio decía que, a diferencia de otros, “era un verdadero jurisconsulto”, aunque se quejaba porque en lugar de ceñirse exclusivamente a la ley, “retrocedía frente a los hechos y frente a la jurisprudencia” (24). En realidad esta crítica de LAURENT, que se cuenta entre los que sólo admitían a la ley como fuente del derecho, es posiblemente el mejor elogio que pueda realizarse a la personalidad de DEMOLOMBE, jurista que a mitad del siglo XIX, atendía a los hechos, se preocupaba por la jurisprudencia, creía un deber valorarlos y criticarlos cuando no se ajustaban a los principios y, también, tenía como lema acatar la ley vigente! (25).

(23) Es decir, rechaza nuevamente la “exégesis” de los textos legales como método de trabajo.

(24) Prefacio al “Cours élémentaire de droit civil”, citado por Philippe Rémy (ver trabajo mencionado en nota 2, pág. 119).

(25) Hemos consultado el Prefacio del Curso de DEMOLOMBE en el tomo 1, 4ta. ed., París, 1869, donde ocupa ocho páginas, con numeración romana.

Se incluye allí también el Prefacio de la segunda edición, en el que se expresa total adhesión a las ideas que ya había expuesto en 1845, con motivo de la primera edición.

Sin duda hemos exagerado al comparar su concepción del derecho con el “trialismo”; pero, de los términos con que expone en el Prefacio los principios que lo inspiran, surge claramente que no se limitaba a efectuar una tarea de exégesis que, muy por el contrario, rechaza expresamente como método de trabajo.

Sabemos, también, que para ahondar en el pensamiento de un autor no es suficiente analizar la “declaración de principios” que dice sustentar, sino que hay que desmenuzar su obra, para ver si realmente los aplica en la práctica.

Confesamos que no hemos leído íntegramente los 32 tomos de su obra, pero siempre que consultamos en ella algún tema, nos resultó sumamente provechosa, ya que encontramos pormenorizadas explicaciones de problemas prácticos, junto a las ideas rectoras que gobiernan la institución en estudio.

Profesor y magistrado en la ciudad de Caen, su Curso, verdaderamente “profundizado”, abunda en explicaciones y ejemplos de la vida práctica; sus comentarios, como él mismo lo afirma en las palabras preliminares, escritas en 1845, no se reducen a la exégesis de los textos legales.. .

Hombre del siglo XIX, comentador del Código de Napoleón, coloca a la ley en el primer rango entre las fuentes del derecho, pero no le rinde culto idolátrico, sino que atiende a las necesidades de la sociedad, procura encontrar la solución justa en los casos que se someten a los tribunales, desea que sus alumnos reciban una formación completa, en los aspectos teóricos y prácticos y respeta la labor de sus predecesores, aunque no comparta sus opiniones, ni sus métodos.. .

Conocimiento del derecho, dedicación a sus tareas, ponderado equilibrio en sus juicios.. . puede pedirse más a un jurista?

V. Conclusiones

Para concluir deberíamos quizás reproducir algunas palabras de RéMY, para quien no existió realmente una “Escuela de la exégesis”, y lo que se designa con ese nombre “es en realidad un conjunto heterogéneo de autores, más heterogéneo que la doctrina contemporánea” (26), en los que se advierte una gran diversidad de temperamentos, formación, procedencia social, ideologías políticas o religiosas, e incluso de métodos de trabajo, ya que unos se inclinan realmente por el comentario de los textos, y otros eligen el camino de la obra sistemática, como Aubry y Ray, cuyo tratado es uno de los monumentos de la ciencia jurídica del siglo XIX.

Es importante destacar, como lo hace de los Mozos, que para la mayoría de ellos “el derecho es anterior a la ley”, la que simplemente se limita a declarar su existencia; que el derecho “no se encuentra en cualquier ley”, razón por la cual el método exegético solamente se aplica al Código civil, y que “no todo el derecho está contenido en la ley” (27).

Los juristas del siglo XIX fueron hombres de su tiempo; los hubo buenos, mediocres y también malos.. . como sin duda sucede con los juristas de nuestra época. Ya entonces, entre ellos, disputaron sobre los métodos empleados, sobre las soluciones propuestas, sobre la mayor o menor seriedad con que se encaraban los problemas.. .

Hoy, en los umbrales del siglo XXI, pareciera llegado el momento de realizar nuestro propio examen de conciencia, para ver en qué aspectos hemos exagerado la nota y desviado el camino; para preguntarnos si nuestras respuestas atienden adecuadamente los intereses de la persona, y de la sociedad. . ., o si nos hemos dejado arrastrar por modas pasajeras, por prejuicios de escuela, por nuevos “dogmas”, tan nocivos como aquellos que en su oportunidad hemos combatido.

(26) Trabajo citado en nota 2, pág. 118.

(27) de los MOZOS, José Luis: obra citada en nota 16, pág. 31.

MEDIOS PARA LA REALIZACION DEL REGIMEN DE JUSTICIA EN EL DERECHO PRIVADO (*)

*Alfredo Mario SOTO (**)*

1. Los medios para la realización del régimen de justicia se inscriben dentro de la problemática de la justicia intrínseca del régimen u orden de repartos, esto es, la **Axiosofía dikelógica del régimen** (la parte de la Dikelogía que se ocupa del contenido de justicia del orden de repartos).

