



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES**

**BOLETIN
DEL
CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE
FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL**

Nº 16



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

1993

©

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Form. R. N° 11529 Expte. N° 269173
FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS
San Lorenzo 1155 - 8º A - 2000 Rosario - Argentina

Salvo indicación expresa
el Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social no se identifica necesariamente
con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

Director responsable: Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani

Publicación al servicio del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de
Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina)
Tirada: 200 Ejemplares

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Dr. Juan Carlos Millet

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Daniel A. Erbetta

Vicedecano: Dr. Mario L. Ducler

Consejo Directivo

Consejeros docentes

Dr. Eduardo J. Barrios
Dr. Jorge R. Boasso
Dra. Silvia A. Cicuto
Dr. Miguel A. Ciuro Caldani
Dr. Iván J. M. Cullen
Dr. Roberto M. Natale
Dra. Myriam N. Pasquinelli
Dra. Adriana R. Pérez

Consejeros graduados

Dr. Anibal Faccendini
Dr. Hugo Hernández
Dr. Jorge E. Ivancich
Dr. Bernardo Sukerman

Consejeros no docentes

Sra. Elida De Persia
Sr. Hugo Elizondo
Sr. Juan C. Pansia
Sr. Eliseo Quiliggotti

Consejeros estudiantiles

Sr. Leonardo Arriaga
Sr. Javier Bolatti
Sr. Oscar Freddi
Sr. Daniel Hiayes
Srita. Julia Kyriakudin
Sr. Carlos López
Sr. Pedro Saggioratto
Srita. Angélica Sposito

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL

Director: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (Investigador del CONICET)

Investigadores

Dra. Ada Lattuca (Investigadora de la U.N.R.)
Lic. Elisa Antonia Dibárbora (Investigadora de la U.N.R.)
Dra. Graciela Gonem Machello (Investigadora de la U.N.R.)
Dr. Alfredo Mario Soto (Investigador de la U.N.R. - con licencia)

Docente afectada por extensión de funciones

Dra Blanca Di Salvo

INDICE

DOCTRINA

CIURO CALDANI, Miguel Angel

Bases axiológicas para la comprensión de la extinción de las obligaciones	9
Dignidad jusfilosófica de la pregunta	15
Iniciación de actividades de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.....	19
Jusfilosofía e integración	23
Marco jusfilosófico para la comparación del Derecho Internacional Público y el Derecho Comunitario	27
Reconstrucción y construcción en la interpretación	31
Significados jusfilosóficos inmanentes de la resurrección y la inmortalidad (En relación con la estética y la dinámica del ser y del valor)	37
Sintético recorrido histórico del interrogante jusfilosófico	41
Sistematización trialista de los objetos repartidores	45
Una nota de Teoría General del Derecho: comparación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal por la noción de delito	53

DI BARBORA, Elisa

Notas sobre el pensamiento de Kant acerca de la pena de muerte	57
--	----

GONEM MACHELLO, Graciela N.

Reflexiones sobre anormalidad y Derecho	61
---	----

LATTUCA, Ada

La discriminación inmigratoria	67
--------------------------------------	----

SOTO, Alfredo Mario

Ideas en torno a la relación entre Derecho y Economía	73
---	----

RESEÑAS

Archives de Philosophie du Droit, tomo 36, "Droit et science", 1991

(Miguel Angel CIURO CALDANI)	77
------------------------------------	----

Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie, Vol.79-1993, Fasc.1

(Miguel Angel CIURO CALDANI)	79
------------------------------------	----

Cour de Cassation (1re Ch. civ.), 25 de mayo de 1992 - M. Sekkiou c. Soc. Oxy Métal, con nota de Charles Jarrosson, en "Revue critique de droit international privé", t.81, N°4, octubre - diciembre 1992, págs. 689 y ss. (Miguel Angel CIURO CALDANI)

81

CHIN KIM, "New Japanese Private International Law: the 1990 Horei", en "The American Journal of Comparative Law", Vol XL, Winter 1992, Number 1 (separata)

(Miguel Angel CIURO CALDANI)	83
------------------------------------	----

FIEDLER, Leslie A., "The Tyranny of the Normal" (s/d)	87
(Alfredo Mario SOTO)	
JACKSON, Michael C., "Modernism, Post-Modernism and Contemporary Systems Thinking", en "Critical Systems Thinking", ed. por R. L. Flood y M. C. Jackson, 1992, John Wiley & Sons Ltd., págs.279 y ss. (Miguel Angel CIURO CALDANI)	89
Revue Internationale de Droit Compare, Año 44, Nº4, Octubre-diciembre de 1992 (Miguel Angel CIURO CALDANI)	95
STAUTH, Georg y TURNER, Bryan S., "Ludwig Klages (1872-1956) and the Origins of Critical Theory", en "Theory, Culture & Society" (SAGE, London, Newbury Park and New Delhi), Vol. 9 (1992), págs. 45 y ss. (Miguel Angel CIURO CALDANI)	97
VIGO, Rodolfo L., "Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas - Ross - Hart - Bobbio - Dworkin - Villey", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991 (Jorge STÄHLI)	99
NOTICIA DEL CENTRO	
Jornadas Interdisciplinarias sobre el Sistema Jurídico	107

BASES AXIOLOGICAS PARA LA COMPRENSION DE LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. Aunque el mundo jurídico es tridimensional, su legitimidad depende al fin siempre del valor justicia, o sea de la dimensión dikelógica (1). Es así como las fuentes de las obligaciones tienen al fin una única fundamentación, el desequilibrio injusto entre los patrimonios del deudor y el acreedor (2). Esto quiere decir que una potencia o una impotencia que están en el patrimonio de uno de los protagonistas deben estar en el de otro (3).

La fundamentación de ese desequilibrio patrimonial que sirve de apoyo último a las obligaciones puede surgir, en diversas medidas, de decisiones de las partes o de los alcances mismos de las potencias y las impotencias adjudicadas. Es así como pueden considerarse, respectivamente, la voluntad de los contratantes y la voluntad unilateral, por una parte, y el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, por otra.

El reconocimiento positivo de las obligaciones depende, sí, de una dualidad de autonomía o autoridad, de contrato y declaración unilateral de voluntad o de "ley", pero ninguna autonomía y ninguna autoridad, ninguna manifestación de voluntad de las partes o legislativa, pueden hacer que alguien esté en profundidad "obligado" si no existe el fundamento dikelógico del desequilibrio patrimonial. El reparto y la declaración de voluntad sólo obligan fundadamente si en justicia alcanzan para obligar.

En correspondencia con ese origen último de las obligaciones, también su extinción tiene como fundamentación última la desaparición del desequilibrio entre los patrimonios, sea que esta recomposición del equilibrio justo entre los patrimonios se deba al pago en que -de diversas maneras- confluyen los aspectos subjetivos y objetivos, o a otras causas de extinción: novación, cumplimiento de la condición o el plazo resolutarios, cumplimiento del pacto comisorio, transacción, renuncia o remisión, en cuanto a la voluntad de las partes; compensación, confusión, prescripción (4), imposibilidad del pago y frustración del fin del contrato (5), en cuanto al objeto de la obligación.

En profundidad, estas causas de extinción no son las únicas: la "obligación" se extingue siempre que desaparecen las razones de justicia que la originaron. Así, por ejemplo, también se extingue si por motivos ajenos al pago se cumple el objeto de la prestación debida (es el caso frecuentemente citado de que la demolición de una casa se torna innecesaria porque la derrumba un terremoto, resultando así una superfetación la búsqueda de un nuevo equilibrio patrimonial).

Claro está que para que la extinción tenga reconocimiento positivo se requieren la intervención de la conducción autónoma o autoritaria y la declaración de voluntad de las partes o del “legislador”, pero análogamente a lo dicho respecto a las fuentes de las obligaciones, no hay reparto ni declaración de voluntad que desobliguen profundamente si en justicia no alcanzan para desobligar (6).

En la prescripción que convierte una obligación “civil” en una obligación “natural”, al hablar de “extinción” se trata sólo de un debilitamiento de la obligación, por el transcurso del tiempo en ciertas condiciones. Algo análogo ocurre con la obligación que no ha sido reconocida en juicio por falta de prueba o cuando el pleito se ha perdido por error o malicia del juez.

2. Las potencias e impotencias de las obligaciones significan en definitiva valores y en los casos en que no se produce el pago, o sea la satisfacción lisa y llana de esos valores, hay que preguntarse en qué condiciones dichos valores pueden extinguirse.

En cada circunstancia una causa de extinción de las obligaciones puede tener significados axiológicos diversos, o sea, en esta perspectiva, valores distintos. Sin embargo, la novación, la transacción, la compensación, la confusión y el cumplimiento de la condición y del plazo resolutorios, la ejecución del pacto comisorio y la frustración del fin del contrato son causas más utilitarias, en tanto la renuncia y la remisión pueden dar algún juego mayor al valor amor. Si por utilidad se entiende el acortamiento de la relación entre medio y fin, una de las expresiones más utilitarias de la extinción de las obligaciones es la compensación. La frustración del fin del contrato es una clara muestra del fracaso de la relación entre medio y fin en la obligación respectiva. La diferencia entre la transacción por una parte y la renuncia y la remisión por otra se apoya, de cierto modo, en el sentido utilitario de la primera.

A medida que se sube en la jerarquía de los valores la extinción de las obligaciones requiere causas más fundadas. Cuando se trata de valores muy elevados, muy relacionados con la realización de la condición humana, como en las obligaciones previsionales y alimentarias, la renuncia y la remisión tienen menos posibilidades, porque el valor humanidad (el más alto a nuestro alcance) no puede ser abandonado.

3. Las diversas causas de extinción de las obligaciones ponen en juego diferentes vías para el descubrimiento de la justicia, o sea distintas clases de justicia. El pago, la novación, el cumplimiento de la condición y el plazo resolutorios, el cumplimiento del pacto comisorio, la transacción y de cierto modo la renuncia y la remisión ponen en juego la justicia consensual, en tanto la imposibilidad de pago, la frustración del fin del contrato y la prescripción se apoyan más en la justicia extraconsensual.

El pago, la novación, el cumplimiento de la condición y el plazo resolutorio, la ejecución del pacto comisorio, la compensación y la transacción ponen más en juego la justicia dialogal (donde juegan diversas razones); en cambio, la confusión, la renuncia, la remisión, la prescripción, la imposibilidad de pago y la frustración del fin del contrato tienen más parentesco con la justicia monologal (que desarrolla una sola razón).

El pago, la novación, la ejecución del pacto comisorio, la compensación y la transacción

tienden más afinidad con la justicia comutativa (con contraprestación). Por su parte, la renuncia, la remisión, la prescripción y la imposibilidad del pago están más cerca de la justicia espontánea (sin contraprestación).

El pago, la novación, el cumplimiento de la condición y el plazo resolutorios, el cumplimiento del pacto comisorio, la prescripción y la imposibilidad de pago se vinculan más con la justicia de aislamiento; la renuncia y la remisión tienen especiales afinidades con la justicia de participación y la transacción ocupa un lugar intermedio entre ambas vías.

Aunque la mayoría de las causas de extinción tienen relación con la justicia absoluta (que considera el caso aisladamente), la novación, la compensación y en alguna medida la confusión tienen cierta vinculación con la justicia relativa (que considera el caso en relación con otro u otros).

La prescripción introduce un elemento específico de justicia general (que mira directamente al bien común), diferenciado del espíritu de justicia particular con que pueden comprenderse más fácilmente las otras causas de extinción. Como las exigencias de justicia general caracterizan al Derecho Público y las de justicia particular al Derecho Privado, puede decirse que la prescripción introduce un elemento específico publicista, diferenciado del espíritu privatista con que pueden comprenderse más fácilmente las otras causas de extinción.

4. En el pago se tienen en cuenta las mismas influencias de justicia que en la causa de la obligación. La novación produce un desfraccionamiento de las influencias del porvenir y lo propio ocurre, aunque combinado con un fraccionamiento del complejo real (dadas las reciprocas concesiones) en la transacción. En la compensación se desfracciona el complejo real de las prestaciones y, de cierto modo, en la renuncia y la remisión hay fraccionamientos de las consecuencias que, en cambio, se desfraccionan en la confusión, en el sentido de atender a la identidad del protagonista.

De cierta manera, el cumplimiento de la condición resolutoria fracciona el complejo real y, en cambio, el cumplimiento del plazo resolutorio fracciona el complejo temporal. Ambos, por otra parte, se abren a las influencias del porvenir. La ejecución del pacto comisorio y la frustración del fin del contrato desfraccionan el complejo real y en algún grado, también, las influencias del porvenir. Por su parte, la prescripción significa un fraccionamiento del complejo temporal y, sobre todo, un desfraccionamiento de las influencias del porvenir, apertura ésta que se hace especialmente intensa en la imposibilidad de pago.

Como ocurre en todos los casos, también en la extinción de las obligaciones el fraccionamiento de la justicia produce seguridad jurídica y el desfraccionamiento genera inseguridad. Es notorio que la mayor seguridad se obtiene en el pago, donde juegan las mismas consideraciones de justicia de la obligación, fraccionándose todas las demás. Una de las maneras más energicas de búsqueda de la seguridad son los fraccionamientos de las reciprocas concesiones de la transacción y tal vez la máxima expresión de la inseguridad obligacional surja de la imposibilidad del pago.

5. La extinción de las obligaciones puede legitimarse, como todo reparto, desde los puntos

de vista de sus repartidores, sus recipientes, su objeto, su forma y sus razones. Deslindado el tema de la formalización de la extinción y refiriéndonos a su fundamentación, ésta puede producirse, desde la perspectiva de los repartidores, por la mayor autonomía que interviene en el pago, la novación y la transacción, incluso en la renuncia, en la remisión y en la ejecución del pacto comisorio y a menudo en el cumplimiento de la condición y el plazo resolutorios y por la mayor aristocracia (superioridad moral, científica o técnica) con que ha de decidirse la prescripción. En la renuncia y la remisión hay una autonomía relativamente parcial (o infraautonomía) y sobre todo en la ejecución del pacto comisorio hay afinidad con la autonomía delegada paralela (o paraautonomía).

Para poder reconocer si hay verdadera autonomía, hay que averiguar quiénes son en definitiva los recipientes de la obligación. Esto es significativo, por ejemplo, en cuanto a saber si quien renuncia o remite es el único recipiente de la parte respectiva.

A veces la jerarquía del objeto de la obligación (o sea de las potencias e impotencias respectivas) impide que la voluntad de las partes pueda renunciarlas legítimamente, como es posible que ocurra con las obligaciones previsionales o alimentarias, porque se relacionan con la realización de la condición humana.

Las causas de extinción "negociales", como la novación y la transacción, pueden producirse por formas de mayor negociación o adhesión. Cuando la causa de extinción es más "autoritaria", como en la prescripción, pueden recorrerse vías de proceso o de mera imposición.

6. Las causas de extinción de las obligaciones se vinculan de manera principal con la protección del individuo contra los demás, pero algunas como la imposibilidad del pago y la crecientemente reconocida frustración del fin del contrato están próximas a otras vías de resguardo, por ejemplo, al amparo del individuo frente a "lo demás".

7. En la perspectiva sociológica, algunas causas de extinción de las obligaciones provienen nítidamente de repartos, o sea de la conducción humana, y entre ellas se destacan el pago, la novación, el cumplimiento del pacto comisorio, la transacción, la renuncia y la remisión; en cambio, la imposibilidad del pago guarda a menudo más afinidad con las distribuciones que provienen de la naturaleza, de influencias humanas difusas o el azar.

La confusión, la frustración del fin del contrato y la imposibilidad de pago se vinculan especialmente con los límites necesarios de los repartos, surgidos de la naturaleza de las cosas. La confusión surge de un límite lógico, emergente de que nadie puede ser acreedor o deudor de sí mismo.

La novación, la transacción, la compensación, la frustración del fin y la prescripción se relacionan en especial con el orden de los repartos. Lo propio ocurre cuando la imposibilidad del pago es por motivo legal. A su vez, en la novación y la transacción hay más afinidad con la ejemplaridad, que realiza el valor solidaridad, y en la prescripción y la imposibilidad legal tiene más intervención el plan de gobierno en marcha, que satisface el valor previsibilidad. En la novación y la transacción hay una recomposición solidaria de la obligación; en la prescripción y la imposibilidad legal juega especialmente la búsqueda de la previsibilidad.

el
le
en
el
la
la
ja
fa
en
a
is
es
on
en
is
n.
la
la
le

se
el
n;
ie
in
s.
le

se
el
la
ie
la
in

En el pago, la compensación y la confusión hay, en diversos grados, cumplimiento de la finalidad objetiva de la obligación, en tanto en la novación, en la transacción, en la renuncia, la remisión, la ejecución del pacto comisorio, el cumplimiento de la condición o el plazo resolutorio, la frustración del fin y la imposibilidad del pago, esa finalidad se ve interrumpida, sobre todo en los cinco primeros de estos casos, por la finalidad subjetiva de los protagonistas.

8. En la perspectiva normológica cabe señalar que algunas causas de extinción de las obligaciones se apoyan más en las fuentes surgidas de la voluntad de las partes, según sucede en la novación, la transacción, la renuncia y la remisión, en tanto otras, como la confusión, la prescripción, la imposibilidad de pago y la frustración del fin guardan más relación con las fuentes que nacen de la voluntad del legislador.

Hay causas de extinción de las obligaciones que son más negociales, como la novación, la transacción, la renuncia y la remisión, y otras con las naturales diferencias que hay en todos los casos son más institucionales, como la prescripción, la frustración del fin del contrato y la imposibilidad de pago.

9. Un enfoque que también resulta significativo es el de la relación entre la fuente de la obligación y la causa de su extinción, que pueden ser homogéneas o heterogéneas. Si bien en la fundamentación ambas se hacen homogéneas en la justicia, puede haber particularidades que las igualen o diferencien. Así, por ejemplo, es relevante considerar la mayor homogeneidad que hay en la renuncia a una obligación contractual respecto de la renuncia a una obligación legal. Es notoriamente diferente el grado de fundamentación que deben tener la renuncia a un crédito por un mutuo y la renuncia a un crédito alimentario fijado por ley.

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

(1) Puede 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.

(2) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones", en "El Derecho", t.102, págs. 996 y ss.

- (3) Aunque el orden justilosófico de estudio de las dimensiones del Derecho es socio-normo-dikológico, creemos que a veces, como en el caso de las fuentes de las obligaciones, resulta especialmente esclarecedor centrar la atención en la dimensión dikológica.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión justilosófica de la prescripción", en "Investigación y Docencia", N°17, págs. 23 v ss.
- (5) Puede v. el excelente trabajo de NICOLAU, Noemí Lidia, "La frustración del fin", en "La Ley", 23-II-1993.
- (6) Acerca de la extinción de las obligaciones pueden v. por ej. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", 5a.ed., Bs.As., Perrot, 1983, t.I, págs. 507 y ss. y t. II, págs. 7 y ss.; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", 2a.ed., Bs.as., Perrot, t.II B, 1975, págs 89 y ss. y t.III, 1977, págs. 7 y ss.; ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, Oscar José - LOPEZ CABANA, R.M., "Curso de obligaciones", Bs.As., Abeledo-Perrot, t.I, 2a. ed., 1982, págs. 93 y ss. y t. II, reimprisión, 1978, págs. 293 y ss.; COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", 2a.ed., Bs.As., 1928, págs. 386 y ss.; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", 2a.ed., la reimpr., 3, La Plata, Platense, 1980, págs. 3 y ss.; REZZONICO, Luis Marla, "Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil", 9a. ed., Bs.As., Depalma, 1964, t.I, págs. 721 y ss. y t. II, págs. 855 y ss.; LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones", trad. Jaime Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, t.I, 1958, por ej., págs. 408 y ss., MAZEAUD, Henry Léon - MAZEAUD, Jean, "Lecciones de Derecho Civil", trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, esp. Parte 2a., vol. III, Bs. As., EJEA, 1960; Messineo, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", trad. Santiago Sentís Melendo, t.IV, Bs.As., EJEA, 1955, esp. págs. 355 y ss. También v. por ej. diversos artículos en la "Enciclopedia Jurídica Ormea", voces "Compensación" (Dr. Eduardo Cortés Giménez, t.III, págs. 432 y ss.), "Condición" (Dr. Luis María Boffi Boggero, t.III, págs. 675 y ss.), "Pago (imposibilidad del)" (Dr. Manuel Ossorio y Florit, t.XXI, págs. 369 y ss.), "Novación" (Dr. Isidoro Hernán Goldenberg, t.XX, págs. 415 y ss.), "Remisión y condonación de la deuda" (Dr. Manuel Ossorio y Florit, t. XXIV, págs. 659 y ss.), "Obligaciones y su extinción por confusión" (t.I apéndice, págs. 516 y ss.).

DIGNIDAD JUSFILOSOFICA DE LA PREGUNTA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Con cierta paráfrasis de Unamuno (1) puede decirse que el hombre fue apareciendo cuando los animales fueron adquiriendo la vocación por la pregunta. La capacidad de preguntarse es, quizás, la característica que más diferencia al hombre de los seres "inferiores" y de la Divinidad, ya que en unos la intensidad de la pregunta no existe o es muy inferior y en la otra se supone la omnisciencia. Puede afirmarse que el hombre es el ser que se pregunta.

La pregunta difiere de mera duda (diversa de la "duda metódica", que es una orientación de la pregunta) y obviamente también de la respuesta. A diferencia de la duda, la pregunta supone la posibilidad de una respuesta.

Aunque no somos víctimas de la ilusión de creerla totalmente libre, la pregunta es en gran medida la asunción psíquica de las infinitas posibilidades de la vida y del universo. Para el hombre, vivir es en gran medida preguntarse.

La pregunta exige la lealtad y el coraje de asumirla en plenitud, en todos los despliegues intelectuales y discursivos que sean necesarios. Primero hay que formularla admitiendo que puede tener resultados desagradables y luego hay que satisfacerla, superando la ignorancia y evitando las respuestas erróneas y falsas. La verdadera pregunta es la que se abre a la verdad, que es conocimiento humanizante.

La pregunta ha de ser auténtica desde el sujeto, penetrante en cuanto al objeto y en definitiva realizadora de la verdad. Como toda realización valiosa, la pregunta puede hacerse, desde el punto de vista del sujeto, con mera virtud intelectual, en que se sabe que se hace lo valioso pero no se lo realiza por amor a lo valioso, o con virtud intelectual y moral, en que se sabe que se hace lo valioso y se lo realiza por amor a lo valioso. Los motivos de la pregunta son infinitos. Dado que el hombre se pregunta por lo que le interesa y ha de interesarse por lo valioso, sus preguntas son verdaderamente tales en la medida que se abren a la verdad por ella misma y en relación con la salud, la belleza, la justicia, la santidad, el amor, la educación, la seguridad, etc., para referirse en definitiva al valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser).

La pregunta misma puede ser falsificada. La pregunta es falsificada cuando se alza contra la verdadera pregunta que corresponde para la verdad respectiva, sea porque la mutila, la desborda o directamente la sustituye. La pregunta es de cierto modo como una lámpara que va iluminando la senda de la verdad que se alcanza con la respuesta. Hay que cuidarse de no quedar

a oscuras, sin la pregunta, pero también de no quedar deslumbrado por la pregunta, sin recorrer el camino y alcanzar la meta. Las preguntas meramente deslumbrantes son preguntas falsas. Un tema sumamente interesante, pero que escapa a los propósitos de este estudio, es el de las relaciones de correspondencia o mera yuxtaposición que pueden producirse entre pregunta y respuesta.

La pregunta debe hacer frente a límites necesarios y voluntarios. Los primeros surgen de la naturaleza de las cosas, v.gr. de las inclinaciones psíquicas del sujeto, del estado de conocimiento de la humanidad, de los medios disponibles para su asunción y desenvolvimiento y de la propia realidad a conocer. Los segundos los establece la voluntad del sujeto que interroga.

La pregunta es infinita, como el mismo universo a conocer, de modo que nos veinos obligados a fraccionarla y así se obtiene certeza, pero debemos fraccionarla cuando no es posible preguntar más (2). Al fin la pregunta es siempre más amplia que la respuesta. Aunque la pregunta es uno de nuestros títulos de mayor grandeza, estamos de alguna manera “condenados” a la pregunta. Mientras el hombre conserve su vocación de crecimiento, mantendrá siempre la sed inmensa de pregunta.