Para que un régimen sea de justicia debe satisfacer las exigencias actuales de justicia, y, en lo que a nosotros respecta, implica proteger al individuo en todos los frentes en que puede ser atacado. Así, hay que proteger al individuo contra los demás, entendidos como individuos o como régimen, contra todo lo demás y contra sí mismo. A su vez, la protección del individuo contra el régimen implica el fortalecimiento del individuo y el debilitamiento del régimen, lo primero a través del reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre y lo segundo por la escisión del poder, la desmembración territorial y la desmembración funcional (1).

Haremos referencia al estudio del tema en el Derecho Privado en general y en cada una de sus ramas en particular.

2. El **Derecho Privado en general** se ocupa de la protección del individuo especialmente contra el régimen a través del fortalecimiento del primero y el debilitamiento del segundo. También se puede decir que toda la legislación civil en sentido amplio protege a los individuos entre sí (2).

3. En el **Derecho Civil**, su propia **división pentárquica** refleja la preocupación por la realización del régimen de justicia dado que la Parte General, por ejemplo en cuanto a **capacidad de derecho** protege contra los demás y en cuanto a la **capacidad de hecho** contra sí mismo. En la Parte Especial, el Derecho de las Obligaciones y los Derechos Reales se encargan de proteger al individuo contra los demás y lo demás (pobreza), mientras que el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones lo hacen respecto de lo demás (soledad y muerte) (3).

3.1. En lo que se refiere a la **Parte General** del Derecho Civil, además de lo expresado con relación a la capacidad, las normas de **derecho transitorio** significan la necesidad de proteger contra lo demás, integrado en este caso por el pasado, el presente y el porvenir (4). El régimen de las fundacio-

(*) Ideas básicas de un trabajo de investigación presentado en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires".

(**) Becario del CONICET.

(1) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ta. ed., reimp., Bs. As., Depalma, 1983, págs. 438 y ss.; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, marco jusfilosófico en que se inscribe el presente trabajo, puede verse, además: CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, FIJ, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986; "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en "El Derecho", entrega diaria, 1-2-88.

(2) CIURO CALDANI, "Derecho Público y Derecho Privado", en "La Ley", 1979-D, 956; GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., pág. 446.

(3) CIURO CALDANI, . . . "Bases para la filosofía de la división "Pentárquica" del Derecho Civil", en "Investigación y docencia", N° 9, Rosario, FIJ, 1989, págs. 17 y ss..

(4) CIURO CALDANI, . . . "Reflexiones filosóficas sobre el Derecho Transitorio", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 8, Rosario, FIJ, 1988, págs. 11 y ss..

nes protege a los fundadores contra el régimen y contra los demás, y a los fundadores y a otros hombres contra lo demás (muerte y ausencia de recursos) (5).

Es digno de destacar que el Derecho Civil debe proteger a la vida humana naciente y a la persona de los demás, lo demás y de ella misma. En el primer aspecto, es decir, la protección de la vida humana naciente contra los demás, significa contra los equipos médicos que quieren experimentar y contra los parientes que pretendan comercializar los embriones. Es imperativa la restricción de dicha experimentación sólo a casos en que se trate del bien exclusivo del embrión. Es necesaria también la protección a los pacientes contra los equipos médicos que puedan determinar su voluntad basándose en la "aristocracia" científico-técnica o moral que invoquen. Es importante amparar también a los padres de gametos o embriones de los poderosos que buscan en las clases más débiles mujeres necesitadas para actuar como madres sustitutas o padres de gametos llevándolos a atentar contra sus propios derechos personalísimos. Debe protegerse a las clases más necesitadas económicamente para que no lucren con su cuerpo o partes renovables, porque la miseria económica las deja a expensas de las clases de mayores recursos que son las que acceden con mayor facilidad a estas técnicas. Es necesario proteger a la persona de lo demás, es decir, en nuestro caso, proteger al niño que nacerá, de la carencia de amor que puede significar no nacer en el seno de una familia (6).

"Debe protegerse al individuo contra los demás por lo que urge esforzarse a fin de reconocer con precisión cuáles son los móviles que determinan a los parientes o al equipo de salud para realizar un acto de eutanasia o distanxia. El régimen debe prever estas situaciones organizando la protección adecuada del anciano, del niño con malformaciones, del diferenciado, cuando quedan a merced de sus padres. También debe protegerse al paciente contra lo demás en especial contra el dolor (es posible en la actualidad proporcionar tratamientos terapéuticos cada día más eficaces para calmar el dolor físico) y contra sí mismo. En este último aspecto debe protegerse de ciertos actos de consentimiento para la eutanasia que puedan responder a una carencia total de amor o a un fuerte sentimiento de soledad frente a la muerte. En esos supuestos lo justo es prevenir al enfermo de esas miserias" (7). El régimen de la prodigalidad protege contra sí mismo, pero puede tratarse de una actitud ascética y si se la condena puede resultar peor. También se ampara contra sí mismo en los demás casos de los **inhabilitados judiciales** del art. 152 bis. (8).

La prohibición de la lesión y del abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo significan una protección del individuo contra los demás y también contra sí mismo por la tendencia egoísta casi inherente a la condición humana y por la posibilidad de que él mismo no defienda su propio bien. Si no se los limita, se ocasionan graves perjuicios (soledad, desamor, etc.) de tal modo que es además un medio de protección contra lo demás (9).

La configuración del patrimonio implica una defensa contra lo demás (la indigencia), contra los demás y respecto de sí mismo. El resguardo del patrimonio individual es una garantía que invoca el liberalismo económico para la protección contra el régimen (10).

La noción de **negocio jurídico**, distinta del acto jurídico en sentido estricto, permite proteger al individuo contra el régimen y lo demás (miseria), como así también de los demás individuos, aunque puede ser que el individuo se agrede a sí mismo, dejándose llevar por sus debilidades (11).

(5) CIURO CALDANI, "Comprensión jusfilosófica de las fundaciones", en "Investigación . . ." cit., N° 13, 1989, págs. 5 y ss.

(6) NICOLAU, Noemí Lidia, "Vida humana y Derecho civil", Tesis Doctoral, Santa Fe, 1990, pág. 44

(7) Id., págs. 63 y ss.; "El derecho de morir en dignidad: un derecho personalísimo", en "Boletín . . ." cit., N° 9, 1987, págs. 45 y ss.

(8) ANDORNO, Luis O., "La inhabilitación judicial (El artículo 152 bis del Código Civil)", en "Re vista de la Facultad de Derecho", año 1, N° 1, Rosario, UNR, 1981, pág. 15.

(9) NICOLAU, "Reflexiones acerca del derecho subjetivo y del abuso en su ejercicio", en "Boletín . . ." cit., N° 10, 1988, págs. 45 y ss.; GUASTAVINO, Elías, "Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil", en "JUS", Revista Jurídica, Pcia. de Buenos Aires, N° 22, pág. 40.

(10) CIURO CALDANI, "Comprensión jusfilosófica del patrimonio", en "Jurisprudencia Argentina", entrega diaria, 23-1-91.

(11) CIURO CALDANI, "Aportes para la filosofía del negocio", en "Investigación . . ." cit., N° 9, 1989, págs. 3 y ss.

3.2.1. En lo que se refiere a la Parte Especial del Derecho Civil, y en cuanto al Derecho de las Obligaciones, el subjetivismo protege contra el régimen, en cambio el objetivismo contra los demás individuos, contra sí mismo y lo demás. Así es que la responsabilidad objetiva en materia de obligaciones contractuales manifiesta la protección del acreedor contra el incumplimiento del deudor sin investigar su culpa, acreditando la obligación y su incumplimiento, y autorizándolo a obtener por medios compulsivos la prestación o su equivalente más la reparación de daños. Excepcionalmente puede presentarse un conflicto entre la protección al acreedor y al deudor cuando éste reclame su propia protección para no verse sometido sin culpa de su parte a las leyes de la naturaleza contra las que no puede hacer nada o a los hechos de terceros contra los que tampoco pudo hacer nada. También el deudor puede solicitar protección contra lo demás, por ejemplo, si no pudo cumplir por caso fortuito, o contra los demás, por ejemplo si el incumplimiento fue por un hecho de un tercero por quien no debe responder o del propio acreedor. En estos casos será justo protegerlo eximiéndolo de la reparación y, para proteger al acreedor, se disolverá la obligación⁽¹²⁾.

El pago, el beneficio de competencia y el término de gracia protegen al deudor contra los demás (acreedor) y lo demás (miseria y soledad)⁽¹³⁾. El instituto de la prescripción extintiva protege al individuo contra los demás, lo demás (el tiempo) y sí mismo (extinguendo las consecuencias de su propio pasado)⁽¹⁴⁾.

En el derecho contractual se tutela al individuo contra el régimen y contra el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de parte del otro contrayente. En general, los contratos protegen también contra lo demás (necesidades de cosas, servicios, dinero, etc.), en particular la fianza tutela contra los demás (deudores de las obligaciones afianzadas) y el mandato irrevocable puede amparar al mandante contra sí mismo y a los demás contra el mandante. La compraventa protege especialmente contra lo demás (por la provisión de cosas o dinero necesarios). La sociedad protege contra el régimen por la unión del individuo con los demás y los contratos aleatorios retroceden en la protección contra sí mismo y sobre todo respecto de lo demás (azar)⁽¹⁵⁾. La teoría de la imprevisión se encarga de tutelar contra los demás individuos y lo demás⁽¹⁶⁾.

3.2.2. Los Derechos Reales protegen al individuo contra el régimen a través de las garantías de la inviolabilidad de la propiedad privada y la prohibición de confiscar consagrados en el art. 17 de la Constitución Nacional y el 2511 del Código Civil. También contra los demás por la prohibición de restricción de facultades del dueño sobre la cosa (art. 2514 del Código Civil) y la autorización al propietario para excluir a terceros (art. 2516 C.C.), aún utilizando la fuerza (art. 2470 C.C.). Las leyes 14005 y 17924 nacieron para evitar los abusos de los demás sobre quienes adquirían lotes o departamentos en propiedad horizontal, respectivamente. La protección de una minoría contra la mayoría, que no necesariamente tiene que ser numérica, es un modo de amparar contra los demás y se manifiesta en la

(12) CIURO CALDANI, "Filosofía del Derecho Internacional Privado de las obligaciones", en "Boletín. . ." cit., Nro. 6, 1985, págs. 9 y ss.; NICOLAU, "La responsabilidad objetiva en materia contractual", en "Investigación. . ." cit., Nro. 12, 1989, págs. 87 y ss.; GUASTAVINO, "Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos de competencia", Buenos Aires, La Roca, 1987.

(13) NICOLAU, "Visión humanista del Derecho de las Obligaciones. Acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia", en "Boletín. . ." cit., Nro. 6, 1985, págs. 49 y ss..

(14) CIURO CALDANI, "Comprensión jusfilosófica de la prescripción", en "Investigación. . ." cit., Nro. 17, 1990, págs. 23 y ss..