Como momento del saber, la pregunta es tridimensional, con sus despliegues gnoscológico, lógico y “aletológico” o “ateneológico” (es decir, este último, referido a la realización del valor verdad) (3). La apertura especial a la pregunta es en general, aunque con diversas intensidades, característica del conocimiento científico en general.

2. Dentro de ese marco de jerarquización de la pregunta se destaca la Filosofía, como diálogo constantemente renovado entre pregunta y respuesta. Una pregunta que no busca respuesta no es siquiera verdadera pregunta, pero una respuesta que no lleva no sólo la posibilidad de nuevas preguntas sino la de su propio replanteo no es verdadera Filosofía. La pregunta y la respuesta aisladas, sin el diálogo entre ellas que las nutre recíprocamente, son en definitiva estériles, sobre todo desde el punto de vista filosófico (4).

Hay filosofías más basadas en la pregunta, como la de Sócrates, y hay otras más orientadas a la respuesta, al punto que tienden a aferrarse a ésta y a dejar de ser verdaderas filosofías, como por ejemplo la de Hegel o la de Marx. También hay que reconocer el valor indirecto de pregunta que tienen todas las afirmaciones, sobre todo si son muy audaces, como las de Nietzsche.

El propio nombre de “Filosofía”, como amor a la sabiduría, “amor” (proyección, interés) dirigido a la sabiduría, que tiene una apertura diversa del mero “saber”, muestra la inmensa dignidad de la pregunta filosófica.

La Filosofía es un saber con vocación de universalidad y pretensión de eliminar los supuestos, que debe realizarse como un quehacer personal. La “reflexión” de la pregunta, que se expresa magníficamente en el socrático “saber que no se sabe”, es por su vocación universalista y su pretensión de eliminar los supuestos una de las maneras más significativas del preguntar (5). A su vez, cada obra filosófica vale no sólo por lo que responde sino por lo que sugiere como pregunta. Como lo mostró el paradigmático Sócrates, preguntar, dando oportunidad a la pregunta y la respuesta del otro, es una de las maneras más elevadas del filosofar (6).

3. Reconocida la dignidad de la pregunta en la condición humana y en la Filosofía, cabe preguntarse por la profunda significación de la pregunta en las perspectivas jusfilosóficas (7).

Desde el punto de vista jurídico-sociológico, la pregunta es un reparto de potencia e impotencia, porque la posibilidad del conocimiento es vida. De aquí que hay que pensarla con todas las perspectivas y dificultades del reparto. Como todo reparto, se produce en un marco de adjudicaciones en el que no cabe descartar no sólo los otros repartos sino las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. La pregunta, en este caso como reparto, puede desarrollarse en un orden vertical (planificado con sus protagonistas y sus criterios supremos) u horizontal (por la ejemplaridad que surge de la razonabilidad). A su vez, la pregunta conmueve el orden de adjudicaciones de las respuestas establecidas y puede llegar a ser revolucionaria e incluso anárquica. De aquí la hostilidad con que suelen mirarla las fuerzas conservadoras y el deslumbramiento que padecen a veces las tendencias anarquistas.

En cuanto a la perspectiva jurídico-normológica, la pregunta puede conmover las instituciones. Puede llegar a suponer un "borrón y cuenta nueva" con referencia a las ideas y las realizaciones consagradas.

Desde el punto de vista jurídico-dikológico, la pregunta supone una respuesta que ha de darse en el futuro, de manera que significa siempre un desfraccionamiento de las influencias del porvenir, con el consiguiente riesgo de inseguridad; pero la "seguridad" máxima quizás esté en la muerte. Como la verdadera pregunta humaniza también es justa, de modo que es un derecho humano de los más fundamentales. Además, en la pregunta se satisfacen los tres requisitos básicos de un régimen humanista. Es igualitaria y democrática; respeta la unicidad y es liberal y es patrimonio común de la humanidad y resulta ingrediente de la "res publica". La pregunta protege contra el régimen del saber establecido.

4. Aunque todo estilo de vida es un estilo de pregunta, hay algunos más inclinados a la pregunta y otros a la respuesta. Así, por ejemplo, hay períodos históricos más inclinados a la pregunta, donde suelen producirse los grandes cambios, y otros más referidos a respuestas logradas, donde esos cambios se estabilizan. Así, v.gr., los tiempos del Renacimiento y de las revoluciones de fines de la Edad Moderna y comienzos de la Edad Contemporánea fueron épocas de gran intensidad de la pregunta. Como esas transformaciones históricas fueron encauzadas por la pregunta no provocaron el caos que significó, por el contrario, el fin de la Edad Antigua con la caída del Imperio Romano de Occidente en poder de los bárbaros.

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

(**) Investigador del CQNCET. Profesor Titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R. (Filosofía del Derecho -cátedra III-. Introducción al Derecho -cátedra I- y Derecho Internacional Privado).

(1) UNAMUNO, Miguel de, "Del sentimiento trágico de la vida", 11a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1967, págs 23 y ss.

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La Justice et la vérité dans le monde juridique", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 1983, LXIX, Fasc.4, págs. 446 y ss.; "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica", en "Revista de la

- Facultad de Derecho" de la UNR, Nos. 2/3, págs. 89 y ss.; "Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia", en "Zeus", I. 29, págs. D.175 y ss.
- (3) La dimensión aletológica o ateneológica es propia de la ciencia, de modo que, por ejemplo, acerca del objeto de estudio Derecho (con sus tres dimensiones sociológica, normológica y díkelógica) hay un saber científico con sus respectivas tres dimensiones gnoseológica, lógica y aletológica o ateneológica.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, esp. págs 21 y ss.; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, I.I, 1991, págs.4 y ss.
- (5) V. PLATON, "Apología de Sócrates", Irad. Conrado Eggers Lan, 4a.ed., Bs. As., EUDEBA, 1979, por ej. pág. 128 (21 d).
- (6) Decía el viejo maestro ateniense, al punto de la muerte: "Yo los respeto, señores atenienses, y los estimo, pero he de obedecer al dios antes que a ustedes, ...Y si alguno de ustedes me disputara y afirmara que él se ocupa...lo interrogaré, lo examinaré, lo refutaré." (PLATON, op. cit., pág. 149 -29 e.).
Personalmente, como tenemos fuerte conciencia de la inmensidad de la ignorancia humana poseemos un respeto casi religioso por la pregunta y un interrogante debajo de cada respuesta.
- (7) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico que utilizamos para la comprensión jusfilosófica del significado de la pregunta, pueden v. por ej. 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.

INICIACION DE ACTIVIDADES DE LA MAESTRIA EN FILOSOFIA DEL DERECHO PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

El hombre es en gran medida un ser que "reflexiona" y una de los medios más apropiados para la reflexión es la vida universitaria, sobre todo cuando, como en nuestro caso, ésta es de postgrado. Para comprender en común el significado de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado es relevante que revisemos el significado de cada uno de los elementos que componen la expresión.

La idea de Maestría nació en gran medida en la Edad Media, cuando las universidades otorgaban títulos de bachiller, licenciado y maestro o doctor, reservándose esta última expresión para quienes estaban habilitados para enseñar. En última instancia, maestría significaba destreza en un arte, principalmente en la filosofía, pero en general se decía que alguien era maestro cuando, terminado su período de aprendizaje, era capaz de realizar una "obra maestra" y podía ahora también enseñar a otros. En nuestro caso, adelantémoslo, la obra maestra que se requiere es la "tesina", pieza culminante del plan de estudios de la Maestría.

Si bien la idea de Maestría tiene una larga historia, en algunos medios, entre los que se halla el nuestro, se encuentra de cierto modo desdibujada. Ha contribuido a esto la idolatría de los títulos de "Master" anglosajones de los años sesenta que, en aras del eficientismo y el cientificismo, llevó a menudo a consecuencias opuestas, de descrédito de la propia ciencia y de la propia técnica.

Cabe preguntarse si la Maestría es un nivel intermedio antes del doctorado, una especialización o una carrera autónoma. Aunque reconocemos que puede brindar créditos para el doctorado y también para estudios de especialización, entendemos que es un estudio autónomo, con un espíritu propio.

La enseñanza de postgrado en general y en Argentina en particular es particularmente exigida, sobre todo, cuando en países como el nuestro hay una formación de grado con deficiencias. Puede decirse que en muchos aspectos en Argentina la formación secundaria "no existe" y, si bien la educación universitaria de grado es relativamente mejor, también adolece de fallas que en gran medida surgen de la confusión de la democracia con la masificación. Entendemos que la mejor medida de salvar del derrumbe a la enseñanza universitaria de grado es cultivar la educación de postgrado, que puede realimentarla.

La crisis de la educación universitaria de grado ha tendido un abismo entre docencia e investigación, incluso entre los docentes y los alumnos "reales" (ya que muchos docentes y

alumnos lo son sólo de nombre). La Maestría debe salvar esa diferencia, logrando que los egresados de sus cursos sean capacitados para la investigación y la docencia de alto nivel científico.

Para realizar estos objetivos hay que lograr la excelencia, la interdisciplinariedad y la profundización. La excelencia, entendida no en términos de elitismo y científicismo, sino de excelencia humana, obtenida en el marco universitario a través de la ciencia. La Maestría tendrá éxito si sus egresados son mejores hombres, en este caso, desde el punto de vista científico.

La interdisciplinariedad es una manera necesaria de lograr la actualización de la formación científica, en una época de crisis donde se deben superar todos los compartimientos estancos que nos legó, sin perjuicio de su inmarcesible brillo, el pensamiento moderno y contemporáneo. Nuestro tiempo es y debe ser, en mucho, el tiempo de la superación de las barreras problemáticas y conceptuales del saber.

Para que haya excelencia e interdisciplinariedad verdaderas debe haber profundización y esto sólo se logra a través de la Filosofía, que es un saber con vocación de universalidad y pretensión de eliminar los supuestos. Es más, a través de la Filosofía han de comprenderse mejor los problemas de nuestro momento histórico, por ejemplo, de la inequitativa distribución de las oportunidades y de la masificación, de la rutina, del hambre, de la gloriosa y riesgosa ingeniería genética, de la degradación del medio ambiente, etc. Todas estas cuestiones, que han de comprenderse filosóficamente, obligan a superar los compartimientos estancos del saber tradicional.

La problemática del Derecho es una, como la vida misma, pero puede encararse desde múltiples perspectivas y, en nuestro caso, hemos decidido enfocarla a la luz de la Filosofía, pero penetrándola desde el Derecho Privado. En realidad creemos que también debería haber en nuestra Casa otra Maestría, en Filosofía del Derecho Público, para que los enfoques convergieran y se enriquecieran en la visión del todo, pero entendemos plenamente legítimo haber optado, en nuestro caso, por la Filosofía del Derecho Privado.

En primer lugar, influye en esta fundamentación la tradición de nuestra Casa, con presencia especialmente fuerte del Derecho Privado. En segundo lugar, consideramos que el Derecho Privado es la perspectiva jurídica que más funciona en nuestro tiempo, aunque las defucciones del Derecho Público sean una de las causas de su frecuente desborde.

Entendemos que las grandes líneas que identifican al Derecho Privado son la autonomía de las partes, la negocialidad, la justicia particular, la unicidad y la integración de la justicia con fuertes cargas de utilidad. Sin embargo, es notorio que la autonomía requiere también autoridad, que la negocialidad exige asimismo institucionalidad, que la justicia particular no excluye la justicia general (que busca directamente el bien común) y que la utilidad no es el único valor con el que la justicia debe tener relaciones de integración. Todos estos otros caracteres corresponden al Derecho Público, pero esta perspectiva jurídica está en una grave crisis.

En nuestros días hemos presenciado la crisis del marxismo leninismo, que no sabemos cómo ha de concluir, pero ha evidenciado carencias irreversibles. En nuestro tiempo vemos, en general, la crisis del Estado, al que el marxismo leninismo y otras corrientes exaltaron, aunque fuera con una referencia pretendidamente momentánea. En nuestra hora vemos la crisis del Derecho Público, sumido con tanta gravedad en la corrupción y la incompetencia. Esta crisis del Derecho Público es altamente riesgosa, porque puede significar posibilidades de que súbitamente se produzcan explosiones autoritarias (aunque creemos que, desaparecido el desafío

comunista, se hacen menos posibles por la incompatibilidad con el espíritu de mercado del capitalismo) o en la dictadura del mercado, en que el consumo puede devorar a la producción y ambos devorar, en definitiva a la condición humana (***)). Ante la defección del Derecho Público, el Derecho Privado debe replantearse para tratar de contribuir, en cuanto esté a su alcance, a la recomposición del equilibrio jurídico.

Para contribuir a estos replanteos convoca la Maestría en Filosofía del Derecho Privado. Su plan de estudios parte de un Seminario acerca de la problemática de la educación jurídica de postgrado y de la investigación jurídica y de Derecho Civil Profundizado, que se cursan en primer año. Derecho Comercial Profundizado (en nuestro tiempo de replanteos interdisciplinarios podrían ser, junto con Derecho Civil Profundizado, Derecho Privado Profundizado I y II), Derecho Internacional Privado Profundizado o Derecho Privado Comparado (una de estas dos a opción del alumno) y Filosofía del Derecho Privado, componen el segundo año. Se requiere el manejo de una lengua extranjera, que facilite el diálogo de la universalidad de la cultura, y el plan culmina en lo que debe ser el "broche de oro" de la Tesina, verdadera prueba de la maduración de la Maestría.

¡Ojalá todo esto pueda hacerse realidad, para bien de nuestra propia condición humana y la de la comunidad toda! (****).

(*) Ideas básicas de la exposición del autor, director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R., pronunciada en el acto de inauguración de las actividades de la nueva Carrera, llevado a cabo el 19 de abril de 1993 con la presencia del Decano de la Casa, doctor Daniel A. Erbetta, profesores, alumnos y el colaborador de secretaría de la Maestría. Concluidas las palabras del autor, brindó una exposición el doctor Daniel A. Erbetta.

(**) Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad e Investigador del CONICET.

(***) El autor destaca la consideración de esta problemática de la crisis del Derecho Público que viene realizando con el doctor Mario E. Chaumel en el marco de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad.

(****) Puede v. por ej. AGULLA, Juan Carlos y otros, "Universidad Cuaternaria" (recop.), Bs.As., Fundación Casa de la Cultura de Córdoba, 1992.

JUSFILOSOFIA E INTEGRACION (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Como ocurre con toda teoría, el valor de una jusfilosofía se decide en definitiva por su aptitud para dar respuesta valiosa a los problemas de la vida. Uno de los problemas vitales contemporáneos más idóneos para mostrar el valor de las corrientes jusfilosóficas es el de la integración (1).

Quizás como una expresión más de la crisis de la cultura "moderna" (en parte valiosa y en alguna parte "disvaliosa"), se vive en nuestros días la superación de los moldes de los Estados nacionales en procesos integradores de grandes conjuntos de países (los principales son las Comunidades Europeas, el NAFTA y el que encabeza Japón). Uno de los retos para la calidad de toda jusfilosofía es su aptitud para contribuir a resolver los problemas de la integración.

2. Las posibilidades respectivas de las corrientes jusfilosóficas "infradimensionalistas", que no atienden a la realidad social, las normas y los valores, son limitadas (2). Valen como ejemplos las estrechas posibilidades de los "unidimensionalismos" normológico, sociológico y dikelógico. El primero, que pretende la "pureza" del Derecho reduciéndolo a normatividad, como lo exemplifican las ideas de Kelsen, limitaría el papel del jurista a brindar moldes lógicos para el proceso de integración, desentendiéndose en mucho de la dinámica de la realidad social y de los cambiantes valores de la integración. El segundo unidimensionalismo, que reduce el Derecho a meros hechos, carece del vuelo conceptual y valorativo necesario para hacer frente a los grandes problemas de la integración. Un hombre de Derecho encuadrado en este enfoque será un técnico muy distante del rico aporte de vuelo científico y humano que puede proporcionar el fenómeno jurídico. El tercero de los unidimensionalismos es referido exclusivamente a los valores y de modo a veces excluyente a la justicia, que son abordados apriorísticamente, de manera que este planteo está lejos de tener la comprensión dinámica exigida en la integración. Los valores planteados apriorísticamente no pueden ser sino al fin valores falsificados, y el protagonismo que de resultas de ese enfoque falte al jurista será en definitiva protagonismo quitado al valor que se reconoce legítimamente como uno de los más altos que puede realizar el ser humano, la justicia (cuya exigencia última es adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, para que se personalice).

Los tres unidimensionalismos están, también, lejos de poder abrirse a los planteos

interdisciplinarios que requieren, para la imprescindible renovación del saber, los nuevos problemas de la integración. Las posibilidades interdisciplinarias de estos unidimensionalismos se ciñen en gran medida respectivamente a los enfoques lógico, sociológico y filosófico, pero entendiendo aquí a la filosofía en un sentido esclerosado, ajeno a la dinámica de la vida que debe esclarecer.

En última instancia, estos planteos más o menos "puros" y compartmentalizadores del saber corresponden, como tales, a enfoques demasiado tributarios del pensamiento moderno, en una época en que uno de los aspectos valiosos de la "postmodernidad" es la exigencia de las visiones interdisciplinarias y del conjunto del saber. Si no hay que abandonar el rigor científico del pensamiento "sistemático" de la "modernidad", hay que comprender, sí, la ineludible exigencia de superarlo trascendiendo su compartmentalización (3).

3. A diferencia de esas limitaciones, los planteos auténticamente tridimensionalistas y de modo especial la teoría trialista del mundo jurídico (4), contribuyen a mostrar en una "complejidad pura" todos los despliegues socio-normo-dikelógicos de los procesos de integración, con la cabal riqueza dinámica que exige el cambio de hechos, normas y valores. A la luz del tridimensionalismo se reconoce, al fin, que la problemática de la integración, como todas las cuestiones jurídicas, ha de concluir en la realización del valor justicia en los hechos y las normas. El papel del jurista tiene entonces toda la jerarquía que le corresponde por los valores que debe representar y, al fin, por el alto nivel del valor justicia.

A través del tridimensionalismo, sobre todo en la medida que se refiere a la complejidad de la vida (como sucede con las nociones trialistas de potencia e impotencia) quedan abiertas las puertas para la integración interdisciplinaria con los respectivos horizontes sociológico, lógico y filosófico, entendiendo a la filosofía, ahora sí, en toda la dinámica que le da la referencia a la vida plena.

Además, el planteo trialista permite hacerse cargo, a través del enfoque del "sistema jurídico", de toda la estrategia que requiere el proceso de la integración, interrelacionando el juego del Derecho Internacional Pùblico, que ha de convertirse en Derecho Comunitario y quizás en un nuevo Derecho nacional, del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo y el Derecho Tributario, el Derecho Procesal e incluso el Derecho Penal, como asimismo del Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Privado, que ha de convertirse crecientemente en Derecho Privado Internacional y, tal vez, en un nuevo Derecho Privado "interno" (5).

Es más, a través del tridimensionalismo, y en particular del planteo trialista que sostengamos (6), es más viable reconocer al mundo jurídico como política jurídica en el continente político general, entendido como marco también tridimensional de posible realización de la convivencia (la coexistencia valiosa). Entonces se alcanza una visión más interdisciplinaria de la integración y, en una nueva "complejidad pura", la política jurídica se interrelaciona (se "integra"), por ejemplo, con la política económica signada por las exigencias del valor utilidad; con la política científicotécnica, reconocible en diversos grados por los requerimientos del valor verdad; con la política sanitaria, individualizable por las exigencias del valor salud; con la

política educacional, la política de seguridad y, en su conjunto, la política cultural, todo con miras a la realización convivencial de la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Entonces el Derecho es comprendido como un elemento de la estrategia política general de la integración.

Además, con los enfoques del tridimensionalismo y en especial de los desarrollos trialistas se hace más posible la comprensión interdisciplinaria de los despliegues temporales y espaciales de la integración, que se muestran en la Historia del Derecho y de la Política y en el Derecho y la Política Comparados.

4. El tridimensionalismo y la teoría trialista de manera especial son las expresiones jusfilosóficas más capaces para asumir el desafío de la integración y, también, para hacerse cargo de los retos de la "postmodernidad" sin abandonar las grandezas de la tradición "moderna". También desde esta perspectiva se advierte su alta jerarquía teórica (7).

- (+) Ideas de la exposición del autor en el panel sobre "La interdisciplinariedad en la Integración y el Derecho Internacional Privado" llevado a cabo en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el 25-III-1993.
- (**) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Técnicas de Integración", en "Investigación y Docencia", Nº 18, págs. 101 y ss.
- (2) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 33 y ss.
- (3) Acerca de la abundante bibliografía referida a la post-modernidad c. v. gr. VATTIMO, Gianni, "El fin de la modernidad", trad. Alberto L. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1990; JAMESON, Frederic, "El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado", trad. Pardo Torlo, reimpr. arg., Bs. As., Paidós, 1992. También es posible v., en este mismo "Boleíín", la reseña que presentamos de "Modernism, Post-Modernism and Contemporary Systems Thinking" de R. L. FLOOD y M. C. JACKSON.
- (4) Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico c. v. gr. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; 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. Acerca del Tridimensionalismo, v. por ej. REALE, Miguel, "Teoría Tridimensional del Derecho", 4a. ed., São Paulo, 1986.
- (5) Nos referimos a "sistema" en el sentido "débil" de combinación de partes con un resultado conjunto. Se trata, claramente, de un sistema "abierto". A la luz del rico denominador común trialista la relación entre las ramas del mundo jurídico deja de ser una mera yuxtaposición, como la que se presenta habitualmente, por ejemplo, en los planes de estudio. Pueden tenerse en cuenta, v.gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.; del mismo, conjuntamente con ARIZA, Ariel - CHAUMET, Mario - HERNANDEZ, Carlos A. - MENICOCCI, Alejandro A. - SOTO, Alfredo M. - STAHLI, Jorge, "Las ramas del mundo jurídico y la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", 21-XII-1992.
Acerca del valor de los sistemas pueden v. por ej. VERNENGO, Roberto J., "Le droit est-il un système?", en "Archives de Philosophie du Droit", t.36, págs. 253 y ss.; la obra allí referida de M. van de KERCHOVE - F. OST, "Le système juridique entre ordre et désordre", París, PUF, 1988; LUHMANN, Niklas, "Sociedad y sistema: la ambición de la teoría" (sel.), trad. Santiago López Petit y Dorothée Schmitz, Barcelona, Paidós, 1990; "Fin y racionalidad en los sistemas", trad. Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Nacinal, 1983. V. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a.ed., Bs.As., Sudamericana, 1965, "Sistema", t.II, págs. 687 y ss.
- (6) Es posible v. CIURO CALDANI, "Derecho..." cit.
- (7) En ese marco, donde han de imperar tridimensionalmente las referencias a los valores justicia, verdad y humanidad, debe entenderse la interdisciplinariedad en la integración respecto del Derecho Internacional Privado, tema central del panel.

MARCO JUSFILOSOFICO PARA LA COMPARACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y EL DERECHO COMUNITARIO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Nociones fundamentales

1. Las condiciones para la aparición del Derecho Internacional Público, o sea diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones entre ellos económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. lo suficientemente estrechas para requerir una rica regulación jurídica, se dieron por primera vez entre algunos Estados europeos en un proceso que abarca los últimos tiempos de la Edad Media y los primeros de la Edad Moderna, teniendo su momento central en el siglo XVI (1). Luego el fenómeno se fue extendiendo hasta alcanzar la totalidad del Planeta.

Ese proceso se produjo en gran medida a través de una lucha que mantuvieron en alianza la burguesía y los reyes, que disponían del empuje vital y de los territorios donde debían desarrollarse los ansiados mercados nacionales (superadores de los burgos) en un doble frente, uno interno, contra los señores feudales menores, y otro externo, contra el Sacro Emperador Romano Germánico y contra el Pontificado.

Esta "internacionalidad" significaba que, sobre un piso de cultura común, representada en mucho por la herencia griega, romana, judía y cristiana, consolidada al fin bajo el Sacro Imperio, se desarrollaban, enlazadas entre sí, las culturas particulares de los Estados. Obviamente, no excluía que, bajo la apariencia formal de soberanía estatal, se desarrollaran fenómenos de dominación y, con el tiempo, la difusión de un sistema económico y en general cultural común ha llevado a la formación de una paraestatalidad de características cada vez más mundiales, encabezada ahora por los Estados Unidos de América.

La "internacionalidad" va dejando además, sin embargo, lugar a procesos de integración de por lo menos tres grandes nuevas unidades: la de las Comunidades Europeas, la de América del Norte (con Estados Unidos de América, México y Canadá) y la que encabeza Japón. Ante la formación de estas grandes unidades resulta un desafío para los países aislados integrarse en grupos mayores y esto es lo que están tratando de hacer, con grandes dificultades, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en el Mercosur. Es muy difícil imaginar que, por ejemplo, un país de las potencialidades de Argentina solo pueda desenvolverse adecuadamente en las relaciones con las grandes unidades que señalamos.

Desde esta perspectiva, cabe un enfoque comparativo de las características de la configuración del Derecho Internacional Público tradicional, apoyado en los Derechos Constitucionales, y el Derecho Comunitario, planteo para el cual creemos esclarecedor aprovechar las posibilidades que, dentro de la concepción tridimensional del Derecho, desarrolla la teoría trialista del mundo jurídico (2). En modo alguno desconocemos que el Derecho Internacional Público tradicional es en mucho sólo un paradigma que oculta fenómenos de dominación cada vez más amplios, pero creemos que su comprensión teórica, en este caso comparativa con el Derecho Comunitario, que de alguna manera lo “sucede”, sigue siendo significativa. La referida comparación es una de las posibilidades que enriquece la Teoría General del Derecho, entendida como “sistema jurídico” (3).

II. Marco jusfilosófico trialista para la comparación

a) Dimensión sociológica.

2. Desde el punto de vista jurídico-sociológico, el Derecho Internacional Público tradicional significa un mayor juego de distribuciones por influencias humanas difusas, ya que las decisiones de los Estados soberanos pueden producir resultados espontáneos, diversos de los previsibles para cada uno de ellos. En cambio, la formación del Derecho Comunitario significa un mayor despliegue de la conducción a través de repartos.

El Derecho Internacional Público puede significar un mayor juego de los repartos autoritarios y los repartos autónomos, del plan de gobierno en marcha y de la ejemplaridad dentro de cada Estado y depende en mucho de la autonomía y la ejemplaridad interestatales (que se muestran en los tratados y las costumbres), pero el Derecho Comunitario importa que esos despliegues jurídicos de la vida de cada Estado se extienden y acrecientan en el marco de la integración, con el consiguiente desarrollo de los valores respectivos, poder (por los repartos autoritarios), cooperación (por los repartos autónomos), previsibilidad (por el plan de gobierno en marcha) y solidaridad (por la ejemplaridad).

En el Derecho Comunitario se produce, bajo el amparo del poder y la previsibilidad, un campo mayor para el juego de la cooperación y de la solidaridad y la formación de este Derecho significa que entre las unidades que se integran haya una fuerte ejemplaridad, un fuerte sentido de valores compartidos, superior al de la mera internacionalidad, aunque sea, como ocurrió de modo considerable en las Comunidades Europeas, por el escarmiento de terribles guerras y por el temor a un enemigo común. El Derecho Comunitario significa un nuevo “tejido jurídico” que debe constituirse según la asunción de nuevas perspectivas de razonabilidad, de nuevos puntos de vista valorativos.

En el Derecho Internacional Público cada Estado tiene un orden con menos alcance espacial, con los consiguientes rasgos de anarquía y de arbitrariedad en el conjunto, en tanto ese alcance espacial del orden se extiende en el marco comunitario. Así se produce un incremento del valor propio del régimen, que es el orden. Sin embargo, lo expuesto no debe llevar a ignorar que la mayor pretensión de conducción en el fenómeno comunitario puede tropezar con más

la
sti-
las
ría
nal
ida
el
da
da

co
que
los
ica
tos
tro
se
os
la
os
no

un
ho
do
de
or
ue
os

ce
se
nto
tar
ás

límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas (sean físicos -v.gr. la extensión inabarcable-, psíquicos -la resistencia de los intereses particulares-, políticos -las discordias históricas-, económicos -las insalvables diferencias de producción, distribución y consumo entre los países-, etc.). Al fin hay que reconocer que la expansión espacial del orden puede significar un debilitamiento de su intensidad (4).

b) Dimensión normológica

3. En la perspectiva jurídico-normológica, el Derecho Internacional Público queda más atado al juego de normas individuales, que consideran casos concretos pasados y realizan el valor inmediatez; en cambio, el Derecho Comunitario permite que las normas individuales sean incluidas en el juego de normas generales que contemplan casos abstractos futuros y satisfacen el valor predecibilidad.

El Derecho Internacional Público es comprensible en marcos de mayor negocialidad, depende más de la negocialidad; en cambio, el Derecho Comunitario permite más juego a la institucionalidad (con el consiguiente despliegue de las ideas rectoras que se realizan en el tiempo) pero también el respectivo peligro de burocratización.

El Derecho Internacional Público responde a una pluralidad de pirámides normativas estatales, con la consiguiente diversidad de normas hipotéticas fundamentales (lo que no excluye la concepción que ubica al fin la norma hipotética fundamental en el mismo Derecho Internacional Público), pero el Derecho Comunitario tiende a generar una nueva pirámide normativa, con la pertinente necesidad de una nueva norma hipotética fundamental, de obediencia al constituyente comunitario. Importa reconocer, en el Derecho Comunitario, el grado de intensidad en que se producirá el crecimiento vertical u horizontal del nuevo ordenamiento en términos de producción y de contenido; en definitiva, la medida en que avanzarán los valores respectivos de subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia y, en suma, el valor coherencia.

c) Dimensión dikelógica

4. Desde el punto de vista jurídico-dikelógico, el Derecho Internacional Público corresponde a una contextura axiológica más "plural", interpretable en términos de relaciones de oposición por sustitución entre valores. En cambio, el Derecho Comunitario significa la formación de un complejo axiológico más "unitario" y compacto, para lo cual deben desarrollarse las relaciones de coadyuvancia entre valores, sean éstas de contribución o integración.

El Derecho Internacional Público significa un relativo fraccionamiento del complejo personal de la humanidad, porque los habitantes de cada Estado quedan más aislados de los otros con los que comparten la común realización vital, con la consiguiente "seguridad" jurídica que surge al producirse un corte en la justicia. Sin embargo, el mundo exterior a cada Estado se desenvuelve como un ámbito de posible desfraccionamiento y de consiguiente inseguridad. En cambio, en el Derecho Comunitario se desfracciona el complejo personal, con el respectivo riesgo de inseguridad dentro del nuevo marco, pese a que en relación a los territorios incluidos

en la integración se produce un menor riesgo de desfraccionamiento permanente y una mayor seguridad.

En el Derecho Internacional Público la legitimación de los repartidores depende más de la autonomía, en tanto en el Derecho Comunitario hay más juego para la legitimación aristocrática. En Derecho Internacional Público la protección contra el régimen exigida por la justicia consiste en la división del poder que se manifiesta en la posibilidad de emigrar, en cambio en el Derecho Comunitario el amparo contra el régimen se produce internamente, por la pluralidad de factores que intervienen en la integración. El primero protege sobre todo la unicidad de cada cultura, en tanto el segundo es más afín con el respeto a la igualdad y a la comunidad. No cabe duda que en el Derecho Comunitario, los mayores alcances cuantitativos y quizás cualitativos de los despliegues comunitarios incrementan la posibilidad de que haya minorías amenazadas.

III. Conclusión

5. El proceso de integración es una necesidad imperiosa de nuestro tiempo y la mejor comprensión de sus alcances es un aporte para que se concrete, y se realice con justicia. Con miras a esa comprensión resulta esclarecedora su comparación con el Derecho Internacional Público desde los puntos de vista de la teoría trialista del mundo jurídico.

(*) Documento de trabajo elaborado con miras al desarrollo de subtemas del proyecto de investigación "Aportes para la puesta en marcha del Mercosur" que se viene desenvolviendo en el Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U.N.R. Expuesto en una reunión de trabajo de subgrupos del proyecto y en una reunión de la Cátedra I de Introducción al Derecho de la misma Facultad, en la que se abordaron las relaciones entre Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario con miras al tratamiento de la cuestión en la Parte Especial de la asignatura.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U.N.R. y codirector del proyecto mencionado.

(1) Puede v. VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", 4a. ed. alemana en colaboración con Karl Zemanek, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss. Como lo destacó Verdross, "El D.I.P. es un fenómeno histórico, surgido con el tiempo, y que podría desaparecer para dar lugar a otra distinta ordenación jurídica del mundo." (op. cit., pág.8).

(2) 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; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976. Con una importante presencia trialista, cabe v. el "Derecho de la comunidad internacional" de Juan Carlos Puig.

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

(4) El autor desea destacar el aporte que para jerarquizar el desarrollo de esta perspectiva realizó el profesor Mario E. Chaumet.

RECONSTRUCCION Y CONSTRUCCION EN LA INTERPRETACION(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. El tema de la interpretación suscita permanentes discusiones que difícilmente hayan de concluir, porque compromete profundas concepciones jusfilosóficas. Por ejemplo, mucho se ha discutido y se continuará discutiendo acerca de si es una actividad de la razón o de la voluntad (1). De todos modos, creemos que es posible efectuar algunos aportes para su análisis a la luz de las de las enseñanzas que, más allá de lo expuesto por su fundador, pueden obtenerse de la teoría trialista del mundo jurídico, principalmente al hilo de las nociones de reconstrucción de la normatividad existente y de construcción de una nueva (2).

2. La interpretación coloca ineludiblemente al intérprete en una posición de repartidor, es decir, en la necesidad de adoptar con su conducta una decisión que adjudica potencia (lo que favorece o perjudica al ser y, respecto de los seres vivos, lo que favorece o perjudica la vida) e impotencia.

El papel de intérprete puede significar la intervención de un repartidor individual o un reparto colectivo. A su vez, la interpretación puede ser autoritaria, surgida de una imposición, o autónoma, emergente de un acuerdo entre los intérpretes, realizándose así respectivamente los valores poder y cooperación. Sobre todo cuando la interpretación es autónoma entre los propios protagonistas del reparto cuya norma se interpreta, existen especiales posibilidades de que se borren los límites entre reconstrucción y construcción, ya que las partes centran su interés en la composición de sus intereses.

3. En tren de diferenciar los destinatarios beneficiados por la referencia del reparto interpretativo pueden señalarse principalmente el o los propios intérpretes, que brindan su propia versión; el o los autores de la norma; los integrantes de la comunidad en que la norma funciona, sean en su conjunto o en grupos (incluso puede ser el grupo gobernante) y, de manera directa, los interesados en el caso (sin excluir, como se notorio, posibles coincidencias, v.gr. que -como señalamos- los intérpretes sean a su vez los interesados en el caso). Todos ellos pueden ser beneficiados con la atención que el intérprete brinde a su voluntad que, de alguna manera, es una potencia.

Si los destinatarios beneficiados son los intérpretes, éstos podrán ejercitar un acto de

poder o de cooperación; si son los autores de la norma contarán con un acto de lealtad de los intérpretes; cuando se trata de la comunidad, habrá un acto de solidaridad de parte de los intérpretes y si los destinatarios son los interesados en el caso se pondrán en juego directamente los valores del Derecho, que culminan en la justicia. Esto no excluye que, a otros niveles, se combinen otros valores y así, por ejemplo, la solidaridad con el grupo gobernante realice un acto de poder.

La referencia a la propia voluntad de los intérpretes tiene afinidad con el pensamiento de la llamada “teoría pura del Derecho” y su “marco de posibilidades” (3); la remisión a los autores de la norma guarda parentesco, según la profundidad con que se encare su pensamiento, con la escuela de la exégesis y con la escuela histórica, especialmente en las enseñanzas de Savigny (4) y la atención a la comunidad tiene cierto parentesco con la “fuerza de convicción egológica” (5), pero en cuanto se trate del legislador actual y de modo análogo cuando se hace referencia a los protagonistas del caso, se corresponde con distintos momentos del planteo de la escuela del Derecho libre (6).

La referencia a los autores de la norma tiene un sentido más reconstructivo, en tanto que la remisión a los intérpretes, a los interesados en el caso y a la comunidad posee, en diversos grados, sentidos más constructivos.

4. La decisión interpretativa responderá a móviles constituidos según los valores de poder, cooperación, lealtad, solidaridad, justicia, etc. que en el caso atraigan directamente al intérprete. Sea cual fuere el sentido reconstructivo o constructivo que objetivamente siga y los valores que lo muevan, es factible que el intérprete alegue la interpretación con las razones que estime más convenientes para su presentación social. Dichas razones pueden no coincidir con las razones que puede o no atribuirle la comunidad, resultando significativo que, en la medida que estas razones sociales existan, la interpretación tiene más posibilidades de multiplicarse por vía de ejemplaridad (formándose, por ejemplo, el derecho espontáneo en la jurisprudencia interpretativa)..

5. Si la interpretación sigue una vía más reconstructiva habrá más orden (entre el reparto cuya norma se interpreta y el reparto interpretativo), con la pertinente satisfacción del valor homónimo (“orden”). Entonces a la “planificación” del autor de la norma se le agregaría la ejemplaridad que encuentra en el seguimiento del intérprete, con la pertinente realización de los valores respectivos previsibilidad y solidaridad (la lealtad es cierta forma de solidaridad personal). De lo contrario, el orden será menor y habrá cierto grado de anarquía, con su inherente desvalor de arbitrariedad.

Esto no excluye que el orden de la construcción sea grande, si hay coincidencia valorativa entre el autor de la norma y el intérprete. No hay que extrañarse, por ejemplo, que ante jueces en los que no confiaba, la escuela de la exégesis, representante de una clase recién instalada en el poder, adoptara una actitud ordenadora fuertemente reconstructiva, en tanto que una mayor confianza en los jueces (no una menor vocación de orden) hiciera que la “teoría pura del Derecho” les brindara un marco de posibilidades.

Si la norma a interpretar posee una jerarquía de alguna manera superior a la norma

interpretativa, como si se trata, por ejemplo, de la ley interpretada en la sentencia, si hay reconstrucción la planificación gubernamental en marcha, será más intensa. De lo contrario, si la norma a interpretar tiene el mismo nivel que la norma interpretativa, el orden interpretativo se constituirá más sobre los cauces de la ejemplaridad.

Es importante la decisión de asegurar o no el orden interpretativo a través de la planificación gubernamental en marcha, por ejemplo dando reglas legales para la interpretación de las leyes, de los contratos, etc.

6. Como reparto, la interpretación tiene que afrontar límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, el intérprete puede ser frenado en su lealtad y en su tarea reconstructiva por su inclinación psíquica fuertemente opuesta a lo que la norma establece, por intereses políticos o económicos que se la impiden, etc. A la inversa, puede ser detenido en su sed de poder y en su vocación reconstructiva por la amenaza de la fuerza que tenga sobre él el autor de la norma a interpretar. A menudo el intérprete no encuentra tantos límites en hacer su propia voluntad como en expresar que lo hace.

7. La reconstrucción significa más juego de las relaciones de producción entre normas, sean verticales u horizontales, realizándose los valores respectivos subordinación e infalibilidad, que contribuyen a dar más fuerza al ordenamiento. En cambio, la construcción hace depender más las vinculaciones entre las normas de sus relaciones de contenido que, conforme sean verticales u horizontales, satisfacen los valores ilación y concordancia, de modo que su sólo juego deja más debilitada a la coherencia. Lo expuesto guarda acuerdo con lo señalado precedentemente respecto del orden de repartos: la reconstrucción, que da un orden más sólido, brinda un juego más completo para la coherencia.

Si la norma que se reconstruye es superior a la norma interpretativa (v.gr. ley y sentencia), habrá un refuerzo de la verticalidad, en tanto que si esa superioridad no existe o es puesta en crisis en un planteo constructivo habrá más dependencia de las relaciones horizontales, con menos coherencia en el ordenamiento.

8. La reconstrucción fracciona las influencias de justicia en el complejo real, según lo considerado en la norma interpretada, produciéndose como corresponde a todo corte en la justicia seguridad jurídica. No es por azar que la reconstrucción tuvo uno de sus exponentes más radicales en la referencia a la intención del legislador manifestada en la ley que consagró la escuela de la exégesis, a su vez tan interesada en la seguridad. En cambio, la construcción produce un desfraccionamiento de las influencias de justicia en el complejo real, de modo que no ha de extrañar que en la "teoría pura del Derecho" Kelsen hable de la ilusoria seguridad jurídica (7) y que tanto se haya criticado en el sentido de la inseguridad a la escuela del Derecho libre (8).

Una de los objetivos fundamentales de la teoría trialista del mundo jurídico es poner en evidencia la realidad social, evitando sobre todo que quede oculta debajo de máscaras normativas. De aquí que en su rica noción de funcionamiento de la norma (para que el reparto proyectado en ella se convierta en reparto realizado) ciñe la interpretación a la lealtad a la auténtica voluntad

del autor, constituida en sus fines, no sólo en sus intenciones. Luego, reconstruida y reconocida esa voluntad, el encargado del funcionamiento (v.gr. el juez) debe enjuiciarla y si llega a la conclusión de que es injusta (carece de justicia) debe producir una carencia dikelógica de norma y descartarla, elaborando la que en justicia corresponda.

En ese enjuiciamiento el encargado del funcionamiento debe tener en cuenta los valores de la lealtad, la fidelidad y la exactitud de la norma respecto a la realidad, la legalidad, el orden, etc. que hagan requerimientos a favor de la norma existente, valores que a su vez son soportes de la justicia, y los despliegues de justicia en que se funde la "carencia", y optar por el "mal menor" (la injusticia menor) entre la obediencia y la desobediencia (9).

En modo alguno hay que temer que la posición trialista en cuanto a la producción de carencias dikelógicas signifique una excesiva inseguridad jurídica pues, en los hechos, por el contrario, los encargados del funcionamiento de las normas suelen referirse constructivamente a su propia voluntad y a la de los grupos poderosos, comportándose como si tuvieran el marco de posibilidades que plantea la teoría de Kelsen (10). A veces, incluso, los encargados del funcionamiento producen carencias axiológicas que no son dikelógicas y se apartan de la normatividad existente por otros valores como el poder -por ejemplo- que, alzado contra la justicia resulta falsificado. Lo que el trialismo hace es procurar que la vida de la norma quede "a la luz del dfa", en mucho para que quien reparta se vea obligado a fundamentar su reparto.

9. Según el trialismo, el intérprete ha de averiguar en primer término el sentido que a la norma le atribuye la comunidad en que ha de ser aplicada, basándose en los elementos gramatical y lógico. Luego ha de averiguar la auténtica voluntad del autor, sea en base a la propia interpretación "auténtica" brindada por el mismo (o por el que ocupe su lugar) o a los elementos histórico y sistemático, dando prioridad a los fines sobre las intenciones. La autenticidad de la interpretación histórica puede ser limitada: en detalle, semiautenticidad, cuando se trata de dos autores que pueden discordar; infraautenticidad, cuando sólo proviene de la mayoría de los autores y paraautenticidad cuando surge de quien ocupa el lugar que tensan los autores de la norma cuando la hicieron (lo que suele llamarse autenticidad decisoria).

Obtenidos los dos sentidos, éstos pueden coincidir, de modo que la norma resulte fiel y la interpretación concluya, o pueden discordar, supuesto en el cual, ante la infidelidad se abre la necesidad de una adaptación de la interpretación literal a la interpretación histórica, que puede ser extensiva, restrictiva o sustitutiva (11).

Para el caso que la interpretación histórica no cupiera en la interpretación literal, de modo que la comunidad no hubiese podido conocer la auténtica voluntad del autor, se abriría, sin embargo, un problema de difícil solución. Si bien la ortodoxia trialista se inclinaría quizás por seguir aceptando la interpretación histórica, la consideración dikelógica llevaría tal vez a rechazarla, sea afirmando que la justicia exige atenerse a la interpretación histórica dentro de lo conocible y aceptar lo que los integrantes de la comunidad pudieron conjeturar como interpretación histórica o bien produciendo una carencia dikelógica que rechace lisa y llanamente la norma. Aunque la propia justicia exige que la interpretación sea predominantemente "bidimensional" normosociológica, en profundidad también en la interpretación median consideracio-

nes de justicia, aunque sea ésta "hipotecada" por la exigencia dikelógica básica de lealtad al autor. El funcionamiento de la norma, sí, es plenamente tridimensional.

10. Parafraseando la célebre expresión de Goldschmidt de que es jurista quien a sabiendas reparte con justicia (12), puede decirse en este caso que es jurista quien a sabiendas y a la luz del día reparte con justicia.

- (*) Ideas básicas de una exposición del autor sobre "Panorama general de la interpretación de la ley" en el Instituto de Estudios Judiciales de La Plata con el auspicio de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.
- (**) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. por ej. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Nive, Bs.As., EUDEBA, 1960, esp. págs. 169 y ss.
Aunque no hay que confundir Interpretación de las normas con Interpretación del Derecho, cabe tener en cuenta el importante I. XVII de los "Archives de Philosophie du Droit", sobre "L'Interprétation dans le Droit".
- (2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, en cuanto a la Interpretación en especial, pág. 253 y ss.
Respecto de la interpretación cabe tener en cuenta asimismo, v.gr., CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones trialistas sobre la Interpretación", en "El Derecho", t. 72, pág. 811 y ss.
- (3) V. KELSEN, op. cit., págs. 163 y ss. (por ej.): "La norma es un marco abierto a varias posibilidades... La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa..." -pág. 166-. "Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes..." -pág. 168-.
- (4) Decla Savigny: "Destinada la ley a fijar una relación de derecho, expresa siempre un pensamiento simple o complejo que pone esta relación de derecho al abrigo del error o de la arbitrariedad; mas para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos a quienes se rellene, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley" (SAVIGNY, F.C., "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, I.I, 1878, párrafo XXXIII, pág. 149).
- (5) Puede v. por ej. COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a.ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1964, por ej. pág. 179.
- (6) Puede v. KANTOROWICZ, Germán, "La lucha por la ciencia del Derecho", trad. Werner Goldschmidt, en SAVIGNY y otros, "La Ciencia del Derecho" (recop.), Bs. As., Losada, 1949, págs. 323 y ss., esp. págs. 363/364.
- (7) KELSEN, op. cit., pág. 171; COSSIO, op. cit., págs. 167 y ss.
- (8) Puede v. Incluso COSSIO, op. cit., págs. 175 y ss.
- (9) Vale destacar al respecto la enseñanza de la tradición tomista, que puede explicarse también en términos del irracionalismo de las influencias de justicia en el marco debido.
- (10) Kantorowicz llegó a decir que también hoy día dependen de la convicción libre e incontroable del juez lo que estima mediante su interpretación como Derecho vigente y lo que reputa por medio de las pruebas como verdad (KANTOROWICZ, op. cit., pág. 364).
- (11) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Significados axiológicos trialistas (o las interpretaciones extensiva, restrictiva y sustitutiva)", en "Investigación y Docencia", Nº 20, págs. 89/90.
- (12) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. VII.

SIGNIFICADOS JUSFILOSOFICOS INMANENTES DE LA RESURRECCION Y LA INMORTALIDAD (*) (En relación con la estática y la dinámica del ser y del valor)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Sin entrar a considerar los significados trascendentes de la Resurrección y la inmortalidad, sostenidas no sólo por el cristianismo, ni penetrar en el panteísmo (1), cabe reconocer significados inmanentes de ambas, que surgen sobre todo del deber ser de los valores.

La resurrección significa "volver" a la vida lo que ha muerto, y por la amplia exigencia del valor del hombre, es en cierta medida una característica inmanente de los seres humanos. Todo ser tiene alguna proyección de deber ser, en el sentido de valor, e incluso es frecuente su "renovación", mas en el hombre hay una proyección axiológica tan fuerte que hace posible cierto grado de "resurrección". En la renovación el ser se hace de nuevo sobre lo que está o se sustituye, pero en la resurrección se adquiere nuevamente lo que en la lógica estaba definitivamente perdido. La resurrección es de cierto modo "revolucionaria", no sólo cambia el porvenir, sino rompe con el pasado. La resurrección difiere de la redención, porque aquí no se requiere sacrificio ("pago"), sino que la resurrección se produce por el peso de la dignidad.