(15) GOLDSCHMIDT, "La ciencia. . ." cit.; CIURO CALDANI, "Comprensión axiológica de los contratos", en "El Derecho", entrega diaria, 15-8-90; "Significados jusfilosóficos de los contratos", en "Investigación. . ." cit., Nro. 10, 1989, págs. 33 y ss..

(16) Nuestro "Notas trialistas acerca de la teoría de la imprevisión", en "Boletín. . ." cit., Nro. 5, 1985, págs. 67 y ss..

función social de la propiedad. También sucede ese amparo en el art. 2618 del C.C., al imponer a los jueces la necesidad de contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad para determinar el cese de las molestias producidas por humo, olor, etc.. Se protege a la minoría numérica en el condominio en las decisiones en materia de administración por unanimidad (art. 2703 C.C.) y la propiedad horizontal (ley 13.512, arts. 7 y 24). Es significativo destacar asimismo la tutela del individuo contra lo demás (miseria, enfermedades, medios necesarios de subsistencia, etc.) (17).

Los modos originarios de adquirir el dominio amparan al individuo contra el régimen, respecto del cual encuentra una "salida" y frente a lo demás (miseria, por ejemplo). Así es que la ocupación protege contra el régimen y la especificación consagra el amparo creador de riqueza contra lo demás. Los modos derivados tutelan contra el poder gubernamental (18).

La posesión importa la tutela contra lo demás (miseria) o también, en las teorías relativas, contra los demás cuando la ponen al servicio de la propiedad. Asimismo ampara contra el error por la publicidad que brinda y ampara además a la comunidad respecto de la verdad. En la posición de Savigny la posesión es un medio que en sí mismo sirve para el régimen de justicia, protegiendo al individuo contra lo demás. Ihering la utiliza como instrumental para la protección de la propiedad, y por lo tanto resguarda al propietario contra los demás. En nuestro derecho codificado es sobre todo una protección a la propiedad y ampara contra los demás (19). El aspecto económico de los derechos intelectuales ampara al creador contra lo demás.

El derecho registral pretende defender al individuo contra pretensiones de terceros (por ejemplo embargantes) a través de la obligación de inscripción, etc.. Es decir que, en general, se protege al individuo contra los demás que pueden dañar en la clandestinidad, mas también contra sí mismo por ejemplo, controlando la validez de los actos, así como también de lo demás (ignorancia) (20).

3.2.3. El Derecho de Familia tutela contra lo demás (la soledad). También a los hijos contra los padres en cuanto a la suspensión y supresión de la patria potestad. A los cónyuges entre sí, por ejemplo en el régimen de la sociedad conyugal.

En especial el Derecho de Menores debe proteger contra lo demás y, por tanto, urge crearlo de manera apropiada (21). El Derecho de Sucesiones se encarga de tutelar contra lo demás (la muerte).

4. Puede decirse que el Derecho Comercial de nuestros días debe preocuparse por la protección del consumidor contra la explotación por monopolios y oligopolios privados (22). Por lo demás, el mecanismo rígido del régimen cambiario protege contra los demás pero no contra sí mismo porque está construido para sujetos fuertes que no necesitan protección contra sus debilidades y errores (23).

(17) MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Notas para una filosofía trialista de los Derechos Reales", en "Boletín . . ." cit., Nro. 6, 1985, págs. 105 y ss.

(18) CIURO CALDANI, "Meditaciones filosófico históricas acerca de los modos de adquirir el dominio", en "Juris", 1982, 69.

(19) V. CIURO CALDANI, "Estudios de....", cit. t. III, págs. 3 y ss.; CAPON FILAS, "La posesión de derecho o cuasi posesión", en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", Nros. 68/9, Santa Fe, 1951.

(20) MENICOCCI, op. cit.; CIURO CALDANI, "Notas trialistas sobre la filosofía del Derecho registral", en "Investigación . . ." cit., Nro. 8, 1988, págs. 73 y ss.

(21) GOLDSCHMIDT, "La ciencia . . ." cit., "Protección de menores en el Derecho Internacional Privado", en "El Derecho", 30-841. Acerca del Derecho de Familia patrimonial puede verse GUASTAVINO, "Derecho de Familia patrimonial. Bien de familia", 2a. ed., Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 1984; "Derecho de familia patrimonial. Partición de gananciales después del divorcio", Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 1985; "Bien de familia y alimentos debidos por su instituyente", en "El Derecho", 113; "Último beneficiario sobreviviente propietario exclusivo del bien de familia", en "El Derecho", entrega diaria, 19-3-87.

(22) GOLDSCHMIDT, "La ciencia . . ." cit..

(23) CIURO CALDANI, "Comprensión básica del régimen jusprivatista internacional de la letra de cambio", en "Boletín . . ." cit., Nro. 12, 1989, págs. 13 y ss.; GOLDSCHMIDT, "Jurisdicción internacional y juicio ejecutivo con respecto a un cheque internacional", en "El Derecho", 29-66 5.