En especial, por la intensa exigencia de los valores superiores que el hombre puede realizar, como la justicia, el amor, la santidad y la misma humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) se hace posible que en el mundo de la cultura el ser humano pueda "resucitar" constantemente, volviendo a adquirir las dignidades perdidas. Sobre todo por la dignidad de lo humano quien es injusto, odioso, pecador, etc. puede recuperar la justicia, el amor, la santidad, etc., con la "fuerza" de un "nuevo hombre", sin ningún condicionamiento del pasado. Incluso puede resucitar en la dignidad de otros hombres que asuman los valores de quien había "muerto" y puede resucitar después de la muerte biológica. La milenaria fe en la resurrección de los dioses es de cierto modo una condición inherente a los seres humanos.

Por otra parte, dado que el ser y el deber ser no sólo evolucionan sino a la vez perduran, aunque sea como ser "sido" y como valor "valido", todo ser, y en especial el hombre, por la importancia de su ser y de su valor, poseen cierto grado de inmortalidad. Es imposible que lo que ha sido deje totalmente de ser, que lo que ha valido deje totalmente de valer. Hay, de cierto modo, el "ser" del "ser" y el "deber ser" del "deber ser" del pasado, en que somos realmente inmortales (2). Lo que ha sido, de alguna manera siempre será. Nada de lo valioso o "desvalioso" que haya sucedido morirá plenamente. A semejanza de lo señalado respecto de la resurrección, en este aspecto el hombre tiene en sí el carácter que ha venido atribuyendo a su alma y a los dioses.

Lo que ocurre es que la plenitud de esta inmortalidad se hace inabordable a nuestro conocimiento y tenemos que recortarla.

Lo expuesto no significa, en modo alguno, ignorar la fugacidad del instante y la imperiosa exigencia de aprovecharlo para realizar lo valioso, incluyendo no sólo la conveniencia, sino el deber de ser felices y de realizar la utilidad. Reconocer la resurrección y la inmortalidad significa también reconocer la resurrección y la inmortalidad de la felicidad y la utilidad y es una manera de afianzarlas. La felicidad y la utilidad forman también el tejido valioso de la resurrección y de la inmortalidad (3).

2. Comprender nuestra permanente condición de "resucitados" e incluso nuestra "inmortalidad", es imprescindible para tomar cabal conciencia de nuestras posibilidades y del protagonismo cósmico que nos es inherente; pero, asimismo, de esa resurrección y de esa inmortalidad surgen importantes derivaciones jusfilosóficas.

En primer lugar, en la dimensión sociológica (4), se advierte un límite necesario que la naturaleza de las cosas impone a los repartos. Por fuerza de las distribuciones, nunca podremos evitar las posibilidades de resurrección ni la inmortalidad de cada ser humano. La muerte total es una impotencia que no podemos adjudicar. En la propia naturaleza del hombre están el sentido "revolucionario" de la resurrección y el sentido "conservador" de la inmortalidad. Todo orden de repartos está sujeto a esas influencias, incluyendo la máxima anarquía y la pertinente arbitrariedad de la resurrección.

En la dimensión normológica la resurrección y la inmortalidad adjudican al universo sentidos respectivos de "desinstitucionalización" y de "desnegocialización" por una parte y de institucionalidad por otra, que superan todas las conceptuaciones que a veces deslumbran a la conciencia jurídica. Ningún concepto puede considerarse libre de los cuestionamientos que plantean la resurrección y la inmortalidad.

En la dimensión dikelógica, la resurrección y la inmortalidad plantean la revolución y la permanencia del complejo axiológico. Ambas son bastiones de la jerarquía de los valores que podemos realizar. Como podemos resucitar, ninguno de los valores superiores resultará atrapado por los inferiores o por valores lisa y llanamente falsos. Porque somos inmortales ningún valor, por bajo que sea, se perderá. Además, la resurrección pone en evidencia especialmente la jerarquía de la justicia "de llegada", ya que puede diferir de manera significativa de la justicia de partida y de trámite (5).

La resurrección significa el fraccionamiento más enérgico de las influencias del pasado que, sin embargo, quedan desfraccionadas al hilo de la inmortalidad. Sin embargo, a la inversa, la resurrección significa el desfraccionamiento y la inmortalidad el fraccionamiento del futuro. Como los fraccionamientos producen seguridad, por la resurrección estamos seguros de no ser devorados por el pasado y por la inmortalidad estamos seguros de no disolversemos en el porvenir. Por la conciencia de la resurrección y la inmortalidad se encuentra el equilibrio de la temporalidad humana, evitando los desbordes hacia las influencias del pasado, del presente o del porvenir. Nada es totalmente irremediable, pero nada es totalmente remediable (6).

La capacidad de resurrección es uno de los títulos de superioridad que jerarquizan a la

aristocracia. Para ser cabalmente humanista, como lo exige la justicia, un régimen debe tener en cuenta la capacidad de resurrección y de inmortalidad de todos los seres humanos, en sus despliegues de unicidad, igualdad y comunidad. No todos los hombres resucitamos ni somos inmortales por igual, pero todos tenemos por lo menos cierta igualdad de posibilidades al respecto y la resurrección y la inmortalidad son también empresas comunitarias. La resurrección se vincula especialmente con el amparo del individuo contra sí mismo; la inmortalidad con la protección del individuo frente a los demás y "lo demás".

3. Pese a las impugnaciones a veces correctas y en otros casos exageradas que suelen recibir las posiciones "fundamentalistas", la visión de la ontología e incluso de la metafísica está -y debe estar- siempre presente, explícita o implícitamente, en la vida jurídica. Entre lo poco que podemos saber al respecto, están estas realidades de la resurrección y la inmortalidad que han mostrado, desde diferentes perspectivas, diversas posiciones tradicionales, ontológicas, metafísicas e incluso religiosas (7).

Para superar este enfoque de lo inmanente hay que entrar ya en la resurrección y la inmortalidad de la trascendencia, que escapan al propósito del presente trabajo.

(*) Homenaje del autor a la memoria de sus padres en la Pascua de Resurrección de 1993 y en el especial recuerdo de su madre, quien en este día (11 de abril) hubiese cumplido ochenta y ocho años.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. KONIG, Franz (Dr.) (dir.), "Cristo y las religiones de la Tierra", trad. Ramón Valdés del Toro, Madrid, La Editorial Católica, 1a. ed., 1968, 2a. ed. 1970.

(2) También cabe reconocer el "ser" de lo que "será" y el "deber ser" de lo que "deberá ser".

(3) El propio Epicuro, en su profundo sentido de la felicidad, asoció el vivir plácentemente con el vivir de modo prudente, virtuoso y justo (es posible c. v.gr. GOLDSCHMIDT, Victor, "La théorie épicurienne du droit", en "Archives de Philosophie du Droit", I, 26, págs. 73 y ss.).

Puede decirse que, de cierto modo, como lo hubiese querido Nietzsche, en el hombre se realiza la polémica afirmación de que somos "como dioses". La resurrección y la inmortalidad son, de alguna manera, características del "superhombre" (puede c. por ej. NIETZSCHE, Federico, "Así hablaba Zaratustra", trad. La Juventud Literaria, Barcelona - Bs.As., Bauzá - Matera). En la época en que se sostiene tan a menudo la "muerte de Dios" hay que destacar más que nunca la grandeza del hombre, para evitar que éste sea absorbido en la negación (c. v.gr. FROMM, Erich, "Y seréis como dioses", trad. Ramón Alcalde, Bs.As., Paidós, 1971).

(4) Pueden 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; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, I.I, 1991, I.II, en prensa; "El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad", en "Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario", N°3, págs. 33 y ss.

(5) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una comprensión dinámica de la justicia", en "El Derecho", I, 123, págs. 715 y ss.

(6) A la luz de estas ideas se llega a las justas medidas de la "esperanza" y de la "seriedad".

(7) En relación con ideas del presente artículo v. por ej. -entre la bibliografía reciente- TRIGEAUD, Jean-Marc, "Introduction à la Philosophie du Droit", 2a.ed., Burdeos, Bière, 1993.

SINTETICO RECORRIDO HISTORICO DEL INTERROGANTE JUSFILOSOFICO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La Filosofía, en nuestro caso la Filosofía del Derecho, es un constante replanteo en base a la pregunta y la respuesta permanentemente renovadas, que resulta para algunos más próximo a la pregunta y para otros más cercano a la respuesta. Nosotros participamos de la primera de estas posiciones y creemos, además, que para conocer la Filosofía y sobre todo para poder filosofar como un quehacer personal hay que conocer la pregunta según va desarrollándose a través de la historia.

2. Para tener un panorama de la cima de la Filosofía del Derecho de la Edad Antigua, cabe referirse a la trifada formada por Sócrates, Platón y Aristóteles. Para recordar la época en que vivieron, vale tener en cuenta que Sócrates, el maestro de Platón, a su vez, maestro de Aristóteles, fue obligado a beber la cicuta en 399 a. JC.

La principal contribución de Sócrates a la Filosofía es la jerarquización de la pregunta, al punto que, por lealtad a su práctica, prefirió afrontar la muerte. A su vez, Platón y Aristóteles dejan abiertas dos vías para relacionar el mundo real con la perfección. Platón parte de las ideas, que significan la perfección, y desde éstas valora el mundo que nosotros llamamos real; Aristóteles, por el contrario, parte del mundo que nosotros consideramos real y en relación con él busca la perfección posible. Uno es idealista y el otro es empirista, o sea que se apoya en la experiencia. Platón ideó un Estado perfecto, Aristóteles partió de la realidad y consideró las constituciones de su tiempo.

En nuestra vida de cada momento nosotros continuamos optando por seguir a Sócrates en la jerarquización de la pregunta o por paralizarnos en la mera duda (distinta de la "duda metódica" de Descartes, que es una pregunta con rigor) o en el dogmatismo. En nuestra vida de cada instante elegimos entre partir de las ideas, de la familia, el amigo, la Universidad perfecta y luego valorar sobre esas bases a las familias, los amigos y las universidades reales, como lo hace el platonismo, con el inherente riesgo de desjerarquizarlos, o por considerar la realidad de cada familia, cada amigo y cada Universidad y buscar sobre esas bases los perfeccionamientos posibles, de modo que nos acerca más a Aristóteles.

3. La Edad Media, que se inicia cuando el proceso de decadencia del Imperio Romano de

Occidente llega a la caída de Roma en poder de los bárbaros, en 476 d. JC., puede ser denominada la Edad de la Fe. En esta época la problemática filosófica se centra en gran medida en la relación entre Religión y Teología por una parte y Filosofía por la otra. Las dos figuras más representativas del pensamiento medieval son el cronológicamente antiguo, pero culturalmente medieval, San Agustín (s. IV y V) y Santo Tomás de Aquino (s. XIII). En un mundo que se derrumbaba, el primero se orientó más al apoyo en la fe y, con notoria influencia platónica, se refirió más al mundo de perfección, diferente del terrenal, cuya referencia es el más allá. En un mundo que resurgía, pasada ya la llamada "noche de la historia", el segundo volvió la mirada a Aristóteles, se orientó más al apoyo en la razón y jerarquizó más a este mundo y al Derecho que hacemos los hombres. Santo Tomás de Aquino consideró a la ley humana como instrumento, al fin, para la realización de la ley eterna, a la que consideró la razón divina que gobierna al mundo y la voluntad de Dios, de alguna manera, el plan divino.

Con referencia a toda mentalidad religiosa cabrá siempre preguntarse en qué medida hay que referirse a la fe o a la razón y cuánto valen y cómo se relacionan el mundo actual y el del más allá.

4. El pasaje de la Edad Media a la Edad Moderna está signado por la caída de la capital del "Imperio Romano de Oriente", Constantinopla, en poder de los turcos, suceso ocurrido en 1453. En esta edad, en este nuevo estilo de vida, se sustituye la comprensión teocéntrica, propia del medievo, por una concepción antropocéntrica. El hombre comienza a ser sujeto de la historia no sólo por ser súbdito del "Estado", como en la Edad Antigua, o también por ser fiel de la Iglesia, como en la Edad Media, sino en su propia calidad de hombre. No es por azar que el suceso que marca el fin de la Edad Moderna y el comienzo de la Edad Contemporánea, la Revolución Francesa (1789-1795), declaró solemnemente los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La Edad Moderna es, en gran medida, la Edad de la Razón y de la Experiencia.

En la Edad Moderna la temática jusfilosófica es mucho más humana y centrada en la organización de nuestra vida social y para mostrarla hemos seleccionado a un pensador que vivió la parte productiva de su vida en el siglo XVII, Tomás Hobbes, y a dos pensadores que produjeron sus ideas en el siglo XVIII, Montesquieu y Rousseau. El primero representó la desconfianza con que el hombre comenzaba a dar solo sus primeros pasos, y fue pesimista acerca de la naturaleza humana, de modo que sostuvo que debemos pensar en un contrato por el que nos sometemos a un gobierno que monopoliza el poder. Entendió Hobbes que, como el hombre en estado de naturaleza es "el lobo del hombre" más vale un mal gobierno que asegure el orden y no ninguno. En cambio, Montesquieu y Rousseau -sobre todo este último- evidencian una mayor confianza, un optimismo relativamente mayor. Rousseau, uno de los padres de la democracia, afirmó que el hombre nace bueno y la sociedad lo perversa, de modo que, a partir del contrato social, el mandato que damos al gobierno es nítidamente revocable. Rousseau no le temía a la revolución y en gran medida la promovía. Por su parte, Montesquieu, uno de los padres del liberalismo político, había seguido las huellas ideológicas de Locke preocupándose por la división del poder, para que el gobierno fuera más débil y los gobernados estuvieran más protegidos.

Para comprender a Hobbes y a Rousseau como compañeros de nuestra propia vida, cabe

que nos preguntemos qué pensamos acerca de la libertad que debe darse al hombre y del grado de control que sobre él debe ejercer el gobierno.

A su vez, para comprender la temática, también directamente humana, de Montesquieu en nuestra existencia cotidiana, vale pensar en la discusión que se produjo en Argentina hace poco tiempo acerca de la ampliación del número de ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aumentarlos significaba dar oportunidad al Presidente para proponer nuevos ministros y consecuentemente tener una Corte más favorable, con menos división de poderes; no aumentarlos significaba dejar más fuerza en manos de una Corte compuesta por ministros nombrados a propuesta del Presidente anterior, de otra orientación política, y dividir más el poder. Si hubiésemos consultado a Montesquieu hubiese aconsejado seguramente mantener el número de ministros, aunque a Hobbes le hubiese parecido un desatino y al demócrata Rousseau no le hubiese agrado como desmembramiento de la voluntad popular mayoritaria, pero en definitiva habría que tener en cuenta de qué manera, con más o menos poder en el gobierno, con más o menos afinidad con Hobbes o Montesquieu, se obtendría una convivencia más valiosa.

5. En la Edad Contemporánea propiamente dicha pueden seleccionarse otros tres pensadores, que representan en gran medida al siglo XIX, Hegel, Marx y Nietzsche. En la relación entre Hegel y Marx cabe tomar en cuenta la importancia de la idea o de las fuerzas y relaciones económicas de producción como motores últimos de la historia. En un planteo como siempre muy simplificado, cabe decir, por ejemplo, que podría discutirse en términos hegelianos y marxistas cuál es la razón última por la que el hombre fue en la Edad Media jurídica y moralmente superior a la mujer y ahora se los considera en pie de igualdad. En el enfoque hegeliano la diferencia se explicaría en términos de la evolución última de la idea. En el sentido marxista la diferencia obedecería a que en el sistema de producción agrícola medieval se necesitaba más la fuerza de producción del hombre y, en cambio, luego de la Revolución Industrial, con el gran uso del carbón y del acero, luego de la incorporación del empleo masivo del petróleo y sobre todo con la actual tecnología, incluso robotizada, la fuerza de producción del hombre y de la mujer son iguales.

Por su parte Federico Nietzsche presentó el más enérgico replanteo de los valores de Occidente, sosteniendo que los valores están invertidos y que la verdad, la justicia y el amor deben ser reemplazados por el reconocimiento de la verdadera jerarquía vital del poder. La tradición filosófica socrática referida a la búsqueda de la verdad y la tradición religiosa judeocristiana, apoyada en el amor y la justicia, serían caminos equivocados en la afirmación de la vida, medios para esclavizarnos.

Nuevamente, para enriquecer nuestra propia pregunta, como lo exige el quehacer filosófico, podemos preguntarnos acerca de la legitimidad de la verdad, la justicia y el amor o de su ilegitimidad como instrumentos para que los débiles impidan la afirmación de la vida de los poderosos, en contraste con lo que ocurre en la vida de las otras especies.

En el siglo XX luego de las Guerras Mundiales, ahora claramente postcontemporáneo, cabe seleccionar otros tres planteos jusfilosóficos. Atenderemos a la corriente más referida a

Hans Kelsen y a la llamada filosofía analítica, que en diversos grados centra su atención en las normas, en la lógica y el lenguaje; a la relativamente nueva corriente crítica que, con influencias marxistas y nietzscheanas, pretende desenmascarar al Derecho y al hombre como productos del sistema económico y de las relaciones de poder pero sin hacer un fuerte planteo de alternativa y a las corrientes tridimensionalistas, que reconocen en el Derecho una complejidad de hechos, normas y valores.

Nuestro tiempo se caracteriza por el derrumbe de las grandes ideologías, sobre todo de raíz hegeliana, a las que se considera responsables de las grandes dictaduras nazi y comunistas y de las guerras de extraordinaria magnitud que soportó este siglo. De aquí que ganen espacio los planteos superficiales kelseniano-analíticos e incluso la crítica pierda el sentido desafiante de utopía alternativa, que tuvo en el siglo XIX y la primera parte del siglo XX. En cambio, quizás en nuestro tiempo tengamos la pregunta jurídica más nítidamente caracterizada, como lo plantean las concepciones tridimensionales. ¿Es el Derecho sólo norma? ¿Será sólo realidad social o sólo justicia, como lo pretenden algunas corrientes? ¿O será realidad social, normas y justicia?. A esta pregunta, nítidamente jusfilosófica, irán ustedes respondiendo a la luz de todos los planteos jurídicos de su carrera (**).

(*) Ideas básicas de la parte histórica de una clase de presentación de la Filosofía del Derecho dictada por el autor en el Curso de Ingreso 1993 de la Facultad de Derecho de la U.N.R. En relación con el tema pueden ver CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.I, 1991, t.II en prensa, t.III en preparación, y la bibliografía allí referida.

(**) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R. (cátedras III de Filosofía del Derecho, I de Introducción al Derecho y única de Derecho Internacional Privado).

(***) En un planteo de panorama general, al interrogante básico por la perfección le siguió la pregunta por la divinidad, luego una cada vez más fuerte referencia humana y hoy, dentro de lo humano, el protagonismo de verdadera vanguardia de una nítida dirección de la jusfilosofía a la problemática jurídica en sí misma.

SISTEMATIZACION TRIALISTA DE LOS OBJETOS REPARTIDEROS

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I) Ideas fundamentales

1. La teoría trialista del mundo jurídico diferencia los objetos (potencias e impotencias) repartibles, que pueden ser repartidos, y los objetos repartidores, que en justicia merecen ser repartidos (1). Si bien el incremento de los objetos repartibles, sobre todo por los avances de la tecnología, es altamente significativo, hemos de ocuparnos de los objetos repartidores, sobre todo con miras a su comprensión sistematizada desde otras perspectivas trialistas.

En su versión originaria, que dejó elaborada Werner Goldschmidt (2), la teoría trialista reconoce objetos repartidores en relación con la vida, la libertad, los quehaceres, el pasado, etc. Es posible además señalar muchos otros, como lo son en principio la propiedad, la soledad y la compañía, etc. y, en relación con algunos objetos repartidores, hay que hacer diferenciaciones: así, hay que distinguir en cuanto a dar o quitar vida, quitarse la propia vida o privar de la vida a los demás, etc.

Ese planteo puede ser enriquecido reconociendo los objetos repartidores desde otras perspectivas trialistas, sobre todo advirtiendo que en definitiva lo que hay que repartir son potencias e impotencias justas, en última instancia, valiosas (3). Para comprender mejor el marco de lo repartidor hay que tener en cuenta todos los enfoques de la justicia y del valor y creemos que entre las perspectivas más esclarecedoras se encuentran las que se refieren al complejo de valores del mundo jurídico, y de su horizonte axiológico "metajurídico", y al material estimativo de la justicia en el Derecho.

El significado de todos los objetos repartidores reconocidos tradicionalmente se esclarece e incluso se modifica cuando las potencias e impotencias respectivas se consideran a la luz de todos los valores a nuestro alcance y de todos los sentidos del material estimativo de la justicia en el Derecho. Es más: entonces el panorama de objetos repartidores adquiere una plenitud que el recorte de los objetos repartidores tradicionalmente reconocidos está lejos de brindar.

II) Los objetos repartidores y el complejo de valores

2. En una versión trialista enriquecida, más allá de lo expuesto por Werner Goldschmidt

en el marco fundacional, puede decirse que la plenitud de lo valioso es encarable analíticamente, respecto del Derecho, según el siguiente detalle. En la dimensión sociológica son reconocibles los valores conducción, por los repartos, y espontaneidad, por las distribuciones; poder por los repartos autoritarios y cooperación por los repartos autónomos; previsibilidad por el plan de gobierno en marcha y solidaridad por la ejemplaridad y, en el conjunto, el valor orden por la totalidad del régimen. En la dimensión normológica se encuentran los valores fidelidad, exactitud y adecuación por las funciones descriptivas e integradoras de las normas aisladas y del ordenamiento normativo y los valores legalidad y coherencia por el conjunto del ordenamiento normativo, sea como captación de la comunidad respecto del conjunto del ordenamiento o como despliegue lógico del mismo. Además, el plexo de los valores jurídicos se corona en la dimensión dikelógica con el valor justicia.

A su vez, los valores jurídicos han de coadyuvar con los valores "metajurídicos" a nuestro alcance (la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, laantidad, etc.), culminando el complejo axiológico que podemos realizar en el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Además de los objetos fundados en los valores naturales que acabamos de señalar, son repartidores los objetos fundados en valores fabricados verdaderos o auténticos, o sea, no opuestos a los valores naturales.

En profundidad es repartidero adjudicar lo que debe ser, es decir, todos los valores que podemos realizar. Los objetos en principio repartidores reconocidos en la versión trialista fundacional, la vida, la libertad, los quehaceres, el pasado, la propiedad, etc. son mejor comprendidos cuando se los considera en relación con los valores jurídicos conducción, espontaneidad, poder, cooperación, etc. y los valores "metajurídicos" salud, utilidad, verdad, belleza, etc., culminando en el valor humanidad. Incluso entonces se advierte, al hilo del complejo axiológico, que el panorama repartidero es mucho mayor que el marco de los objetos tradicionales.

No son repartidores, en general, los objetos que se apoyan en valores naturales falsificados o en valores fabricados falsos, es decir, en valores que se subvieren contra valores superiores, se invierten contra valores inferiores o se arrogan el material estimativo de otros valores del mismo nivel.

3. En primer término, por su significación básica, es repartidero adjudicar humanidad. Conforme a lo recién señalado, todos los objetos que en justicia merecen ser repartidos se esclarecen a la luz del valor humanidad, pero los objetos repartidores tradicionales más vinculados con el valor humanidad son el dar vida y el quitar vida y los quehaceres como creación.

La vida es el marco humano en que pueden desarrollarse todos los otros valores a nuestro alcance, pero reconocer que adjudicamos humanidad es enriquecedor respecto de la idea de que repartimos vida. Así se supera el riesgo de que se confunda la vida con un fenómeno meramente biológico. Desde esta perspectiva, se advierte que en principio es repartidero dar vida y no es repartidero quitarla, porque la humanidad siempre es valiosa y sólo es legítimo sacrificarla para afirmarla.

te,
les
os
de
la
id,
el
nto
no
6n

a
el
ro
on
no

ue
sta
or
ón,
ad,
el
os
os
es,
lel

id.
se
ás
no

ro
ue
te
es
ra

Desde el mismo punto de vista de la humanidad como objeto repartidero se advierte, también, que uno de los rasgos inherentes a la condición humana en general es el quichacer creador en sus más diversas manifestaciones, o sea, con relación a todos los valores.

4. En principio, en la medida que lo exija la justicia, es repartidero adjudicar conducción, o sea la posibilidad de conducir y de ser conducido, pero al propio tiempo en principio es repartidero dejar juego a la espontaneidad de la naturaleza, de las influencias humanas difusas y del azar. El derecho a conducirse se vincula especialmente con el objeto repartidero tradicional libertad. Sin embargo, para que la libertad sea plena y el régimen no resulte ocultamente opresor es imprescindible que también jueguen el despliegue pasivo de la conducción, es decir, el derecho a ser conducido, y la espontaneidad.

El ser conducido promueve, a menudo, nuevos cauces a la propia conducción y a la libertad. Sólo una legítima conducción ajena básica permite nuestra legítima conducción propia y nuestra libertad. Sin marginar las interrelaciones existentes entre repartos y distribuciones (al punto que sus fronteras profundas son en los hechos muy difíciles de reconocer), es evidente que la espontaneidad de las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar abre nuevas sendas a la conducción y a la libertad. Tal vez pueda sostenerse, a la recíproca, que la conducción y la libertad son legítimas si abren cauces a la espontaneidad.

Es especialmente clara la interrelación entre los objetos repartidores humanidad y conducción, en cuanto a creación y libertad. La humanidad y la conducción, la creación y la libertad se suponen y enriquecen recíprocamente. Un ser es más humano en cuanto puede conducirse y ser conducido, en cuanto es creador y tiene libertad.

Otra vinculación importante del valor conducción es la que se muestra con el objeto repartidero tradicional propiedad. La propiedad es la máxima oportunidad de conducción externa que posee el ser humano, al punto que en su versión típica el dominio llegó a ser concebido como el derecho de usar, disponer y abusar de la cosa.

5. En principio, en cuanto la justicia no requiera lo contrario, es repartidero adjudicar poder y cooperación. El poder se vincula con el objeto repartidero tradicional propiedad y su consideración lo hace más comprensible, porque la propiedad que no se vea como poder puede constituirse en una mera formalidad.

Para que el poder sobre otros seres humanos pueda ser adjudicado, debe ser negado a los sujetos pasivos. Adjudicar el poder es negar poder desde el punto de vista pasivo. A su vez, "repartir" el poder es de alguna manera negarlo desde el punto de vista objetivo. No es sin razón que el liberalismo polístico busca dividir el poder para que el poder detenga al poder. A su vez, en base a la conflictividad interna del poder, sobre todo a su carácter excluyente respecto de los sujetos pasivos, las posiciones críticas suelen considerarlo con excesiva negatividad, desconociendo que en la medida que contribuye a la justicia es objeto repartidero (lo recién expuesto no significa, sin embargo, desconocer que la autonomía tiene, en principio, preferencia óntica y

dikelógica sobre la autoridad).

La cooperación es una vía especialmente idónea para que se desarrolle el objeto repartidero tradicional compañía, quizás mejor denominado asociación. Vale reflexionar que la cooperación lleva a la “compañía”, que sugiere el tomar el pan en común y el “compartir” el camino de la vida. Al estimar su carácter repartidero, importa considerar que la cooperación es un valor internamente menos conflictivo que el poder, pues deja el camino abierto, subjetiva y objetivamente, a más cooperación.

Sobre todo el poder, pero de cierto modo también la cooperación pueden contribuir a constituir el objeto repartidero relativamente tradicional soledad. Compañía y soledad son objetos repartidores profundamente interrelacionados, para cuya constitución resultan importantes el poder y la cooperación.

6. En principio, si la justicia no exige lo contrario, es repartidero adjudicar previsibilidad y solidaridad. El hombre es un ser “futurizo”, que necesita conocer y de cierto modo dominar el porvenir, de modo que la previsibilidad, que lo ayuda a ver por anticipado lo que ha de ocurrir y la solidaridad que lo auxilia para construir el futuro con relación al pasado son objetos que en justicia merecen ser repartidos. A semejanza de lo que ocurre con la cooperación, la solidaridad es una vía para el desarrollo del objeto repartidero tradicional compañía o asociación. A su vez, en diversos grados, la cooperación y la solidaridad evitan el desborde del objeto repartidero soledad, para que no se convierta en aislamiento.

La solidaridad y sobre todo la previsibilidad intervienen en la formación del pasado como objeto repartidero. El reparto de la constitución del pasado puede concretar la retroactividad, mediante la cual -por vía de ejemplaridad y sobre todo de planificación- puede tenerse lo que realmente ocurrió como si hubiera ocurrido de otra manera. Advertir que la retroactividad no surge de adjudicaciones milagrosas, porque la temporalidad es en sí irreversible, y que sólo se trata de construcciones de previsibilidad y solidaridad, es otro de los aportes del enriquecimiento sistemático de la comprensión de los objetos repartidores tradicionales.

7. En principio, si la justicia no indica lo contrario, es repartidero adjudicar orden. En gran medida gracias a él son posibles los otros valores de los repartos y los objetos repartidores tradicionales libertad y creatividad. Sin embargo, hay que evitar que, por el contrario, el orden desbordado se convierta en medio de opresión y de rutina.

El orden en el disfrute de los bienes es uno de los fundamentos tradicionales de la propiedad. A su vez, el reparto del pasado, que figura entre los objetos repartidores tradicionales, es una de las vicisitudes del orden en que, como dijimos, los sucesos son pensados y resueltos tomando una base diferente de lo que realmente ocurrió.

8. Entre los valores “metajurídicos”, la salud se relaciona especialmente con el dar y el quitar vida, la verdad y la belleza con la creatividad, la utilidad con la propiedad, etc. Sólo comprendiendo estas conexiones valorativas los objetos repartidores tradicionales pueden ser apreciados en sus verdaderos alcances. Para saber qué se otorga o se quita con la vida vale saber

qué es la salud; para reconocer la creatividad hay que apreciar, a menudo, la verdad y la belleza; para reconocer en qué consiste en definitiva la propiedad hay que apreciar la relación entre medio y fin de la utilidad, etc.

III) Los objetos repartidores y el material estimativo

9. El material estimativo de la justicia en el Derecho es básicamente la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, y a su vez hay que diferenciar las influencias de la misma adjudicación y de otras adjudicaciones, de la proyección de las consecuencias y del complejo personal, temporal y real. Es repartidero todo lo que hace a la constitución legítima de esa totalidad. Todos los objetos repartidores tradicionales, la vida, la libertad, los quehaceres, el pasado, etc., se comprenden más nítidamente cuando se advierte la plenitud del material estimativo de la justicia.

10. La vida es una plenitud de pasado, de presente y de porvenir. Es legítimo dar vida en la medida que así se abre una nueva perspectiva que en principio enriquece para todos los hombres la totalidad de las adjudicaciones, en relación con el pasado, el presente y el porvenir. Cada ser humano es, como repartidor o recipiendario, un enfoque específico para la justicia del pasado, el presente y el porvenir que, al enriquecer la complejidad de la vida, en principio enriquece la vida de todos los demás y las posibilidades generales del valor justicia.

El carácter repartidero del dar vida se integra con la posibilidad del enriquecimiento misterioso de la totalidad del pasado, del presente y del porvenir que significa cada ser humano, de modo que, siendo tan difícil descubrir ese misterio, en principio hay que fraccionar las influencias de justicia que puedan oponerse e inclinarse por considerar que la adjudicación de la nueva vida es legítima. Cuando no se sabe que alguna realidad vital es negativa, hay que permitirla. Es más, la totalidad del pasado, el presente y el porvenir es de cierto modo patrimonio de cada uno de los seres humanos, no sólo reales sino también posibles.

Los patrones habitualmente establecidos para la legitimación del dar vida, como la existencia de una pareja constituida sobre bases sólidas, la disponibilidad general de recursos vitales para asegurar el desarrollo del nuevo ser, etc., son sólo eso, patrones habituales respecto de algo que es infinitamente más rico. Con el nuevo ser se abre una nueva perspectiva de la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y el nuevo ser participa del derecho a la totalidad del pasado, el presente y el porvenir, de modo que esos patrones no siempre deben recortar la legitimidad del dar vida. La experiencia demuestra que en muchísimos casos las insuficiencias en cuanto a esos requisitos consagrados no impiden el desarrollo legítimo de la personalidad de los protagonistas del hecho de dar vida.

En sentido inverso, el quitar vida interrumpe una perspectiva de la totalidad de adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, de modo que en principio empobrece las posibilidades de justicia, sea que se trate de vida propia o ajena, y además priva al sujeto pasivo de su derecho a participar en la totalidad del material estimativo de la justicia.

Sólo en casos excepcionales, pese al carácter misterioso de la vida y al derecho a participar

en el patrimonio de todo el pasado, el presente y el porvenir, se advierte que el quitar vida (mejor que el "dar muerte") no significa un empobrecimiento sino un enriquecimiento, una valorización de la totalidad de los sentidos del material estimativo de la justicia, porque se quita la vida para optar por su mayor legitimidad, sea en términos del propio crecimiento del que muere o de salvar la vida de los demás. Entonces la adjudicación de quitar vida resulta repartidera: así ocurre con el autosacrificio y con la legítima defensa. En todo los casos sólo es legítimo recortar el material estimativo de la justicia para asegurar su mejor despliegue: quitar vida para enriquecer la vida.

11. La totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras comprende repartos, que provienen de la conducción, y distribuciones que surgen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y se producen espontáneamente. Según lo ya señalado, el objeto repartidero libertad corresponde a la constitución del material estimativo de la justicia a través de la conducción humana. Si el dar vida se vincula con el enriquecimiento genérico del material estimativo de la justicia, la libertad se relaciona con su enriquecimiento cualitativo, a través de la conducción.

12. El material estimativo de la justicia abarca influencias del pasado, el presente y el porvenir en general y es repartidero el acceso a estas tres dimensiones de la temporalidad. De manera detallada, ese material estimativo abarca los antecedentes de los propios casos y el pasado en general, el presente de los propios casos y el presente en general, el porvenir de los propios casos y el futuro en general; deben tenerse en cuenta las consecuencias de las decisiones que se adopten y los sentidos de los complejos personal, temporal y real. También son repartideras las inserciones de los sujetos en todas estas influencias particulares de justicia.

Es legítimo adjudicar a cada ser humano los antecedentes, el presente y el porvenir de los casos y de la vida en general, las consecuencias de las adjudicaciones que se adopten, las proyecciones de los complejos personal, temporal y real.

Es repartidero adjudicar los antecedentes de los casos a sus respectivos protagonistas y permitir a cada hombre participar de todo el pasado de la humanidad; es repartidero que cada hombre cuente con su presente y participe del presente de toda la humanidad; es repartidero que cada hombre sea atendido en su porvenir y sea referido a todo el futuro de la humanidad. Esto no significa ignorar que el pasado modificado en la perspectiva actual, es también reconocido tradicionalmente y con legitimidad como un objeto repartidero.

Es repartidero que cada individuo participe hasta cierto grado de las consecuencias de todas las decisiones que se adopten y sea vinculado con todo el complejo personal (por ejemplo, a través de la compañía que le brinden la familia, la amistad, etc., pero sin desconocer, no obstante, la legitimidad de la soledad). Es repartidero que cada individuo pueda disponer de su tiempo, que es una de las maneras más directas de la libertad. Es repartidero que cada hombre pueda proyectarse al complejo real, de modo que alcanza su máxima expresión en la propiedad.

IV) Conclusiones

13. A la luz de este enfoque sistemático se enriquece la comprensión de los objetos repartidores tradicionales. El dar y el quitar vida se enriquecen con los enfoques de los valores humanidad y salud, con el planteo de nuevas perspectivas del material estimativo de la justicia en el Derecho y con el derecho de todo ser humano, real o posible, a la totalidad del pasado el presente y el porvenir. La creatividad se nutre también con la perspectiva del valor humanidad y de los valores orden, verdad y belleza. La libertad se puede plantear de una manera más comprensible a la luz de la conducción, la espontaneidad y el orden, de la formación conductista del material estimativo de la justicia y del dominio del complejo temporal.

La propiedad se nutre especialmente de los valores conducción, poder, orden y utilidad y de la consideración del complejo real. El pasado se comprende mejor a través de su recomposición en la previsibilidad y la solidaridad, como vicisitud del orden y como despliegue del material estimativo de la justicia. La compañía y la soledad se aprecian mejor desde los valores poder y cooperación y previsibilidad y solidaridad y desde las consecuencias y el complejo personal.

14. Además, en este enriquecimiento de la comprensión de los objetos repartidores se advierte, por ejemplo, el carácter repartidero de objetos que tradicionalmente no se mencionan de manera específica, como la salud, la verdad, la belleza, el desarrollo sistemático de los valores a través de la educación, el derecho al porvenir, etc.

Por otra parte, se puede reconocer de este modo, por ejemplo, el carácter no repartidero de objetos especialmente frecuentes en nuestra vida cotidiana, como el ignorar los méritos de los antecedentes de la vida vivida y los créditos del porvenir de la vida por vivir. Se aprecian así, v.gr., el carácter no repartidero del monopolio de la cultura, que se apropiá a menudo del pasado de la humanidad en provecho de algunos, pero también el de la dilapidación de la cultura, que en aras de la masividad impide que quienes pueden aprovecharlo tengan acceso a ese pasado. En esta perspectiva ampliada de los objetos repartidores se advierte, por ejemplo, el carácter no repartidero que en principio tienen las medidas irreversibles, que privan del futuro de los casos y al fin del porvenir.

En todo momento hay que evaluar si en definitiva los objetos que se reparten cubren el marco de los objetos repartidores y no incluyen falsedades no repartidoras y si además abarcan en la máxima medida posible todos los despliegues del material estimativo de la justicia en el Derecho.

15. Sólo a la luz de la visión sistemática de los objetos repartidores se los puede jerarquizar debidamente, evitando a su vez que se desborden. Sólo así, por ejemplo, puede evitarse que el dar vida, con sus fundamentos de humanidad, innovación en el complejo axiológico y participación en el patrimonio temporal común de la humanidad sea sometido indebidamente a la propiedad, cuyos fundamentos de conducción, poder, orden y utilidad, y de relación con el complejo real, son en general inferiores. Así, v.gr., se descubre la falsedad que a menudo

presentan los fundamentos de ciertas medidas de control de la natalidad dirigidas contra los pobres.

Incluso, dentro de cada objeto repartidero genéricamente considerado, se hace así posible la jerarquización de sus diversas manifestaciones, v.gr., diferenciando la propiedad improductiva, que no satisface al valor utilidad y fracciona indebidamente el complejo real, de la propiedad productiva que, al cumplir esos requerimientos tiene, por el contrario, una jerarquía mayor. Reconociendo la carga axiológica de los objetos repartidores se puede apreciar, por ejemplo, que hay propiedades en las cuales el despliegue de creatividad y de belleza es tan grande que supera a la carga de utilidad, haciendo no repartidero, por ejemplo, su aprovechamiento particular exclusivo, como ocurre con las grandes obras artísticas ("La Gioconda" de Leonardo, el "Moisés", el "David", "La Piedad" de Miguel Angel, etc.). Incluso un objeto en general repartidero, como la propiedad, puede presentarse falsificado, según ocurre con la propiedad de elementos que legítimamente deben ser confiscados porque comprometen gravemente el orden, la justicia, la salud e incluso el nivel humano (como suelen serlo las drogas alucinógenas).

Esta comprensión sistemática de los objetos repartidores completa, desde el punto de vista dikelógico, la perspectiva de valoración vital con que se construyen las nociones sociológicas de potencia e impotencia y enriquece también las nociones normológicas de derecho subjetivo y deber jurídico.

(*) Investigador del CONICET.

- (1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987, págs. 432 y ss.
- (2) V. Id.; en cuanto a otros desarrollos de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. 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.
- (3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La noción de potencia y la integración del Derecho en la vida", en "El Derecho", t. 136, págs. 955 y ss.

UNA NOTA DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO: COMPARACION ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO PENAL POR LA NOCION DE DELITO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. Una disciplina que requiere amplia consideración, sobre todo en nuestro tiempo, es la Teoría General del Derecho entendida como planteo del “sistema jurídico” (1). En su despliegue es significativo, por ejemplo, reconocer las diferencias entre el Derecho Civil y el Derecho Penal que se evidencian v.gr. en sus diversas configuraciones de la noción de delito.

El delito civil suele ser caracterizado como el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro (art. 1072 del C.Civil argentino). De este modo, el delito civil queda caracterizado por el dolo y diferenciado del cuasidelito, caracterizado a su vez por la culpa que, en cambio, es negligencia, impericia e imprudencia. Por su parte, la dogmática penal suele caracterizar al delito penal como una conducta típica, antijurídica y culpable, abarcándose en este marco tanto los delitos dolosos como los culposos. Si bien en sus orígenes se decía que el dolo era la intención perversa, hoy suele afirmarse que el dolo consiste, en este marco penal, en que el autor tiene conciencia del delito, o que tiene conciencia y voluntad de delito, en tanto que en la culpa lo comete sin consentirlo.

El problema que deseamos abrir a la consideración comparativa es por qué las dos ramas jurídicas configuran sus nociones de delito de maneras diferentes. En cada caso hay un proceso histórico de formación de los conceptos diversos, pero entendemos que, más allá de ese proceso histórico, se muestra toda la constitución de cada rama como fundamento de la diferenciación. Hay, al fin, en cada rama una filosofía diferente.

2. Desde el punto de vista histórico, se afirma que en Roma el delito como fuente de las obligaciones surgió cuando los autores de los ilícitos no pudieron hacerse cargo de las composiciones y se comprometieron a pagarlas en fechas futuras (2). El delito civil no exigía, como ahora, la intención dolosa (3) y la ley Aquilia castigaba como delito al daño injustamente causado a la propiedad de otro, aunque fuese culposo (4). Sólo porque los delitos estaban tipificados (5), surgió con el tiempo la noción de “quasi ex delicto” (como si fuera delito), que luego se convirtió en “cuasidelito” (6).

En el Derecho Penal la atención al consentimiento del delito, diríamos a la intención perversa, fue ganando espacio recién con un tiempo relativamente largo (7). Si bien en Roma los sucesos culposos se castigaban de modo benigno, en el Derecho Penal primero se castigó todo

lo dañoso y la discriminación del dolo fue ganando espacio con el transcurso de las épocas. Baste recordar, al respecto, las penas aplicadas en los derechos primitivos a animales y cosas (8).

La distinción entre delito civil y delito penal quedó nítidamente constituida cuando modernamente se advirtió que el delito presenta doble aspecto, uno público, como amenaza para la sociedad y reprochabilidad a la persona del delincuente, y otro privado, que ataca a un derecho particular y trae aparejado el permiso a la víctima para obtener la reparación del daño, constituyéndose así en fuente de las obligaciones. Además, hoy suele pensarse en la conveniencia de suprimir la distinción entre delitos y cuasidelitos, agrupando indiscriminadamente ambas categorías en la de hechos ilícitos.

3. Nos parece, sin embargo, significativo que una rama construya la noción de delito exclusivamente sobre el dolo, diferenciándolo del cuasidelito que es culposo y la otra incluya el dolo y la culpa. Tampoco creemos irrelevante que en el dolo una rama exija la intención de dañar y otra la conciencia y la voluntad del delito.

El Derecho Penal tiene una carga común de requisitos de tipicidad, de antijuridicidad y de elemento normativo de la culpabilidad que hacen, en gran medida, a la protección del individuo contra la pretensión "repersonalizadora" (9) de la sociedad. Esa carga convierte a la distinción entre dolo y culpa en una pieza de todo el engranaje complicado de la noción publicista, pero en gran medida liberal, de delito penal, engranaje que es mucho mayor y más tenso que el de la noción privatista de actos ilícitos, donde se dividen el dolo y la culpa civiles como fundamentos del delito y el cuasidelito.

En el Derecho Civil se atiende a los intereses opuestos entre particulares y por eso no se requieren garantías como las exigencias de tipicidad y de antijuridicidad penales. La transgresión se dirige contra la persona o los bienes, pero al fin contra el patrimonio de otro particular. En cambio en el Derecho Penal se trata de resolver al fin el sentido comunitario de la repersonalización del delincuente y se atiende a su desafío a los criterios valorativos del legislador. De aquí que el marco del enfrentamiento con el gobierno requiera mayores garantías.

Pese a que es posible que el sentido utilitario de la vida contemporánea lleve al fin al Derecho Civil a uniformar la consideración de los ilícitos y a que en el Derecho Penal gane cierto consenso la composición de los delitos, no cabe duda que el marco conceptual "general" del Derecho Penal en cuanto a delitos es mucho más "fuerte", más significativo, que el marco conceptual "general" de los ilícitos civiles. El Derecho Penal debe, en principio, brindar más consideración a la intención, pero sin perjuicio de esa atención el dolo tiene en él menos función especificante conceptual que en el Derecho Civil. Nuevamente por el peso de la proyección comunitaria y de la necesidad de amparar contra ella, en el Derecho Penal para que exista dolo no basta con que haya intención, sino que se requiere la conciencia y la voluntad del delito (10).

- (*) Investigador del CONICET.
- (1) Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.; además, conjuntamente con ARIZA, Ariel y otros, "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", 23-XII-1992.
- (2) Puede v. por ej. CARAMES FERRO, José M., "Curso de Derecho Romano", 8a. ed., Bs.As. Perrot, 1971, pág. 111.
- (3) Id., pág. 40.
- (4) Id.
- (5) V. por ej. ARANGIO RUIZ, Vincenzo, "Instituciones de Derecho Romano", trad. José M. Caramés Ferro, reimpresión inalterada, Bs. As., 1973, págs. 406/7.
- (6) Puede v. ARIAS RAMOS, J., "Derecho Romano", 11a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, II, 1969, págs. 589 y ss. y 679 y ss.; JORS, Paul, "Derecho Privado Romano", ed. refundida por Wolfgang Kunkel, trad. L. Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1937, pág. 276; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Bs. As., Ediar, 1981, págs. 419 y ss.; ALTERINI, Atílio Aníbal AMEAL, Oscar José LOPEZ CABANA, Roberto M., "Curso de Obligaciones", 2a.ed., Bs. As., Abeledo Perrot, t.I, 1982, págs. 56 y ss.
- Asimismo pueden v. por ej. MAYNZ, Charles, "Cours de droit romain", 4a.ed., Bruxelles, Bruylant Christophe, t.II, 1877, págs. 508 y ss.; BADARACCO, Raúl Augusto (Dr.), "Delito civil", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. VI, pág. 244 y ss.; COLOMBO, Leonardo A. (Dr.), "Quasidelito", en "Enciclopedia..." cit., t. V, págs. 166 y ss.
- (7) Puede v. por ej. JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", t. V, "La culpabilidad", Bs.As., Losada, 1956, esp. págs. 299 y ss. y 667 y ss. En relación con la distinción entre doyo y culpa es posible c. además v. gr. SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", 2a. reimp., Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, t. II, 1953, págs 99 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal", Parte General III, Bs.As., Ediar, 1981, por ej. págs. 295 y ss.
- (8) Puede v. por ej. ZAFFARONI, op. cit., I, 1980, págs. 317 y ss., SANCIETTI, Marcelo A., "Teoría del delito y disvalor de acción", Bs.As., Hammurabi, 1991, esp. págs. 122/3.
- (9) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal", en "Anuario" de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales del Rosario, N°5, págs. 95 y ss.
- (10) En cuanto al horizonte justificativo de este trabajo pueden v. por ej. 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.

NOTAS SOBRE EL PENSAMIENTO DE KANT ACERCA DE LA PENA DE MUERTE (*)

Elisa DIBARBORA (**)

Este trabajo no tiene pretensiones de aportes originales, por si puede ser útil reconsiderar en una dimensión filosófica un tema de tanta actualidad.

Comenzaremos con los antecedentes históricos.

Es necesario aclarar que en general hasta el siglo XVIII la pena de muerte es aceptada por la mayoría de los pensadores y jusfilósofos; la tendencia abolicionista comienza en forma activa recién con Beccaria que es prácticamente contemporáneo de Kant, y a quien este último menciona en sus principios metafísicos del Derecho.

Así en la Edad Media tenemos con Santo Tomás de Aquino una justificación de la pena de muerte. Nos dice en la Suma Teológica:

“Como hemos dicho, es lícito matar al malhechor en cuanto se ordena a la salud de toda la sociedad, y, por lo tanto, corresponde sólo a aquel a quien esté confiado el cuidado de su conservación, como al médico compete el amputar el miembro podrido cuando le fuera encomendada la salud de todo el cuerpo, y el cuidado del bien común está confiado a los príncipes, que tienen pública autoridad, y, por consiguiente, solamente a éstos es lícito matar a los malhechores; no lo es a las personas particulares.” (1)

Al aspecto negativo de la privación de la vida del condenado, cabría la posibilidad de considerar lo positivo que se revierte sobre la vida de la sociedad a la que el individuo pertenecía.