5. En el Derecho del Trabajo se trata de amparar contra la explotación económica mediante jornales mínimos establecidos por el grupo, por la libertad de coalición y el reconocimiento de sindicatos, contratos colectivos y derecho de huelga, etc.. Se protege así contra los demás, respecto del mismo individuo y frente a lo demás (miseria). Hay que asegurar a los individuos trabajo en condiciones adecuadas mientras el trabajo siga siendo la base económica de la existencia, hay que brindar seguridad contra el paro forzoso, accidentes, vejez, invalidez, etc.. El jornal debe ser suficiente para la manutención propia y la de la familia (alimentación, vestimenta, alojamiento, asistencia médica, etc.). Las horas de trabajo deben tener extensión razonable. Debe haber vacaciones pagas. No se debe olvidar tampoco en esta materia la protección de los consumidores a los que naturalmente también pertenecen los obreros. Los contratos colectivos se conciernen entre patrones y obreros y despiertan la impresión de ser un reparto autónomo, pero en un gran número de casos los patrones conceden aumento de jornales trasladando luego los aumentos a los precios, perjudicando a los consumidores que no han sido parte en la celebración del contrato colectivo. En realidad tales contratos colectivos constituyen, pues, repartos autoritarios en los que patrones y obreros actúan como autoridades imponiendo cargas a los consumidores entre los que también ellos se encuentran, pero sólo en pequeña parte (24).

6. El Derecho Internacional Privado protege contra el régimen por el debilitamiento de éste, pero si es dominado por el Derecho Público el régimen amenaza y si es dominado por el mero Derecho Privado permite que unos particulares agredan a otros y también las agresiones del régimen y el supuesto bien común (25).

Gracias al aporte de Savigny el Derecho Internacional Privado se liberó de la opresiva noción de soberanía y contó con medios adecuados para encarar el respeto a los particulares vinculados al extranjero (26).

Con relación a los métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado, cuando el método directo permite la autonomía de la voluntad de los protagonistas y cuando el método indirecto posibilita que los repartidores extranjeros participen mediáticamente en la solución de los casos, son modos de debilitar el poder de los gobernantes nacionales protegiendo a los gobernados. El método directo del territorialismo y del extraterritorialismo ilimitado, al acentuar el poder de los gobernantes, disminuye esa protección pero puede llegar a amparar a los individuos contra otras fuerzas distintas del gobierno que también pueden amenazarlo (su propio gobierno extranjero, empresas, etc.) Hay en el método global un principio de protección individual de los destinatarios ante los repartidores pero a costa de dejar a los primeros a merced de fuerzas humanas difusas surgidas de las consecuencias imprevistas del obrar de los segundos repartidores. El método analítico, al escindir las reglamentaciones, protege relativamente a los destinatarios ante la posibilidad de que los repartidores entren en contradicciones y sus fuerzas se detengan entre sí. El método sintético puede proteger a los individuos contra amenazas de la anarquía pero a costa del riesgo de un nuevo acrecentamiento de la fuerza de los repartidores. El principal riesgo de la síntesis consiste en que se exceda este reforzamiento de los repartidores retomando al método global (27).

Las reglas de conflicto tutelan al individuo contra el régimen, como es inherente a toda división del poder. La nacionalidad, el derecho de extranjería, el derecho privado uniforme y las leyes de aplicación inmediata de carácter público pueden ser medios "preinternacionales" o "cuasiinternacionales" de protección del individuo contra el desorden internacional, pero aplicados a casos internacionales constituyen privilegios excesivos de los significados nacionales respecto a los extranjeros. A su vez, de cierto modo, el derecho privado uniforme supone una relativa división del poder entre los diversos países del marco "cuasiinternacional" que, como tal división, protege a los individuos contra el régimen.

(24) GOLDSCHMIDT, "La ciencia..." cit..

(25) CIURO CALDANI, "Filosofía, Literatura y Derecho", Rosario, FIJ, 1986, págs. 109 y ss..

(26) CIURO CALDANI, "Savigny y el Derecho Internacional Privado", en "Revista de Ciencias Sociales", Nro. 14, t. II, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, págs. 755 y ss..

(27) CIURO CALDANI, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, FIJ, 1978.

men. Las leyes de aplicación inmediata de carácter privado amparan al individuo respecto a los regímenes extranjeros injustos (28). Las normas de importación amparan contra el régimen y las de exportación protegen frente a lo demás como vacío de la comunidad internacional (29).

Entre los problemas generales de la ciencia del Derecho Internacional Privado el **fraude a la ley**, más afín al liberalismo político, protege contra los autores de la ley (régimen), pero puede ser una agresión contra los demás y contra sí mismo (los repartidores de la maniobra pueden autoagredirse) (30). En el cambio de estatutos, la ultratemporalidad protege, de cierto modo, contra el régimen y contra las maniobras fraudulentas de los demás, mientras que la retrotemporalidad lo hace respecto del propio pasado del individuo y lo demás (31). El orden público debilita la protección del individuo contra el régimen, pero a lo mejor gana en protección contra sí mismo, frente al régimen extranjero o contra lo demás (32).

Con relación a los puntos de conexión, diremos que los conductistas amparan contra el régimen, los reales contra sí mismo y los demás y entre los personales, la nacionalidad y la residencia resguardan contra sí mismo y los demás, mientras que el domicilio lo hace en relación al régimen. De los puntos de conexión conductistas, el paso de la autonomía a la ejecución y a la perpetración del acto ilícito corresponde al paso desde la protección contra el régimen a más amparo contra los demás, lo demás y sí mismo. En especial, la autonomía de la voluntad de las partes protege contra el régimen, pero el régimen de justicia supone también la protección del individuo contra los demás, si mismo y lo demás (enfermedades, soledad, etc.), para lo que se requiere en muchos casos la autoridad y la planificación (33). Si consideramos los puntos de conexión reales, el paso de la situación del inmueble por naturaleza a la registración, mediante el lugar de situación de los muebles, corresponde al paso de la protección contra los demás y sí mismo a cierto amparo frente al régimen (34).

El corte "subjetivo" o "petite coupure" tutela contra el régimen y el desarraigo y, en cambio, la unidad subjetiva ampara de cierto modo contra la propia voluntad (por eso el corte subjetivo se da en contratos). El corte "objetivo" o "grande coupure" tutela contra los arraigos de su propio pasado y frente al régimen; la unidad, en cambio, protege contra el desorden de la vida internacional (por eso el corte se da, sobre todo, en el matrimonio y en el contrato de trabajo) (35).

En la parte especial del Derecho Internacional Privado destacamos, en el marco de las empresas transnacionales, el fortalecimiento del posible agredido por el apoyo a la formación de "empresas de base" (cooperación, por ejemplo) y a la integración de empresas auténticamente multinacionales, reglamentaciones de relaciones entre las empresas y los sujetos agredidos por reglas legales como el derecho penal económico y, por otro lado, el debilitamiento del agresor, oponiéndole otros poderes, por ejemplo, mediante la búsqueda de la competencia entre las empresas, o tratando de desmembrarlo territorial, funcional o sustancialmente (división real del trabajo entre las empresas, imposición de ciertas

(28) CIURO CALDANI, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, FIJ, 1979.

(29) CIURO CALDANI, "Estudios Jusfilosóficos" cit., págs. 65 y ss..

(30) CIURO CALDANI, "Perspectivas . ." cit.; GOLDSCHMIDT, "El fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado sucesorio", en "La Ley", 1981-C,61.

(31) CIURO CALDANI, "Comprensión jusfilosófica del "cambio de estatuto", en "Investigación . ." cit., Nro. 14, 1989, págs. 9 y ss..

(32) GOLDSCHMIDT, "El orden público internacional en el Derecho Internacional Privado", en "El Derecho", 109-889.

(33) CIURO CALDANI, "La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del derecho aplicable", en "Juris", 1975-47; GOLDSCHMIDT, "La autonomía conflictual de las partes, su forma y su alcance", en "El Derecho", 109-711; "La autonomía de la voluntad intra y suprapositiva", en "La Ley", 148-1268.

(34) CIURO CALDANI, "Estudios de . ." cit., t.III, págs. 38 y ss.; "Los "puntos de conexión", el espacio jurídico y el puesto del hombre en el cosmos", en "Boletín . ." cit., Nro. 9, 1987, págs. 9 y ss.

(35) CIURO CALDANI, "Estudios de . ." cit., t. III, págs. 35 y ss..

ta participación nacional, etc.) (36).

Con referencia a la causa validez del matrimonio, el punto de conexión celebración protege al individuo contra el régimen personal y lo demás (la soledad de no tener familia), aún a costa de cierta desprotección respecto de los otros y de sí mismo (falta de edad), de lo demás (parentesco) y de alguna desprotección de los otros individuos (crimen y ligamen). Para remediar esta instrumentación relativamente deficiente aparece, en cambio, la reserva de los impedimentos contenidas en las características negativas de la consecuencia jurídica. La sujeción de los efectos de la nulidad a la ley del domicilio conyugal, diferenciándolos de la validez, protege contra los demás y sí mismo, aún a costa de disminuir el amparo contra el régimen y lo demás (37).

La elección de la residencia habitual del menor para los problemas filiatorios y de adopción protege contra los demás (familia de origen) y lo demás (desprotección y soledad), mientras que el domicilio del menor tutela contra el régimen (38).

La división entre forma y fondo de los actos jurídicos ampara contra el régimen y lo demás (distancia del asiento del fondo). La aproximación entre ellos, al impedir la manipulación de la forma, tutela a los terceros o partes contra los demás (partes) y además ampara a las partes frente a sí mismas (39).

Asimismo la diferencia entre fondo y proceso sirve especialmente a la protección del individuo contra el régimen y es afín al liberalismo político (40). Dentro del Derecho Procesal Internacional Privado, el auxilio judicial protege de los demás y lo demás (anarquía de la comunidad internacional). La ejecución de sentencias extranjeras tutela de cierto modo contra el régimen, porque se desarrolla al hilo de una mayor división del espacio mundial en diferentes gobiernos, aunque, de cierto modo, fortalece al régimen que sentenció. Para concretar esa tutela, el auxilio judicial tiende a ser efectivo mediante el exhorto judicial y la ejecución es más afín a la solicitud de parte. La ejecución está más emparentada con el Derecho Internacional Privado en sentido estricto, porque protege más contra el régimen (orden local) (41).

(36) CIURO CALDANI, "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas trasnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 43; GOLDSCHMIDT, "La extraterritorialidad de las personas jurídicas extranjeras públicas y privadas", en "El Derecho" 26-829; "Sociedades extranjeras y fondos comunes de inversión", en "Jurisprudencia Argentina", 10-1971, 217; "Enfoque normológico y trialista de las transacciones entre Estados y firmas públicas y firmas privadas extranjeras", en "La Ley", 1976-A, 621; "Enfoque tridimensional de las transacciones celebradas entre Estados y firmas públicas y firmas privadas extranjeras", en "La Ley", 1976-A, 674; 1976-B, 576 y 641; "Transacciones (convenios) entre Estados y empresas públicas y empresas privadas extranjeras", en "La Ley", 1975-D, 538.

(37) CIURO CALDANI, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado argentino acerca de la validez del matrimonio", en "Revista Española de Derecho Internacional", vol XXXIII, Nro. 2, 1981.