Del mismo modo la Escuela Clásica del Derecho Natural, entendiendo el Derecho natural como dictamen de la razón, ha adherido a la tesis de la pena de muerte, Grotius y Pufendorf entre otros.

Tenemos en plena Edad Moderna a Rousseau, representante típico del contractualismo, quien admite la pena capital dentro del pacto social. Con el fundamento racional de ser la garantía y protección de la vida de los integrantes de la sociedad:

“...todo malhechor, al atacar al derecho social, resulta por sus fechorías rebelde y traidor a la patria (...). Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se ejecuta al culpable es más como enemigo que como ciudadano. El procedimiento y la sentencia son la prueba y la declaración de que ha roto el contrato social y, por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado.” (2)

Llegamos así a fines del siglo XVIII, época en la que Kant escribe su obra Fundamentos

Metafísicos del Derecho, como primera parte de su Metafísica de las Costumbres. Antes de exponer la doctrina sobre la pena de muerte haremos referencia al tratamiento que hace Kant de la pena en general; específicamente al ius talionis como fundamento de la equidad entre el delito y la pena. Es muy poco espacio el que le dedica en su libro al derecho de castigar y perdonar, sin embargo, representa una reflexión que concuerda con sus afirmaciones éticas, y cierran así el círculo de la interioridad y exterioridad de las acciones humanas consideradas en su aspecto práctico. La teoría del castigo está ubicada en el marco legal, pero el modo de representar la norma jurídica coincide con la norma ética. La clave está en la segunda enunciación del imperativo categórico:

“Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.”(3) La justicia penal es para Kant un imperativo categórico a priori. El castigo:

“...no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe ser siempre contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido.”(4)

El malhechor se considera digno de castigo. Es un acto de justicia impartir la pena. Es la más moral de las consideraciones hacia la persona del que ha delinquido: No tomar la pena como un medio, sino como un fin en sí mismo; y lo más justo y retributivo, lo estrictamente racional en la aplicación de un castigo; esto es el ius talionis:

“No hay más que el derecho del Talión que pueda dar determinadamente la cualidad y la cantidad de la pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un tribunal (no por el juicio privado).”(5)

Esta ley no siempre es aplicable en modo estricto, pero sí simbólicamente en cuanto al efecto. Kant no está de acuerdo con la composición, ésta no es “racional”; específicamente no es justa, no hay equivalencia entre por ejemplo las injurias y una multa, ya que entonces las personas adineradas podrían a su antojo ir insultando a la gente; se debe en estos casos reparar también el honor de la persona injuriada, por ejemplo besar la mano del ofendido aunque se lo considere muy inferior a sí:

“De esta manera se le castigaría hasta en su sensibilidad moral, en su vanidad; de tal suerte que el principio de igualdad quedaría restablecido.” (6)

En otro ejemplo afirma que “si tú robas, tú te robas”, esto significa que cometer un robo perjudica a toda la sociedad a la que pertenece y por consiguiente se priva a sí mismo de tener seguridad respecto a los propios bienes. En este caso cabe según la ley del Talión privarlo de su libertad:

“...El Estado tiene el derecho de utilizarse de las fuerzas del ladrón en trabajos útiles a la sociedad.”(7)

De igual modo no hay equivalencia entre un homicidio cometido y el pago de una multa ya que la vida humana que se perdió es tomada simplemente como un valor económico, no con valor en sí mismo, simplemente como lo que da derecho a un resarcimiento pecuniario. Siguiendo la ley del Talión, fiel reflejo de una doctrina retribucionista, si alguien mata a otra persona, él también debe morir. Sin embargo su muerte tampoco debe ser considerada como un

medio de satisfacer morbosas inclinaciones ocasionando torturas y padecimientos:

“...su muerte pronunciada en justicia y separada de toda clase de malos tratamientos que pudieran hacer horrible la naturaleza humana en el paciente.”(8)

La sentencia a muerte impartida por un juez es la única pena proporcional a la “maldad interna del criminal”.

La muerte es la retribución a la acción de querer cometer un homicidio; haciendo hincapié en el hecho de que sea una acción totalmente voluntaria. La ética kantiana sólo considera las acciones que surgen del querer del individuo, así:

“Nadie es castigado por haber querido la pena, sino por haber querido la acción punible; por que si sucede a alguno lo que quiere, no puede ser esto una pena, y es imposible querer ser castigado”.(9)

Se trata de afirmar que el ser integrante de una sociedad me obliga a someterme a las leyes que hacen posible la convivencia, debo subsumir la necesidad de mi subjetividad al juicio a priori de mi razón.

Retomemos la afirmación de que la pena es un imperativo categórico, al ser a priori no debe tener en cuenta la voluntad del hombre individual y concreto, en una situación puntual; Homo phaenomenon, por sobre este individuo empírico se halla el sujeto trascendental, Homo noumenon. La razón pura constitutiva de mi ser hombre. Del enfrentamiento entre estas dos instancias surge que:

“...no es el pueblo (cada uno de los individuos que le compone), sino el tribunal (la justicia pública), por consiguiente, otro que el malhechor, quien pronuncia la pena de muerte.” (10)

En conclusión tenemos para Kant dos clases de penas: la ley del Talión para algunos delitos, y la pena de muerte para el homicidio.

Reflexión final

Muchos argumentos respecto a la pena de muerte consideran la ilegitimidad de quitar la vida como condena por un crimen cometido, sin embargo la racionalidad pura nos impone considerar con el mismo peso en la balanza la vida que tensa la persona con la que el criminal terminó. Esta justificación y defensa del ius talionis y la pena de muerte es propio del rigorismo kantiano, absolutamente coherente con su doctrina ética del deber opuesto a toda inclinación que provenga de nuestra facultad de desear. Si bien no tuvo gran influencia en el derecho penal posterior, ya que prevaleció la tendencia de Beccaria, no deja por eso de tener un fundamento metafísico valioso y se convierte en ejemplo de un pensamiento estricto, que nos muestra los límites a los que llega el hombre en el uso de su razón.

Como última consideración del tema, y no ya desde el punto de vista kantiano sino desde una perspectiva existencial, cabe reflexionar sobre la finitud del hombre... “un ser para la muerte. Desde el momento de nacer estamos virtualmente condenados a muerte, es nuestra propia vida la que nos condena a la pena capital todo el aspecto jurídico es por su propia naturaleza relativo. La voluntad de terminar con nuestra propia existencia con un suicidio: o terminar con la vida de otra persona por homicidio o condena a muerte, no tiene una significación absoluta; sólo

acortamos plazos, adjudicamos un momento preciso a un hecho que irremediablemente ha de suceder. El hombre en su soberbia a veces olvida que no tiene poder sobre el comienzo o el fin de la vida. Es Dios en última instancia el que condenó a morir a todos los hombres, y vaya paradoja: esta condena a muerte es al más "humano" de los derechos.

- (*) Comunicación presentada al Tercer Congreso Internacional de Filosofía Jurídica y Social.
(**) Profesora adjunta de la Cátedra de Introducción a la Filosofía y las Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la U.N.R.. Investigadora del CIUNR.
- (1) AQUINO, Tomás de, "Suma Teológica", t.8, Madrid, La Editorial Católica, BAC, 1956, pág. 436.
 - (2) ROUSSEAU, Jean Jacques, "El Contrato Social", Madrid, Aguilar, 1970, pág. 37.
 - (3) KANT, Manuel, "Fundamentación de la metafísica de las Costumbres", Madrid, Espasa-Calpe, 1963, pág. 84.
 - (4) Id., "Principios Metafísicos del Derecho", Bs.As., América Lee, 1974, pág. 147.
 - (5) Id., pág. 148.
 - (6) Id., nota (5)
 - (7) Id., nota (6).
 - (8) Id., pág. 249.
 - (9) Id., pág. 151.
 - (10) Id., nota (9).

REFLEXIONES SOBRE ANORMALIDAD Y DERECHO (*)

Graciela N.GONEM MACHELLO (**)

I.- No resulta fácil definir la normalidad y la anormalidad.

Según Guillermo Vidal se puede hacer referencia a lo normal y anormal en diversos sentidos:en un primer sentido, normal “equivale a promedio, al módulo de un carácter mensurable. Lo anormal sería entonces una desviación cuantitativa, en más o menos, de la norma graficable según la curva de frecuencia de Gauss...”(1).

En otro sentido, según Guillermo Vidal “normal implica un juicio de valor. Es lo que debe ser... un sinónimo atenuado de bueno y de justo’(Lalande).Visto así, lo normal aparece como un fin de la generalidad observable.A este sentido teleológico de lo normal apelamos de ordinario en medicina, cuando nos referimos a la salud de los órganos o de la psíquis.Más que a una supuesta normalidad aludimos aquí a una normatividad biológica humana’(2).

El autor mencionado -G.Vidal- destaca, no obstante que normal y anormal continúan siendo términos equívocos, no hay una definición científica de la normalidad, y que el concepto de la normalidad tiene en psiquiatría una raíz sociocultural, frecuentemente se la relaciona con adaptación (3).

Lo normal no debe confundirse con lo patológico.Lo patológico designa una clase de anormalidad.Las personas anormales pueden ser subnormales, supernormales,o cualitativamente perturbadas o desequilibradas, o sea extranormales (4).

Pathos encierra la idea de padecimiento, impotencia, enfermedad,sentimiento de vida contrariada, lo patológico penetra toda la vida individual, dándole a la existencia un contenido angustioso y original (5).

Si bien el tema del derecho y la anormalidad presenta múltiples e interesantes aspectos desde el punto de vista interdisciplinario, tanto en materia penal, como civil , nos referiremos brevemente, por la actualidad y trascendencia al tema de la homosexualidad,tema polémico que ofrece un amplio campo para la investigación.

Algunos meses atrás en el diario Clarín se publicaron diversos artículos relacionados con la homosexualidad.En uno de ellos se mencionaban las reivindicaciones por las que luchan las personas homosexuales, aludiendo a la creación de una ley de unión civil, y al derecho a adoptar (6).

II.- La sexualidad tiene un significado humano fundamental, varón y mujer son dos personas humanas destinadas a un diálogo orientado hacia la PERSONALIZACION, diálogo de amor que abarca tres niveles: de la genitalidad, de la afectividad y de la espiritualidad (7).

La sexualidad tiene una función primaria de crecimiento personal ya que permite descubrir una ley fundamental de la existencia humana: que “el hombre se realiza abriéndose al otro, descentrándose promoviendo al otro, aceptando al otro en su radical alteridad como ‘otro yo’”(8). Además “el cara a cara ‘varón - mujer’ lleva al descubrimiento y a la integración de los valores del otro sexo” (9).

La sexualidad tiene otros significados humanos: a) es factor de socialización entre las personas, y b) implica una apertura a la trascendencia, a Dios (10).

a) “La sexualidad tiene un dinamismo de apertura al tú y de edificación de un ‘nosotros’ social. La familia resulta así el punto de articulación entre lo público y lo privado, trampolín de lance para la vida política” (11).

b) El deseo sexual aspira a obtener una plenitud absoluta, pero a veces el hombre queda insatisfecho, lo cual revela la necesidad de trascendencia y remite a la comunión con Dios, único que lo colmará plenamente, y aún cuando se alcanzara una comunicación gozosa, no por eso pierde su significado de apertura a la trascendencia, como preludio de la comunicación amorosa y gratuita a que es llamado el hombre (12).

El comportamiento sexual es bueno o malo según personalice o deteriore el ser del hombre (13).

Destacamos asimismo, que “El fundamento de la moral es la misma naturaleza humana. El bien moral es todo objeto, toda operación que permita al hombre realizar las virtualidades de su naturaleza, y actualizarse según la norma de su esencia, que es la de un ser dotado de razón” (14).

“... es cierto que todo lo que es en la naturaleza es natural, pero no lo es que todo lo que es en la naturaleza sea normal”(15).

“Todo placer sensible es bueno o malo según que esté acorde o no con las exigencias de la razón” (16).

III.- Concebimos al Derecho como un conjunto de repartos-adjudicaciones de potencia e impotencia llevadas a cabo por hombres, captados por normas y valorados por la Justicia.

El derecho consta en consecuencia, de tres dimensiones una sociológica, otra normativa, y la tercera dikelógica, las que se hallan integradas de acuerdo con una fórmula realista (17). (El Cristianismo que recoge el realismo genético religioso monoteísta da al tridimensionalismo una base firme) (18).

En la Dimensión Sociológica observamos que existen personas que experimentan atracción por otras del mismo sexo.

Con respecto a la Dimensión Normológica, recordamos que las normas captan los repartos y que cumplen funciones descriptivas e integradoras. En nuestro país no existen normas civiles respecto a las personas homosexuales que capten una figura como la mencionada “unión civil” ni el derecho a adoptar por parte de las personas así unidas.

En la Tercera Dimensión encontramos finalmente los valores, sobre todo los que presiden la convivencia social que tienen una subsistencia independiente de nosotros, objetiva (19).

La Justicia es un valor natural absoluto, y la posibilidad de realización de la misma es el denominador común supremo del Derecho (20). El principio supremo de Justicia consiste en otorgar a cada uno la esfera de libertad necesaria para que se personalice (21).

“...si buscamos el principio supremo de Justicia , anhelamos hallar pautas universales, válidas para cualquier ser humano,inclusive para el legislador. El legislador deja de serlo y se convierte en humilde súbdito, cuándo se trata de buscar las imágenes rectoras del desarrollo de la humanidad”(22).

Es necesario “averiguar cuáles de las posibles personalizaciones son valiosas, todo vez que el desarrollo de cualidades disvaliosas queda descartado de las exigencias del humanismo. En efecto si nuestro empeño consiste en buscar personalizaciones,no pensamos en el desarrollo de las ‘cualidades’ de un asesino nato, de un sátiro, de un cleptómano sino en el despliegue de cualidades valiosas”(23).

Creemos, asimismo, que si bien las normas morales se distinguen de las jurídicas,el derecho integra el orden moral y la relación entre ambos es jerárquica, el Derecho se halla subordinado a la moral,(24) y que el hombre goza de autarquía moral en virtud del libre albedrío, o sea puede realizar o no los valores, pero no es autorizado a emitirlos (25).

Por lo expuesto, consideramos a la homosexualidad como una anormalidad , sea que la analicemos con un criterio estadístico o de valor, y además patológica.

La homosexualidad no contribuye a la personalización del hombre. Contradice la finalidad inscripta en la naturaleza del mismo (la facultad sexual exige alteridad, complementariedad de sexos, y se ordena por sí misma a la generación), y no tiene en cuenta el aspecto dinámico - personalista (la sexualidad debe integrarse en la totalidad de la persona y contribuir a su madurez o realización)(26).

El sentido común (27) debe prevalecer y por consiguiente no se deben elaborar normas que captan una realidad que perjudica al hombre, no deben admitirse las uniones civiles que se pretenden entre personas homosexuales, ni el derecho a adoptar (28). Ello no contribuirá tampoco al progreso colectivo, ya que es propio de la ley guiar la conducta de los hombres de acuerdo con las exigencias del bien común.

“Las normas deben tratar de orientar las costumbres expresando ciertos valores que condicionen el orden social justo, el bien común, es decir los objetivos que el derecho persigue... Lo que no es admisible es que las normas deban copiar lo que ocurre en los hechos, pues en ese caso es probable que la transformación de la sociedad en un conglomerado caótico se produzca aceleradamente...”(29).

Jean Carbonier destaca “lo que es, no es necesariamente lo que debe ser. El derecho supone por esencia un juicio de valor sobre los hechos”(30).

Para concluir deseamos recalcar la actitud respetuosa, caritativa y no discriminatoria que debe tenerse para quienes padecen esta anormalidad, y la necesidad de evitar las causas conocidas que la provocan y promover el desarrollo de personalidades sanas.

El desafío existe y al hombre corresponde superarlo (31).

- (*) Comunicación presentada a la Jornada sobre Anormalidad y Derecho llevada a cabo el 11 de diciembre de 1992.
- (**) Investigadora del C.I.U.N.R
- (1) VIDAL, Guillermo, "Encyclopedia de Psiquiatría", voces Salud y enfermedad, Bs.As., Librería "El Ateneo", 1977, pág. 627. Puede verse también PIERON, Henri, "Psicología", (voz normal acepciones 1,2) 2a. edic., Bs. As., Kapeluz, 1972, pág. 354; WARREN, Howard C., "Diccionario de Psicología (voces normal y anormal)", Trad. y rev. de E. Imaz, A. Alatorre y L. Alaminos, 3a. ed., Fondo de Cultura Ec., México - Bs.As., 1960 págs. 16 y 244 respectivamente.
 - (2) VIDAL, Guillermo, op. cit. pág. 627. Puede verse también PIERON, Henri, op. cit. (voz normal, acepción 4) pág. 354.
 - (3) VIDAL, Guillermo, op. cit., pág. 627
 - (4) WARREN, Howard C., op. cit., pág. 16 (voz anormal), y pág. 260 (voz patología).
 - (5) VIDAL, Guillermo, op. cit., pág. 633.
 - (6) Diario "Clarín", del 20/9/92, "Gays. Para nosotros la libertad?", págs. 6/7.
 - (7) GASTALDI, Italo Francisco, "Aproximaciones filosófico teológicas al misterio del hombre", Ecuador, Don Bosco, 1979, págs. 96 a 102.
 - (8) Id., pág. 98.
 - (9) Id., pág. 99.
 - (10) Id., pág. 105 a 108.
 - (11) Id., pág. 105.
 - (12) Id., pág. 108.
 - (13) Id., pág. 113.
 - (14) GILSON, Etienne, "El Tomismo. Introducción a la Filosofía de Santo Tomás de Aquino", trad. Fernando Múgica, Pamplona, Univ. de Navarra S.A., 1978, págs. 492/493.
 - (15) Id., pág. 493.
 - (16) Id., pág. 495.
 - (17) P. v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1985; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Los valores jurídicos y el resto del mundo del valor", en "Estudios Jusfilosóficos", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986, pág. 72.
 - (18) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 26
 - (19) Id.
 - (20) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Denominadores particulares y comunes del Derecho y la Política" en "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones jurídicas, 1984, Tomo II, pág. 219.
 - (21) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 417.
 - (22) GOLDSCHMIDT, Werner, "Fundamento de las personalizaciones y Teología de los valores", en "El Derecho", tomo 124, pág. 715
 - (23) Id.
 - (24) GARIBOTTO, Juan Carlos, "Moral, Derecho y Doctrinas Generales del Derecho Civil", en "El Derecho", tomo 101, págs. 988, y ss. Puede verse DEL VECCHIO, Giorgio, "Filosofía del Derecho", 9a. ed. Barcelona, Bosch, 1969, págs. 320 y ss.
 - (25) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit. en nota 17, pág. 26. P.v. asimismo, DERISI, Octavio N., "Cultura y Valor", Rev. del Notariado, Mayo-Junio 1975, Año.XXVIII, N 74I, pág.1087 y ss.
 - (26) GASTALDI, Italo F., op. cit., pág.113. "...cuando se habla de los fines de la naturaleza...se denota un criterio propio que nos permite discernir y apreciar las más profundas e íntimas congruencias en el orden de la realidad y en el desarrollo de sus manifestaciones." (Del Vecchio, op. cit., pág. 509).
 - (27) "El sentido común capaz de develar la realidad y determinar por tanto lo justo en el hombre de bien no es algo espontáneo ni superficial. Proviene del sentido profundo develado esforzadamente por nuestros mayores, y transmitido por la tradición; preparado ya por la compatibilidad, consanguinidad, connaturalidad genética impresa por las generaciones del buen obrar; vivido en el ejercicio normal de la familia y la sociedad, por la educación; aprehendido finalmente por el esforzado estudio, pensamiento y práctica de la virtud ..." BOCCI, Javier, "Ius, Logos y theos. Una Introducción al Derecho Natural", en "Prudentia Iuris. Revista de la Fac. de Der. y Cs. Políticas de la Pontificia Univ. Católica Arg. Santa María de los Bs. As.", N XXX, Bs. As. Octubre 1992, pág. 195. El mismo autor recalca que "'Common sense', en inglés, no es lo mismo que el más vulgar 'sentido común' castellano. Es...algo mucho más acorde a la significación primitiva del equivalente latino. Es decir el normal común sentir de las personas normales, que equivale a decir correctamente formadas (=hominizadas)...". (Op.cit., pág. 195)
 - (28) Recordamos que muchos fallos coincidentes, pronunciados en materia de adopción (aunque no referidos a pedidos efectuados por personas homosexuales) destacan que "resulta prioritario atender el interés del menor, al cual debe someterse cualquier otro interés involucrado o afectado" (CC y C. Paraná (E.R.) Sala 2a., 24-3-87 P. N. R. s/Adopción, en "Zeus", Rep. 7, pág. 69; en el mismo sentido C. Apel. Caleta Olivia (Sta. Cruz), 8-7-88. D. J. O. y otra en "Zeus", Rep. 8,

- p. 113) y que "el fin de toda ley de adopción está dado por el concepto de amparo que se procura en favor de quien cualquiera sea la causa - no lo llene; concepto que, obviamente, abarca aquello que hace a la protección de la integridad de la persona humana en lo físico, psíquico y espiritual." (C. de Apel. en lo Civ. y Com. de Paraná, Sala Ia., 30-4-79, D.M., F.E. s/Adopción, en "Zeus", tomo 17, S. J., pág. J-292). Además consideramos que no puede cuestionarse la importancia de la figura materna y paterna en la formación de la personalidad.
- (29) MAZZINGHI, Jorge A., "La Familia ¿evoluciona?", en "El Derecho", tomo 118., pág. 927. En términos trialistas habría que referirse a los repartos.
- (30) CARBONIER, Jean, "Derecho flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho", trad. Luis Díez Picazo, 2a.ed., Madrid, Tecnos, 1974, pág. 363.
- (31) Sobre desafío puede verse, GOLDSCHMIDT, Werner, "Las distribuciones y la Justicia Cósmica", en "El Derecho", tomo 118, pág. 745.

LA DISCRIMINACION INMIGRATORIA(*)

Ada LATTUCA(**)

El proyecto político, de los hombres del período de la Organización Nacional, coherente en la idea de forjar la Argentina Moderna, basó sus pilares en el aporte foráneo. El artículo 25 de la Carta constitucional expresa el deseo de fomentar la inmigración europea, aclarando que no se podrá restringir, limitar o gravar con impuesto alguno a los extranjeros ingresados al territorio argentino, con disposición para labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

Se recogió, en definitiva, el pensamiento alberdiano que dedicó especial atención a la promoción de esa calidad humana entendiendo, que en los europeos las virtudes esenciales estaban dadas por sus hábitos de trabajo, de libertad y afán de progreso, produciendo como resultante la ansiada transformación del país.

Así en el Programa de la generación del '80 se atribuyó un lugar prioritario al valor utilidad al hilo de cuyo cumplimiento se pudiera seleccionar, priorizar y gratificar a los mejores, a los capacitados para desarrollar una labor científica o técnica, en suma, a los "útiles para el trabajo", según expresión de la época. Luego, todo aquello que no accordare con tal propuesta debía rechazarse, expulsarse del seno de una sociedad concebida en términos de completa renovación para la formación de, "una raza sana física y moralmente para el trabajo".(1)

La actitud asumida con quienes intentaren subvertir la máxima comitiana del Orden y Progreso, cara a aquellos estadistas, se explica en la pretensión de separar a los útiles de los inútiles, a los normales de los anormales. Claro está, que los parámetros de esta discriminación humana conllevó claros síntomas de injusticia. Si bien, la decisión fue un acto de puro voluntarismo concedido por los supremos repartidores de entonces, contra los cuales era muy escaso el margen de apelación de los recipientes gravados y con ello se consolidó la instrumentalización utilizada en la aplicación de aquellos conceptos.