(38) CIURO CALDANI, "Los significados de la residencia habitual y el domicilio del menor", en "Boletín . . ." cit., Nro. 7, 1986, págs. 107 y ss..

(39) CIURO CALDANI, "Estudios de . . ." cit., t. III, págs. 50 y ss..

(40) CIURO CALDANI, "Un caso de Derecho Procesal Internacional Privado", en "El Derecho", t. 112.

(41) CIURO CALDANI, "Estudios de . . ." cit., t. III, págs. 67 y ss.; GOLDSCHMIDT, "Ejecución en la Argentina de sentencias extranjeras dictadas a raíz de demandas notificadas en la República al demandado por el abogado del actor y pronunciamiento en rebeldía de aquél", en "El Derecho", 18-430; "Exequatur de un laudo alemán", en "El Derecho", 41-696; "Requisitos de auxilio judicial internacional", en "El Derecho", 73-753; "El exequatur de una sentencia italiana", en "La Ley", 1982-A, 54.

LOS CONTENIDOS DEL DERECHO Y SUS POSIBILIDADES LOGICAS

Roberto J. VERNENGO (*)

Se suele criticar a Kelsen, desde un punto de vista político sobre todo, la tesis de que cualquier contenido puede ser derecho. Se entiende: derecho objetivo. Los iusnaturalistas consideran que esa tesis es incompatible con la moral o con lo que ellos consideran ser asunto moral. Los positivistas arrepentidos le reprochan haber permitido con semejante postulado las barbaridades del nazismo, con el que Kelsen no colaboró y ellos sí.

Pero la tesis no tiene mucho sentido mientras no se precise de qué se habla. Contenido del derecho objetivo son las materias que éste regula y las mismas están determinadas por las referencias de las oraciones que componen las normas que lo integran. Dado que el derecho, para Kelsen, es un sistema dinámico y, por ende, dado que un ordenamiento jurídico cuenta, en rigor, con una cantidad no enumerable de normas, habría que decir que el contenido del derecho objetivo es harto cambiante y que, históricamente, la afirmación kelseniana parece bien sensata frente a los múltiples aspectos que los derechos positivos han exhibido y actualmente muestran. Pero hay en juego cosas de otro tipo. Puesto que, esquemáticamente, una norma jurídica tiene, para Kelsen y para la mayoría de los juristas, una estructura típica: dispone que dado cierto conjunto de circunstancias (fácticas o lingüísticamente convencionales, y hasta la clase nula \varnothing), cierta conducta (propia o de terceros, individual o colectiva) queda consecuentemente regulada conforme a alguna modalidad deontica: (c1, c2, ..., cn) \rightarrow O (Axt). Esto es: dadas las circunstancias c1, ..., cn, la acción A del sujeto x es obligatoria en la circunstancia L. (Por circunstancia se entiende aquí los ámbitos temporales y espaciales de validez).

Ahora bien, ¿cómo entender entonces que cualquier contenido puede ser derecho objetivo? Es claro que la cuestión no atañe, en principio, al contenido —esto es: la referencia— de las circunstancias condicionantes. Los juristas excluyen algunas, las imposibles; los lógicos, otras, las tautológicas; y el sentido común de los políticos, los ciudadanos y los órganos de aplicación, aquéllas que parecen carecer de relación racional aceptada con el consecuente prescriptivo. Sin embargo, estas circunstancias condicionantes, que, por monotonía, pueden ser incrementadas indefinidamente limitan la extensión lógicamente posible del enunciado normativo completo, que canónicamente es un condicional material. Si c1 \rightarrow Op, pongamos, (c1 & c2) también implican a p, donde c2 puede ser cualquier cosa. La extensión o referencia de toda norma condicional, pues, puede ser cualquiera, si se mantiene la noción de consecuencia monotónica. Lo que hace a la tesis controvertida.

Pero la extensión del consecuente del condicional normativo también puede ampliarse indefinidamente, por tradicionales razones lógicas, como precisamente lo revela la llamada paradoja de Ross. Sin embargo, seguramente los críticos kelsenianos apuntan más bien a los datos componentes del consecuente de la norma, que se ha simbolizado arriba como O(Axt). La simbolización de la acción A, en algún tiempo y lugar t, no parecieran poder restringirse a algunas acciones, pues los juristas sostienen que cualquier acción puede ser objeto de regulación jurídica. No hay acciones ajenas al derecho, si consideramos que aún aquellas que son libres, en cuanto no son obligatorias ni prohibidas jurídicamente, tienen un status normativo fijado por algún ordenamiento jurídico. Para afirmar que la acción A es libre o facultativa es menester examinar el derecho positivo que sea para saber si no contiene una obligación o una prohibición que afecten a A; en ese respecto, el carácter normativo de A, sea él cual fuere, depende del derecho objetivo y no de la naturaleza de la acción misma.