Cada estilo de vida -dice el profesor Ciuro Caldani- establece ciertos patrones de normalidad de acuerdo con su propia valoración sin que -no obstante- los anormales sean al fin necesariamente elementos "desvaliosos". La referencia a valores específicos condiciona, limita y discrimina quienes ingresarán en la órbita predispuesta por el momento histórico específico.(2)

Quizás sea lícito recordar cuán cerca están, en el proceso de la historia universal, las relaciones de poder con los mecanismos de selección. respecto del tema Foucault expresa:

“Desde hace siglos el Estado ha sido una de las formas de gobierno humano de las más extraordinarias y también de las más temibles”.(3)

I. Los irregulares

Así, o como infractores fueron calificados quienes resultaban indeseables o inútiles en el marco de la política migratoria diseñada al hilo de la ley nº817 de 1876, conocida comúnmente como ley Avellaneda. Su artículo 32, exhibía la nómina de los que integraban aquella categoría determinando que “los capitanes de buques y conductores de inmigrantes, no podrán transportar a la República Argentina, en calidad de tales, enfermos de mal contagioso o de cualquier vicio orgánico que los haga inútiles para el trabajo; ni dementes, mendigos, presidiarios o criminales que hubieren estado bajo la acción de la justicia, mayores de 60 años, a no ser jefes de familia, so pena de reconducirlos a sus expensas y pagar las multas que les fueren establecidas según la importancia de la infracción”, luego, al descalificarse a un individuo se lo consideraba, al menos parcialmente disminuido como sujeto de derecho.

Sin entrar a discernir el problema de las políticas restrictivas aplicadas a las migraciones, en Argentina y en los países receptores de caudal humano, se analizará, según los casos estudiados, el margen de injusticia que comportó la aplicación -no siempre coherente- del mandato legal.

1) Dementes y sexagenarios.

Se fijó la edad de 60 años como umbral de la vida útil porque, “...los sexagenarios están en el período de la declinación y sujetos a los achaques de la edad”(4)

Con tal presupuesto se infiere su inhabilidad para el trabajo por ende, la prohibición de desembarcar; y si ello se produjere se procedería a su inmediato reembarco al puerto de origen, siempre que no mediare algún pariente de primer grado que se hiciese cargo de su subsistencia. La prolividad de las autoridades portuarias fue tal, que negaron derecho de asilo en muchos casos si se presentaban al efecto solo parientes colaterales porque declaraban que éstos no están obligados por el Código Civil a la prestación de alimentos.

Así, es perfectamente comprensible tal determinación en el marco de una sociedad estructurada al hilo del valor utilidad porque se asimilaba a aquéllos -a priori- a la categoría de mendigos y como tal aportarían una carga para el Estado y sus instituciones. Si se proveía a su internación, si se los dejaba vagar, ofrecerían una imagen poco recomendable. Espíritu que contradice las humanitarias palabras vertidas en un Informe en donde se resalta a la República Argentina como la panacea para los inmigrantes puesto que en ella se daban ciertas condiciones favorables tales como, “...el numeroso trabajo ofrecido;...la clase de gente que se llama y viene al país;...y las poderosas instituciones de orden moral y filantrópico que están en acción para ayudar a hacer su camino con dignidad al que se acerca al extremo de la pobreza o de la enfermedad; y, porque la vida es barata y ninguno carece de subsistencia abundante en nuestro país por las costumbres tradicionalmente generosas de sus habitantes”(5).

La extensión anexada al término de mendigo muestra además, la intencionalidad del legislador, “no es sólo mendigo el sujeto vergonzante que anda de puerta en puerta, cubierto de

andrajos y provisto, por así decirlo, de una objetiva patente de mendicidad, sino también aquéllo que cae bajo una presunción de jure de que no podrá subsistir de otra manera". No fuimos innovadores en la temática, la historia exhibe demasiados ejemplos acerca de las medidas prohibitivas sobre la mendicidad llegándose a castigar con penas de galeras y multas pecuniarias a quienes dieran limosna manualmente a los mendigos.(6)

La expresa voluntad de los sexagenarios, manifestada en el puerto de Buenos Aires al capitán del barco o a funcionarios argentinos de trabajar en su profesión -como el caso del violinista ciego o de la modista con dificultad auditiva- o de ubicar a los hijos radicados en algún lugar de la República cuya dirección habían extraviado, no se consideraron argumentos válidos para proceder a su desembarco.

La convivencia de pobres y ricos no resultaría conveniente ni agradable para la imagen de la sociedad que quería proveerse. Cuando la burguesía europea se consolida, el problema de la "peligrosa convivencia" será solucionado con el consagrado derecho de la propiedad privada, la división de barrios pobres y ricos o con la Ley de Pobres sancionada por el Parlamento inglés a mediados del siglo XIX.

Los dementes, ingresaron también en el listado de anormales. Ahora bien, el diagnóstico del padecimiento debía estar a cargo exclusivo de las autoridades sanitarias del puerto de embarque sin embargo, la tentación, unas veces, la ignorancia, en otras contribuyeron a certificar el estado normal del paciente que, según declaraciones de los capitanes al ser descubiertos en infracción por las autoridades argentinas, aseguraban que durante el trayecto y, "a simple vista" percibieron la enfermedad mental del inmigrante. Caían bajo esta apreciación u "ojo clínico" quienes habían evidenciado en el curso del viaje actitudes extrañas, perpetua agitación, depresión nerviosa en forma de ideas tristes, alimentación insuficiente e insomnio, delirio estático o religioso, vestir exótico y conductas extrañas. En el caso de una emigrada española, M.M., soltera, de 19 años, de profesión jornalera, fue declarada demente por el capitán, diagnóstico confirmado por el visitador médico argentino, "porque la desnudez, la extrema pobreza y miseria fisiológica de la mujer es apreciable a primera vista".(7)

Cuando el proceso inmigratorio inicia su curva descendente, se llegó a la convicción que aquellos diagnósticos podrían haber sido meras presunciones. "La demencia en sus diversas formas -se expresa en la Memoria de 1916- es difícil de comprobarla en el acto de la Visita de la inmigración, al menos que el inmigrante se halle, en ese preciso momento con sus facultades mentales alteradas, de tal manera que se denuncie a simple vista".

Los dementes simuladores, no entrarían pues en tal categoría. Además, hubiere sido más conducente averiguar si las causas de aquellos comportamientos así como la depresión nerviosa no se debían a, los malos tratos a bordo, la subalimentación, los padecimientos gastrointestinales, el irregular descanso en literas ubicadas junto a la sala de máquinas, la malsana compañía de ganado en pie, para consumo de los pasajeros, y cuyo número excedía con creces la cantidad de los viajeros. También el dolor, los pesares, el desgarro de haber abandonado toda su vida, provocarían sin dudas la adopción de "conductas extrañas".

No resulta posible proceder a una evaluación completa sobre este mecanismo utilizado en frecuentes ocasiones. Sólo se puede inferir, la carencia de una estructura médica legal que

funcionara con el mayor respaldo científico y jurídico, a efectos de evitar los probables equívocos de los diagnósticos donde se confunden la sintomatología con la idea de brujos, demonios o poseídos.

2) Mujeres solas con hijos.

Ingresaban, por extensión en el artículo 32 y por presunción en la categoría de inhábiles para el trabajo y de mendigos. La novedad que comportó para el derecho migratorio este tipo de inmigrantes movió a cubrirla con resoluciones y decretos ampliatorios del concepto de mendicidad. Las mujeres "cargadas" de hijos muy pequeños, sin recursos y sin familias que las ayudaren en la República Argentina, no podrían dedicarse al trabajo sin desembarazarse de ellos, depositandolos en un asilo. "¿Puede admitirse que una mujer en tales condiciones sea una buena inmigrante? ¿Podría sostenerse que es benéfico su ingreso? No, representa un serio gravamen para el país."(8)

Quizás, el conocimiento de esta situación llevó a muchas señoras a esperar ansiosas el arribo de los barcos para solicitar de la madre con estos problemas la tenencia de algunos de sus hijos.

Suplida pues la carencia normológica, el Estado podría aplicar con mayor rigor la exclusión de estos anormales. Dentro del orden concebido para el país se debía vigilar el cumplimiento de un programa disciplinario aplicado con el mayor rigor a los individuos. Así, a modo de ecuación, la mayor disciplina es una técnica del poder, y se obtiene y perfecciona a medida que éste acrece.

Lo asombroso en este tema es la comprobación de una permisividad -¿cómplice?- de capitanes, agentes y funcionarios de allende y aquende el océano, que facilitaban su partida, para culminar, en el momento del arribo, con la orden perentoria de su retorno fundado en "razones humanitarias" que traducían claramente la voluntad de segregarlas. Por ello se fundamentaba que su reconducción al lugar de procedencia era lo más justo porque de no hacerlo así, caería en la mendicidad, y además se declaraba que en su tierra natal, la infractora, hallaría entre los connacionales el apoyo que no puede encontrar en la República Argentina. ¿Se evaluaban las condiciones que hallaría la mujer en su tierra natal una vez que se habría despojado de todas sus pertenencias con el objeto de iniciar una nueva vida en otro país? Además, el término "cargada" con hijos suponía una especie de condena a la prolífica madre, como asimismo lo difuso del término habilitó a considerar punible también a las que tenían un solo hijo. Así fue el caso entre otros de C.F., austriaca, viuda de 43 años con un hijo de 11, víctima de la inescrupulosidad de un agente de inmigración; en momentos de proceder a su reembarco se fundamentó esa resolución por cuanto: "la mujer, que es agricultora, no posee medios de subsistencia, tiene a su cargo un hijo pequeño que necesita de sus cuidados y no habla español".

Por otra parte, sería interesante estudiar y comparar los argumentos que hicieron posible el ingreso de la legión de mujeres desde Alemania a Francia y sobre todo desde Polonia que ingresaron el plantel de las difundidas casas de tolerancia.

En los Informes girados anualmente al Ministerio del Interior por el Departamento de Inmigración, es común advertir las trasgresiones operadas sobre el concepto de "útiles para el

trabajo", no obstante las injusticias producidas durante el arribo de los normales no suscitaban demasiado la atención de los funcionarios. La avalancha humana producida a finales del siglo anterior y comienzos del actual, ahondó más el desorden y la precariedad de los mecanismos receptivos. La insuficiencia, y en muchos casos incapacidad, del personal afectado a esas tareas; la estrechez e insalubridad del Hotel de Inmigrantes, destinado a albergarlos hasta que se procediera a su distribución, el magro alimento diario, el hacinamiento, las malas condiciones higiénicas contribuían a agravar el deteriorado estado del inmigrante. Aquellos que superaban los exámenes médicos eran conducidos, a expensas del Estado, presurosamente al lugar de destino; el cuerpo humano debía ingresar, a la brevedad, en el mercado económico.

En la órbita de los discriminados quedaban las mujeres solas con hijos, los idiotas, los dementes, los sexagenarios, los decretados por inclusión, o por extensión, en la gran familia indefinida y confusa de los anormales. ¿Ahora bien, a cuáles y cuántos hombres encierra el concepto de normalidad?

Es decir, si todo aquello que no es común, cotidiano, consagrado como tal por pautas culturales, habilita a denominarselo anormal y por ende a proceder a su discriminación. El replanteo proviene, en la actualidad, desde la ciencia misma -filosofía, biología, psicología, derecho, estadística, etc.- enfocando un camino de revisión del, "adquirido, estable y seguro", concepto de normalidad que posee, en definitiva un valor relativo y no absoluto, como se ha pregonado y aceptado a través de la historia.

En aras a defender y mantener la normalidad para lograr el cumplimiento de la santidad, se incineraron múltiples vidas en la edad media, para resguardar el valor utilidad se reembarcaron a los emigrados. Por encima de la relatividad de ambos valores, normalidad y anormalidad, se debe salvaguardar, necesariamente la humanidad como el más alto valor.

(*) En base al trabajo "Los anormales en el proceso Inmigratorio" presentado a las Jornadas sobre Anormalidad y Derecho, Rosario, diciembre 1992.

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

(1) Memoria del Departamento General de Inmigración, 1914-1915, Tall. Gráf. Ministerio de Agricultura, 1916.

(2) CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Acerca de la normalidad, la anormalidad y el derecho", en Investigación y Docencia nº19, F.I.J., Rosario, 1992, pág. 6.

(3) FOUCAULT, Michel. "La vida de los hombres infames" Trad. Julia Varela y Fernando Alvarez Uría, Buenos Aires, Altamira, 1992, pág.305.

(4) Memoria del Departamento...ct., 1898. Buenos Aires, Peuser, 1899, pág 182.

(5) Memoria del Departamento...ct., 1893. Buenos Aires, Pablo Coni, 1894, pág.16.

(6) Reglamento de L'Hôpital de Paris, Folleto anónimo de 1676. Repr. en FOUCAULT, Michel, "Historia de la locura en la época clásica", Trad. Juan José Utrella, 3^a reimpr. tomo II, México, FCE, 1992, pág.307 y ss.

(7) Memoria del Departamento...ct. 1908, Buenos Aires, Tall.de Public. de la Of. Meteorológica Argentina, 1909, pág.89.

(8) Memoria del Departamento...ct. 1891, Buenos Aires, Imprenta Coni e hijos, 1892, pág. 31 y ss.

IDEAS EN TORNO A LA RELACION ENTRE DERECHO Y ECONOMIA (*)

Alfredo Mario SOTO ()**

Para abordar la relación entre Derecho y Economía pueden ser tomados diversos puntos de partida. Una postura idealista genética formalista podría manifestar que se trata, en ambos casos, de un conjunto de reglas destinadas a ordenar la sociedad, pero que mientras en el Derecho dichas reglas consisten en una vinculación entre hechos a través de una imputación, en la Economía la relación sería de causalidad. De esta manera, la regla jurídica sería: dado A debe ser B, mientras que la económica se esquematizaría como sigue: dado A será o es indefectiblemente B. La voluntad intervendría en el Derecho, mas no en la Economía (1).

Pero si adoptamos una postura realista genética se llegaría a la conclusión de que se trata en ambos casos de objetos complejos, tridimensionales, cuya diferencia estribaría, en última instancia, en los valores que identifican a cada ámbito de la cultura y que culminan, en la justicia (mundo jurídico) y en la utilidad (mundo económico) (2).

Adentrándonos entonces en el enfoque axiológico, podemos vislumbrar que hay, en principio, una distinción en cuanto a los valores referidos, dado que la justicia esencialmente diferencia, mientras que, por su parte, la utilidad, básicamente iguala. Sin embargo, entre las vías para el descubrimiento de la justicia se han señalado algunas clases de justicia que se ocupan de la igualdad, de la equivalencia entre los términos en juego. Así, por ejemplo, la justicia correctiva y distributiva y la justicia simétrica. Es en estas clases de justicia donde se hace especialmente notoria la relación entre Derecho y Economía.

Desde la perspectiva de las relaciones de los valores en juego y, en definitiva, del Derecho y la Economía, se han asumido posturas extremas, como las de Marx y en general el pensamiento crítico, para quienes habría una disolución del Derecho en la Economía; también recordemos, por otro lado, que por ejemplo Stammler ha sostenido que la Economía necesita de instrumentos jurídicos para desarrollarse. En nuestros días, en efecto, el patrón de medida de la equivalencia es un instrumento jurídico, esto es, la moneda, que lo simetriza o trata de simetrizar todo, hasta la vida humana. Mas destacamos y reiteramos a su vez, que la justicia simétrica es sólo una vía para la realización de la justicia, y que en definitiva, deben todas coadyuvar a la personalización del individuo.

Si nos ubicamos en el ángulo de mira publicista, se ha manifestado que, tomando como uno de los valores fundamentales del orden mundial a la paz, la Economía serviría mucho más

eficazmente a lograr la neutralización de la violencia, mucho más, repetimos, que la regla jurídica. Y el talión, por ejemplo, ha sido un progreso en la historia de la pena, y nos encontramos aquí en presencia de una regla económica: ojo por ojo, diente por diente. Más es dable sostener que dicha pena no era precisamente humanizante, y por lo tanto tuvieron que intervenir exigencias de justicia más que de utilidad para que se produjera un mayor progreso de la sanción penal con miras a la realización del valor humanidad.

También se ha dicho que en el ámbito de las obligaciones patrimoniales sobre todo, y en el ámbito privatista en general, los principios que los sustentan, esto es, la buena fe, el mantenimiento de los acuerdos y la propiedad privada, son en sí mismos instrumentos económicos más que jurídicos, pues si no se cumplen existe una sanción económica grave que es la exclusión del mercado.

Por último, una noción que es clave en nuestros días para la integración del Derecho y la Economía es la de mercado. Más allá de que se pueda hablar de un mercado jurídico en que los operadores actúan en la producción, distribución y consumo del discurso jurídico como discurso del poder, y obviamente destacando la vital importancia por todos conocida de la noción de mercado en la Economía, es esta noción la que en el continente político del Derecho y de la Economía, junto con la democracia, son tomados actualmente con contenidos universalizables para lograr la efectiva convivencia.

- (*) Inquietudes surgidas de una clase tomada por el autor en la Universidad de París II (Panthéon-Assas). En el espíritu de aportar a las "preguntas" de la Unidad III del programa de Filosofía del Derecho de la cátedra III de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
En relación con el tema del trabajo cabe remitir al tomo 37 de los "Archives de Philosophie du Droit".
- (**) Becario externo del CONICET.
- (1) Acerca del idealismo y realismo genético, puede verse GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 4a.ed., Bs. As., Depalma, 1973, págs. 21 y ss. Los esquemas normativos referidos se acercan al pensamiento kelseniano.
- (2) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Economía en la situación argentina actual", en "Investigación y docencia", N°17, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1990, págs. 53 y ss.
- (3) Acerca de esta teoría trialista de la Política puede verse CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976.

RESEÑA

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, Tomo 36, "Droit et science", 1991

El tomo 36 de los "Archives de philosophie du droit", dedicado con gran acierto al tema "Derecho y ciencia", se inicia con una presentación del profesor François Terré. En ella el profesor Terré comienza señalando la evidencia de que el Derecho tiene lazos con otros saberes y otros discursos, para los que sirve naturalmente de terreno de encuentro. No puede desinteresarse de nada, ni de la Filosofía, ni de la Teología, ni de las ciencias de la materia, ni de las ciencias de la vida, ni de las ciencias del hombre.

La ciencia cambia la vida del hombre en sociedad y, como el Derecho tiene vocación de regirla, a los movimientos de la ciencia responden, temprano o tarde, los movimientos del Derecho. Sin cesar, desde hace algunos siglos, los productos de la ciencia encuentran acogida en las categorías jurídicas. El Derecho aparece, sobre todo, como el auxiliar de la ciencia, no como su tutor.

Desde los desafíos planteados por la ingeniería genética y las relaciones entre ecología y desarrollo, pasando por la problemática del riesgo, la presentación del profesor Terré va integrando los diversos trabajos dedicados al tema específico del volumen, hasta llegar a las referencias más filosóficas y religiosas e incluso a preguntarse, al fin, sobre la científicidad del Derecho.

Los artículos que integran la perspectiva específica del tomo son: "Raison théorique et raison pratique" (Jean-Marc Ferry), "La régulation juridique de la science: perspectives d'Outre-Rhin" (Velentin Petev), "Développement technologique et responsabilité envers les générations futures" (H. Ph. Visser't Hooft), "Droit et risque" (Alexandre Kiss), "Le droit, les "vraies" sciences et les "fausses" sciences (Bernard Edelman), "Les techniques bio-médicales en face du droit pénal" (Jacques-Henri Robert), "La notion de pré-embryon dans la littérature politico-scientifique" (Philippe Olivero), "Science, technologie et religions" (Marie-Angèle Hermitte), "Réflexions sur la notion de qualité de la vie" (Anne Fagot-Largeault), "L'adaptation du droit au progrès technologique: l'exemple de la protection des logiciels" (Isabelle de Lamberterie) y "Sciences du droit-Quelle "science"? Le droit en tant que science: une question de méthodes" (Enrique P. Haba).

Otros estudios integran el tomo: "Thomas Hobbes et le vrai sens du mot liberté" (Quentin Skinner), "Quelques remarques sur le fondement de la "philosophie première du politique""

(Beat Sitter-Liver), "Personne humaine et droit" (Jean-Marc Trigeaud), "De la Justice hellénique aux Droits de l'Homme de la Révolution française" (Stamatis Tzitzis), "Le droit est-il un système?" (Roberto Vernengo) y "Droit et folie: Une irresponsable responsabilité du dément en droit civil" (Hervé Rigot-Müller).

A continuación se publica el texto inédito en francés de la última entrevista concedida por Michel Villey antes de su muerte, que fue traducido al español y publicado por "El Mercurio" de Chile. En dicha oportunidad el ilustre jusfilósofo francés se ocupó de temas como el profesionalismo, la actualidad del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, los derechos del hombre, etc. Luego se publican las crónicas internacionales (sobre Bélgica, España, Estados Unidos de América, Italia y Escandinavia), notas críticas y reseñas.

El volumen plantea un tema de immense actualidad con ricas perspectivas polémicas y brinda, como es habitual, un ilustrativo panorama de la jusfilosofía actual (*).

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

(*) Pueden v., en relación con el tema, por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho de la Ciencia y protección del Investigador", en "Jurisprudencia Argentina", 9/IX/1992 y la bibliografía allí citada. También, v.gr., "Simposio "La ciencia jurídica en Argentina""", en "Revista de la Facultad de Derecho", Universidad Nacional de Rosario, N°2/3, págs. 69 y ss.
(**) Investigador del CONICET.

**ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE,
Vol.79-1993, Fasc.1**

El primer fascículo del volumen 79 del "Archivo de Filosofía Jurídica y Social", órgano de la IVR (Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social), contiene artículos de Roberto J. Vernengo ("On the Logical Interpretation of Legal Sentences"), Delf Buchwald ("Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung"), Dietmar V. D. Pfördten ("Sein, Werten, Sollen"), Roman A. Tokarczyk ("Natural Law as the Universal Basis of Social Order"), Weyma Lübbe ("Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?- Rekonstruktion der Antwort Max Webers"), Susumu Morimura ("Self-Ownership and Libertarianism") y Boris A. Braczyk ("Karl Larenz völkisch-idealistiche Rechtsphilosophie").

La sección de informaciones y comunicaciones de la IVR publica los estatutos de la asociación que entraron en vigor el 25 de febrero de 1992 y los nuevos estatutos de la sección alemana del 2 de octubre de 1992. Concluye el fascículo con el aporte de nueve recensiones.

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

Cour de Cassation (1re Ch. civ.), 25 de mayo de 1992
M. Sekkiou c. Soc. Oxy Métal, con nota de Charles Jarrosson,
en "Revue critique de droit international privé", t. 81, N°4,
octubre - diciembre 1992, págs. 689 y ss.

En el caso planteado, el señor Sekkiou había requerido a la sociedad Oxy métal industries France (OMIF) el pago de comisiones e indemnizaciones como consecuencia del cese del contrato de intermediación que los vinculaba. Por acto fechado en Ginebra del 21 de agosto de 1985 se había producido una transacción sometida a la ley suiza, que estipulaba además la competencia de los tribunales ginebrinos. Por télex del 3 de febrero de 1986 el señor Sekkiou había propuesto al señor Hewson, liquidador amigable de la sociedad, que se considerara a esa transacción como anulada, por muchas razones teniendo en cuenta el hecho de que había sido firmada en representación de la sociedad por el señor Chatelain, mandado a este fin por el accionista principal, y al día siguiente, por un primer télex, el señor Hewson había dado su acuerdo y por un segundo télex, seis minutos después del anterior, había propuesto una nueva convención según los términos convenidos en la del 21 de agosto de 1985. La Corte de Apelación había hecho constar el mantenimiento de la transacción y se había declarado incompetente para estatuir sobre su aplicación.

El señor Sekkiou se había alzado contra este fallo, pero la sala primera de la Corte de Casación rechazó el recurso disponiendo que, salvo indicación contraria de las partes, es correcto someter el acto de rescisión o de resolución de un contrato a la ley que rige ese contrato, y que habiendo entendido que el acuerdo de voluntades resultante de los télex no constituye un acto autónomo, la Corte de Apelación ha deducido justamente que la ley suiza era aplicable al litigio.

Además, la Corte de Casación dijo que, bajo la cobertura de desnaturalización, las otras quejas critican en realidad una pretendida violación de la ley extranjera que no puede ser invocada ante ese tribunal. Por otra parte, la Corte indicó que la nulidad de un contrato de transacción surgida del poder irregular del representante de un contratante es sólo relativa, no puede ser invocada más que por el interesado y es susceptible de ser cubierta por confirmación, circunstancia ésta que había ocurrido expresamente en el caso el 17 de abril de 1986.