Lo que se reprocha Kelsen más bien es que considere que A, sea la conducta que sea, puede ser regulada por cualquiera de los caracteres normativos disponibles. A puede ser tanto obligatoria, como prohibida y aún, ni lo uno ni lo otro. Si consideramos que estos tres caracteres nor-

(*) Universidad de Buenos Aires / CONICET.

mativos –O: obligatorio; V: prohibido, y F, definido como NO & NV– son exhaustivos en cuanto partición de las modalidades deónicas, y, además, que son interdefinibles entre sí mediante la negación o a partir de la modalidad débil subalterna, la mera permisión simple (P), no se ve bien cómo los críticos iusnaturalistas o ex-positivistas puedan rechazar la simple tesis kelseniana. Los primeros consideran que la relación entre la acción y su modalidad normativa no es contingente, sino que la naturaleza de la acción determina la modalidad posible; los ex-positivistas, desde un punto de vista político, consideran peligroso que esa contingente relación sea reconocida como tal. Pero la primera posición implica en todo caso una falacia reconocida, en cuanto pretende inferir una modalidad normativa, un sollen, de un enunciado no modal, violando el viejo principio de Hume. La preocupación de un Radbruch, ex positivista arrepentido, y de sus numerosos repetidores, parece, en cambio, poco científica y un tanto apresurada. El conocimiento científico del derecho no puede resignarse a desconocer las características efectivas de la relación examinada, porque la suponga políticamente riesgosa; el peligro político anunciado, por otra parte, no puede provenir de una mera característica lógica de las normas jurídicas. El riesgo no puede residir en una propiedad sintáctica de las normas, salvo que el peligro sea una invención fantástica, un artificio mental. Estos, sin embargo, no hacen correr riesgo real alguno a ninguna sociedad humana.

La tesis kelseniana –cualquier cosa puede ser objeto de regulación jurídica positiva– es correcta. No quiere decir ni surge de ella que las regulaciones jurídicas –esto es: la determinación del carácter normativo de una acción humana cualquiera– sean caprichosas. Ellas dependerán de variadísimas consideraciones y circunstancias que no cabe limitar conceptualmente. Las limitaciones que se pretenda legítima y justificadamente imponer a los órganos productores de normas, en el sentido de que ciertas conductas específicas sean excluidas de una u otra modalidad normativa, como cuando se quiere que una cierta conducta A no sea prohibida en circunstancias específicas, tienen que ser establecidas por otras normas que, por cierto, no se ajustan a los falsos presupuestos iusnaturalistas o del neo-positivismo arrepentido que regaña a Kelsen el sostener una tesis lógicamente correcta. Parecería más bien que la racionalidad o razonabilidad que políticamente exigimos de las normas positivas hace a la relación que entre una cierta acción y su caracterización normativa consideramos adecuada. Una acción cuyas circunstancias definitorias (sus ámbitos ocasionales o circunstanciales de validez) varían puede parecernos menesterosa de una caracterización deónica diferente: no es lo mismo matar en tiempo de paz que en tiempo de guerra y en combate, por ejemplo. Pero la caracterización deónica, en derecho y, seguramente, en otros códigos éticos, nos parece racional o razonable a la luz de sus antecedentes o condiciones: que A sea obligatoria bajo las circunstancias c1 y c2, es cosa que nos puede parecer inconveniente cuando las circunstancias condicionantes son c3 y c4. No es, la propia acción A, su “naturaleza” o “esencia” o “definición”, según se prefiera, la que determinaría la modalidad normativa que se le imponga, sino que más bien parece que dado un cierto conjunto de circunstancias condicionantes una u otra modalidad normativa nos puede parecer, subjetivamente, más o menos adecuada y conveniente, y objetivamente, puede haber sido establecida “racionalmente” por el legislador. Que el legislador imponga la obligación de vacunarse porque el signo del zodíaco es desfavorable nos parecería hoy irracional; esa obligación seguramente nos parecería adecuada si la vacuna es capaz de evitar el contagio y si existe una epidemia que hace posible la extensión del mal. Una obligación incondicionada (es decir: frente a un conjunto nulo de condiciones) es, jurídicamente, poco corriente: no se aceptaría así como así la obligación de vacunarse contra alguna enfermedad por que sí. Una obligación de vacunarse en todo caso (es decir: frente al conjunto universal de condiciones) tampoco parece suficientemente racional: no se aceptaría tal obligación ante cualquier, ante todo hecho. Parecería que requiriéramos, para considerar racional una regulación jurídica cualquiera, la presencia de ciertas condiciones que efectivamente constituyen razones suficientes o necesarias de la efectivización de la conducta que se regula, positiva o negativamente. Pero ello depende del nivel de conocimiento o de creencias existente en alguna sociedad, así como del status normativo de otras acciones que el derecho positivo ya ha regulado. La obligación de vacunarse, si existe vacuna eficaz conforme a los dictámenes de la medicina, si existe riesgo de epidemia, y si pretende mantener un cierto nivel sanitario en la población, siempre y cuando hayamos delegado en el Estado, por normas anteriores, la planificación de los servicios de salud, constituirá una norma aceptable, en cuanto **racionalmente** establecida y comprendida.

La tesis, pues, de que cualquier contenido puede ser derecho positivo no puede ser puesta de lado con argumentos simplistas o efectistas. No es tesis que permita sistemas totalitarios o enteramente arbitrarios: las reglas de formación del lenguaje del derecho no tienen poder para ello. La tesis, en cambio, no requiere sustentar creencias ontológicas sobre la naturaleza de las acciones, sino, más bien, da pie a pautas de crítica racional de cualquier norma positiva. La conveniencia (justicia u otro valor) de

una norma –esto es: su apreciación a la luz de alguna regla de preferencia, o “valor”– se mide, no en mérito a una supuesta “naturaleza” de la acción misma, sino a la luz de las circunstancias que pueden ser razón suficiente o necesaria para que se caracterice a tal acción de una u otra manera, cosa especialmente contingente, dado que las circunstancias condicionantes mismas lo son.

Buenos Aires, mayo 1991.