En su comentario, Charles Jarrosson destaca la posición clara adoptada en el fallo, sobre la determinación de la ley aplicable. Conjetura además el comentarista que la declaración de incompetencia de la Corte de Apelación de París puede deberse a la cláusula atributiva de jurisdicción.

Recuerda Jarrosson expresiones de Henri Batiffol, de 1938, en el sentido que las

convenciones que ponen fin al contrato son actos distintos regidos por una ley propia, pero se presume, salvo prueba en contrario, que ésta será la del contrato rescindido o resuelto. Hasta el presente, la Corte de Casación no había tenido ocasión de pronunciarse claramente sobre tal cuestión, y Jarrosson se expresa, acertadamente, de acuerdo con el pronunciamiento y lo ya expuesto por Batiffol. Manifiesta que pese al lazo racional que lo une al acto originario, el contrato de mutuo disenso, presente en verdad en este caso, es jurídicamente independiente. Cree Jarrosson, siguiendo a Bartolo en la diferenciación entre efectos y consecuencias del contrato, que si los primeros deben en principio someterse a la ley del contrato, las consecuencias son más fácilmente independientes.

Aunque la Convención de Roma no era aplicable al caso, el comentarista plantea que su solución sería coincidente, de modo que a su parecer su entrada en vigor no surte en principio efectos sobre la jurisprudencia anotada. Entiende Jarrosson que el art. 4.1 conduce a considerar que la ley aplicable al mutuo disenso es la del país con el cual el caso presenta los lazos más estrechos y sería probable que la ley suiza fuese considerada como tal, no pudiéndose, en cambio, aplicar el art. 4.2 porque por ser una transacción el caso tiene dos prestaciones características. A su vez, señala que el art. 10.1 d), extiende el dominio de la ley del contrato a los diversos modos de extinción de las obligaciones, pudiendo incluirse entre éstos el que se había producido en el caso, de modo que, en ausencia de ley elegida por las partes para el mutuo disenso, la disposición parece aportar la misma solución de la Corte de Casación. Según Jarrosson, los términos del art. 10 son suficientemente amplios para aplicarse a los efectos y a las consecuencias del contrato (la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales puede v. por ej. en la misma "Revue", t. 69, N°4, págs. 875 y ss.; respecto de la referida entrada en vigor, c. v.gr. LAGARDE, Paul, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980", en "Revue..." cit., t. 80, N°2, págs. 287 y ss.).

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

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

**“New Japanese Private International Law: the 1990 Horei” de Chin KIM,
en “The American Journal of Comparative Law”,
Vol XL, Winter 1992, Number 1 (separata)**

Expresa el profesor Chin Kim que como resultado de las reformas posteriores a la Segunda Guerra Mundial la primera y más importante modificación en el Japón fue la adopción de la Constitución democrática de 1947. De acuerdo con los dictados constitucionales se emprendió una serie de revisiones de los códigos legales, entre las cuales se cuenta la reforma del Horei, cuerpo legal de reglas de elección, del 21 de junio de 1898, que había sufrido luego diversas modificaciones. Esta revisión, de la que se ocupa el artículo comentado, fue adoptada en 1989 y las nuevas reglas se hicieron efectivas el 1º de enero de 1990. Las modificaciones se centran en el matrimonio, el divorcio y las relaciones legales entre padres e hijos. Además hay modificaciones en las reglas generales, como la determinación de la ley personal, el reenvío y el orden público.

Siguiendo la perspectiva alemana, el Derecho Internacional Privado japonés se limita a las reglas de elección para resolver los conflictos de leyes. Se plantea generalmente con carácter universal, con igual referencia al Derecho japonés y al extranjero. Sólo excepcionalmente hay indicación unilateral de la aplicación del Derecho japonés. Además del Horei, hay reglas de elección en la ley sobre letra de cambio y en la ley de cheques y Japón está ligado por acuerdos internacionales, entre los cuales figuran seis convenciones adoptadas por la Conferencia de La Haya (entre las que figuran la de procedimiento civil de 1954, la relativa a conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias y la que deja sin efecto el requerimiento de legalización para documentos públicos extranjeros, las dos últimas de 1961). Pese a los alcances de la legislación, hay una clara tendencia entre los doctrinarios japoneses a ampliar los marcos académicos de la disciplina, incluyendo la jurisdicción y el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

Brinda el autor un interesante panorama del Derecho Internacional Privado japonés anterior a la reforma comentada. En las reglas generales hay admisión del reenvío y el punto de conexión principal es la nacionalidad. Las razones de la revisión comentada fueron la acelerada internacionalización del Japón, que ha suscitado casos jusprivatistas internacionales complicados, el atraso respecto de la tendencia a la igualdad de los sexos, que tiene basamento constitucional, y la necesidad de armonizar las reglas del Horei con la legislación internacional e interna, en este caso especialmente con la reforma del Código Civil de 1947 para conformarlo

con el espíritu de la nueva Constitución. En este ámbito se destaca la marginación de la noción tradicional de "casa" y la adopción de la noción occidental de familia nuclear, con la desaparición del poder de la cabeza de la "casa".

En la reforma, la nacionalidad continúa desempeñando un importante papel, pero es empleada conjuntamente con nuevos puntos de conexión, como la residencia habitual o el más estrecho contacto con el caso, según ocurre cuando la persona tiene varias nacionalidades. También se reformaron detalles de los regímenes del reenvío y del orden público.

En cuanto a la forma del matrimonio, la revisión atenúa la importancia que tenía la *lex loci celebrationis*, que puede traer dificultades para las partes que se casan en un país cuyas formas religiosas son contrarias a su fe. En estos casos se establece que el matrimonio que cumple las formalidades y modos de cualquiera de las dos leyes nacionales es válido. Para los efectos personales del matrimonio, la antigua referencia a la ley nacional del marido es reemplazada por una escala de puntos de conexión: la nacionalidad común de los esposos, si ésta no existe, la residencia habitual común y, si no hay tal residencia, el lugar con el cual la pareja tiene los vínculos más estrechos.

El antiguo Horei administraba el régimen de bienes en el matrimonio con la ley nacional del marido, lo que podía ser entendido como una preferencia por su sexo. En el nuevo Horei hay una escala de puntos de conexión que parte de la ley nacional común de los esposos, continúa con la ley de la residencia habitual común de los cónyuges y llega al Derecho del lugar con el cual existe la mayor conexión. Además, los cónyuges pueden elegir la ley del régimen de bienes, siendo seleccionables la ley nacional de cada esposo, la ley de la residencia habitual de cada esposo y la ley de situación del inmueble. Sin embargo, se dejan a salvo los derechos de los terceros de buena fe cuando es aplicable un Derecho extranjero y se exige al respecto registración de la contratación del régimen de bienes.

El viejo Horei prescribía que los fundamentos del divorcio eran gobernados por la ley nacional del esposo al tiempo que ocurrían los hechos respectivos. Esto, sin embargo, podía ser entendido como una discriminación y el nuevo Horei adopta una escala de puntos de contacto cuyo primer escalón es la ley de la nacionalidad común de los esposos, siguiendo la ley de la residencia habitual común y la ley más estrechamente conectada con las partes. Sin embargo, en los casos en que un cónyuge es japonés y tiene su residencia habitual en Japón es aplicable el Derecho japonés.

También se refleja la voluntad de equiparar los sexos en el régimen de filiación. La nueva regla conecta la cuestión acerca de si un hijo es legítimo con la ley nacional de cualquiera de los esposos. Avanza estipulando que si al tiempo del nacimiento la ley nacional de cualquiera de los cónyuges reconoce al hijo como legítimo, éste debe ser tenido por tal. La relación entre el padre y su hijo ilegítimo es sometida al Derecho nacional del padre y la vinculación de la madre con su hijo ilegítimo a la ley nacional de la madre, en ambos casos al tiempo del reconocimiento. El reconocimiento después del nacimiento se rige por el Derecho nacional del padre al tiempo de dicho acto, pero también se permite la aplicación de la ley nacional de la madre o del hijo, también al tiempo del reconocimiento, todo lo cual favorece la condición del hijo. La legitimación puede ser sometida a la ley nacional de cada padre o del hijo al tiempo del

cumplimiento de los actos requeridos. La adopción es sometida, en el nuevo Horei, a la ley nacional de los padres adoptivos al tiempo de la adopción. No obstante, si la ley nacional del adoptado requiere un acuerdo o consentimiento del adoptado o de una tercera parte o el permiso de las autoridades, ese requerimiento debe ser cumplido. En cuanto a la patria potestad también se utiliza una escala de puntos de conexión que abarca: ley nacional común, Derecho de la residencia habitual común y ley del país con el cual hay la mayor vinculación.

El profesor Chin Kim expresa, en la conclusión de su trabajo, que acuerda con los comentaristas japoneses que sostienen que los tres escalones utilizados, por ejemplo, para resolver los casos de divorcio, deberían haberse invertido. El primer escalón debería haber sido el Derecho del país con el cual existen los lazos más estrechos, el segundo el Derecho del país de la residencia habitual común y el tercero la ley nacional común.

En la perspectiva doctrinaria, los primeros autores de Derecho Internacional Privado japonés se ocuparon en sus cursos más de cuestiones teóricas, pero el incremento de los litigios ha llevado a referirse más a las decisiones jurisprudenciales. El autor se refiere, al final, al impulso que significa la reforma japonesa respecto de la modificación del Derecho de la República de China (Taiwan), la República de Corea (del Sur) y Tailandia, también influidas por las reglas de conflicto alemanas (*).

Miguel Ángel CIURO CALDANI (**)

(*) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Una parte altamente significativa del "Derecho Universal" de nuestro tiempo: El Derecho de Familia Japonés", en "Investigación y Docencia", N°20, págs. 99 y ss.

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

“The Tyranny of the Normal” de Leslie A. FIEDLER (s/d)(*)

En este trabajo, presentado a un Simposio sobre el cuidado de los recién nacidos en peligro, la autora destaca que hoy la ciencia puede detectar y hasta destruir a los seres humanos con malformaciones congénitas antes de su nacimiento, con la excusa de evitar de ese modo el sufrimiento de los niños y de sus padres, y aliviar la carga financiera de los padres y de toda la comunidad que tendría que soportar a alguien que promete ser un improductivo toda su vida.

Este tratamiento de lo anormal ha llegado al punto indicado en este siglo, pero se ha manifestado así, aunque en diversos grados, a lo largo de la historia, y aún cuando hoy asistimos a un mundo cada vez más secular y racional, se continúa con actitudes de horror frente a los “raros”, “monstruosos” o anormales.

Inclusive en el arte esta tendencia es evidente. Según indica la autora, caminando en las galerías de arte y museos uno encuentra al lado de las representaciones de reyes y cortesanos, igualmente inmortales figuras de monstruos que los divierten, así, por ejemplo, en pintores famosos como Goya, Velázquez y sus Meninas, Picasso. También en la literatura, como el caso de Victor Hugo, Dickens o Mark Twain, en el siglo diecinueve.

En el siglo veinte las imágenes de las malformaciones congénitas se han preservado en el nuevo arte creado durante esta centuria: el cine. Esto se refleja en las fantasías surrealistas de Fellini e Ingmar Bergmann, en “El hombre elefante”, etc.

Pero las reacciones humanas frente al fenómeno son diversas, pues a lo ya expresado, la autora agrega que el hombre conoce, sabe asimismo que cada uno de nosotros es una rareza del otro, un monstruo del otro, y en lo profundo del inconsciente, “donde las inseguridades de la infancia y de la adolescencia nunca mueren”, nosotros parecemos monstruos de nosotros mismos. Por lo tanto, se llegaría a la conclusión de que no hay anormales.

Hay una tercera reacción y es la experimentada hoy en día a través de la ciencia acerca de la producción de monstruos mucho antes de haber aprendido a prevenir o curar las malformaciones.

De cualquier manera, la autora no considera como enemigos a aquellos que experimentan con la mutación genética, sino que no está dispuesta a asumir, salvo que la evidencia indique lo contrario, que los recién nacidos con malformaciones tengan “per se” un destino de sufrimientos, pues muchos aman y son amados, se casan y tienen hijos, algunos como ellos y otros no.

Frecuentemente, las más de las veces han sobrevivido y están satisfechos aún con su minusvalía. Los enanos, por ejemplo, a través de la quimioterapia e inyecciones endocrinas alcanzan una altura que otros consideran "normal" y que ellos prefieren llamar, menos honorificamente "de persona media".

Ahora bien, esta guerra contra la anormalidad implica una peligrosa política, principalmente porque el parámetro de lo normal está en manos de políticos y burócratas, que comienzan diferenciando, y fundamentan así una tiranía de lo normal. Tiranía que se difunde en nuestros días a través del culto a los regímenes para adelgazar, o a la eterna juventud, que han llevado a obesos y a personas mayores a absurdos excesos de jogging, dietas, consumo de anfetaminas, etc.

Este mundo, presentado de tal manera, conduciría a una "maravillosa monotonía", y hay que preguntarse si no es mejor, al fin de cuentas, trabajar para que todos los humanos sean al menos realmente iguales desde el punto de vista fisiológico, social y político. Lo que sí parece muy probable es que se cumplen las profecías de las novelas de ciencia ficción, y cada vez con mayor y alarmante rapidez, acerca de un futuro en el que los ricos y privilegiados tendrán precisamente el "privilegio" de acceder a medios químicos, hormonales para preservar la normalidad con la promesa de la inmortalidad. Y los pobres serán los monstruos, los raros, los anormales.

Alfredo Mario SOTO (*)

(*) Comunicación presentada a la Jornada sobre "Anormalidad y Derecho" llevada a cabo el 11 de diciembre de 1992 en la Casa del Foro de Rosario.

(**) Becario externo del CONICET.

"Modernism, Post-Modernism and Contemporary Systems Thinking"
de Michael C. JACKSON, en "Critical Systems Thinking",
ed. por R. L. Flood y M. C. Jackson, 1992,
John Wiley & Sons Ltd., págs. 279 y ss.

El propósito del trabajo comentado es examinar el pensamiento sistemático contemporáneo a la luz de uno de los más ardientes debates que actualmente absorben tiempo y espacio en las ciencias humanas, el que gira en torno al desafío presentado al modernismo por la posición postmodernista. Para cumplir ese cometido son primeramente descriptos y contrastados los principales aspectos del modernismo y el postmodernismo. Son identificados dos diferentes formas de modernismo, sistemático y crítico, y los respectivos asaltos postmodernistas. La primera sección del trabajo concluye con una discusión de algunas de las implicancias que se producen para las metodologías sistemáticas si lo que los postmodernistas dicen es correcto.

La segunda mitad del trabajo toma cada uno de los principales ramales de los pensamientos sistemáticos contemporáneos -duro, cibernetico, blando y crítico- relacionándolos con el debate entre modernismo y postmodernismo. Los puntos de vista duro y cibernetico están fundados en ser sistemáticamente (o "sistémicamente") modernistas en su orientación, los pensamientos sistemáticos blandos muestran una altamente avanzada forma de modernismo, en la cual algunos aspectos sistemáticos son subordinados a presuposiciones críticas. La discusión prosigue con las consecuencias que significan para los pensamientos sistemáticos contemporáneos la falta de atención a las preocupaciones postmodernistas.

Al referirse a "Modernismo versus postmodernismo", el autor señala que la cultura postmodernista es variadamente asociada con la sociedad postindustrial, la sociedad de consumo, la sociedad media y la sociedad basada en el conocimiento y la información, con la dominación de las empresas multinacionales, con la descentralización de las empresas y con una nueva etapa en el desarrollo del capitalismo tardío, en la cual reina la comodidad. Jackson entiende indudable que el postmodernismo ha tenido un significativo efecto en la arquitectura, el teatro, la literatura y la teoría social, pero se concentra en este último aspecto.

Señala el autor que el modernismo está comprometido con el éxito del Iluminismo en la creencia de que la racionalidad puede jugar un papel creciente en ayudar a los seres humanos a perfeccionarse individual y socialmente. El mundo es visto lógica y ordenadamente y esto puede ser probado por la ciencia, que produce una verdad "objetiva". La historia es vista con un significado basado en la determinación humana o sobre la racionalización de los sistemas social. Se va hacia el progreso hacia la emancipación de la humanidad o el perfecto funcionamiento del

sistema. El lenguaje es considerado transparente, capaz de comunicar la verdad y vehículo deseable para llegar al consenso.

Expresa Jackson que, en cambio, el postmodernismo busca perforar las certezas del modernismo, particularmente la fe en la racionalidad, la verdad y el progreso. El postmodernismo niega que la ciencia tenga acceso a la verdad objetiva y rechaza la noción de historia como la progresiva realización y emancipación del sujeto humano o como un incremento en la complejidad y la capacidad de dirección de las sociedades. El lenguaje es considerado no transparente y se niega que sea vía para un consenso universal. Para el postmodernismo hay diferentes juegos del lenguaje, obedeciendo a diversas reglas, en los que los interlocutores toman parte para derrotar a sus opositores o por el puro placer de jugar. El postmodernismo no ofrece seguridad sino inestabilidad, trastorno, desorden, contingencia, paradoja e indeterminación.

Apoyándose en Lyotard (1984) y en Cooper y Burrell (1988), Jackson reconoce dos manifestaciones centrales del modernismo en la teoría social, una sistemática y la otra crítica. El modernismo sistemático es relacionado con la comprensión y la programación de la sociedad para una más efectiva "performance" y es representado, por ejemplo, por Parsons y Luhmann. Aquí el sistema suele ser la vanguardia de la historia y el progreso. Las esperanzas y las aspiraciones individuales responden a las necesidades del sistema y el consenso es construido para impulsar el funcionamiento del sistema. La ciencia es privilegiada sobre otras formas menos maleables de conocimiento, pero la ciencia y la tecnología son reducidas únicamente a programar el sistema. La investigación es financiada sólo cuando es relevante para el funcionamiento del complejo y sólo son reconocidos los resultados que contribuyen a incrementar la ecuación gasto rendimiento. El poder se torna base de la legitimación y las cuestiones acerca de la eficiencia y la "vendibilidad" reemplazan a las de la verdad o falsedad y la justicia.

La segunda forma del modernismo es el modernismo crítico, basado en el programa kantiano del Iluminismo. Este modernismo tiene dos grandes "narrativas" que buscan explicar la historia en términos de progreso. La primera es la de las totalizaciones filosóficas que ofrecen un enfoque unificado de todo el conocimiento y de ella es un buen ejemplo la historia universal de la filosofía de Hegel, que celebra la llegada del "espíritu". La segunda de esas narrativas traza la emancipación del sujeto humano. La historia es vista como la progresiva liberación de la humanidad, de modo que pueda asumir el dominio sobre su propio destino. El marxismo resulta el mejor ejemplo de esta tendencia. Señala Jackson que como combina elementos de las dos narrativas, Habermas es considerado el representante arquetípico del modernismo crítico.

Asimismo, el autor reseña que para Lyotard el modernismo sistemático es el más poderoso y las grandes narrativas no son más creíbles ante los puntos de vista más realistas vinculados a la ciencia. Pese al compromiso de las teorías críticas de oponerse al *statu quo*, en los hechos se han incorporado a él. En los lugares donde el modelo alternativo comunista no ha sido eliminado, el mismo marxismo se ha transformado en regulador de la sociedad. De todo esto, reseña Jackson, surge la voluntad de Lyotard de construir una alternativa postmoderna.

Luego de detallar ideas de Lyotard, Jackson señala que a su vez Cooper y Burrell refieren a los trabajos de Derrida y Foucault, como otros prominentes escritores postmodernistas. Para los modernistas el postmodernismo es una filosofía del irracionalismo. Para Lyotard (1984) y

Jacques (1989) puede construirse una ética postmodernista sobre la base de la idea de "justicia". Se debe vivir en un mundo de múltiples verdades parciales, pero es justamente conociendo que no se puede conocer todo que es posible liberarse. Se abre así un nuevo mundo de posibilidades en el cual cada uno tiene que asumir la responsabilidad ética por las verdades que sostiene.

Siguiendo a Burrell (1989) y Jacques (1989) Jackson considera algunas de las implicancias que se producirían para las metodologías sistemáticas si lo que los postmodernistas dicen es correcto. Por ejemplo, si declina la fe en la racionalidad y en una óptima solución de los problemas las cuestiones de resolver las técnicas no tendrán legitimación. Entonces será más productivo resaltar lo superficial y lo accidental y respetar la arbitrariedad y la discontinuidad. El mundo postmoderno no valoriza la seriedad e introduce, en cambio, un poco de humor, de ligereza, de ironía, de sarcasmo y de lenguaje picante en nuestras proposiciones sistemáticas.

En la segunda parte del trabajo, referida al "Pensamiento Sistemático Contemporáneo", Jackson aborda los cuatro principales ramales del pensamiento sistemático moderno y los analiza y critica para descubrir sus relaciones con el modernismo.

Los pensamientos sistemáticos duros ejemplifican las principales características del modernismo sistemático. Ellos predicen y preparan apoyos paradigmáticos sobre la creencia en un mundo ordenado en el cual la historia es unilinear y el futuro es susceptible de ser pronosticado. El conocimiento resulta identificado con la programación del sistema y las élites que suscriben ese conocimiento tienen el poder de implementar sus conclusiones y así convalidar su corrección. Según el círculo vicioso identificado por Lyotard, el poder es establecido como base de legitimación y viceversa.

Dentro de esta categoría de propuestas sistemáticas pueden ser incluidos quienes, como Beer adoptan la perspectiva cibernetica. El énfasis en esta tendencia está en proyectar organizaciones autorreguladas y paralelamente sistemas autoorganizados. Beer (1979, 1985) ha desarrollado un "modelo de sistema viable" que es posible utilizar para diagnosticar la efectividad operacional de todo proyecto organizativo. Un sistema es viable, para Beer, si es capaz de responder a los cambios ambientales, incluso si dichos cambios no han sido previstos al tiempo en que el sistema fue proyectado.

En esta perspectiva el mundo es percibido tan lógico y ordenado como para ser indagado con miras a descubrir las leyes de viabilidad de los sistemas. La principal contribución de la cibernetica organizativa es el interés técnico en la predicción y el control del campo social. En los escritos de Beer se supone que hay correspondencia entre las demandas de viabilidad y los requerimientos de la democracia.

Para los postmodernistas la posición de Beer es criticable, por ejemplo, por enfatizar la lógica y el orden en relación con una realidad de la vida organizativa y social que es tipificada por la inestabilidad, el trastorno, etc. El modelo de sistema viable es criticado por brindar poca atención al ejercicio del poder en las organizaciones. Se le objeta que en la práctica puede tornarse en una estrategema de control autocrático al servicio de los intereses poderosos.

Los pensamientos sistemáticos blandos son representados por el trabajo de Ackoff (1981), Checkland (1981), Checkland y Scholes (1990) y Churchman (1979) y el énfasis de sus ideas está en cómo hacer frente a los problemas mal estructurados o a las confusiones. Los pensadores de

los sistemas blandos trabajan con las diferentes percepciones de los sistemas que existen en las opiniones populares y hay una relativa atención a los valores. El rol privilegiado de los expertos es cuestionado.

Es posible identificar los pensamientos sistemáticos blandos como una forma subdesarrollada de modernismo crítico, basado sobre el programa kantiano del Iluminismo y orientado a la liberación progresiva de la humanidad respecto de la represión. Sin embargo, porque la versión del modernismo crítico es tan subdesarrollada, la propuesta de los sistemas blandos está particularmente inclinada a deslizarse nuevamente como paralela del modernismo sistematizado.

Los postmodernistas pueden criticar a los pensadores de los sistemas blandos por su creencia en que el lenguaje es un vehículo deseable a través del cual alcanzar el consenso o la adecuación, por su creencia en la ilustración progresiva y por su fracaso en tomar en cuenta las realidades del poder. Afirma Jackson que aunque no hay fundamentos para vincular los pensamientos sistemáticos blandos con el postmodernismo, es posible que la metodología de Checkland se desarrolle en dirección a la postmodernidad.

Detalla el autor que el pensamiento sistemático crítico entró en primer plano con Ulrich, 1983 y Jackson, 1985 y se desarrolló rápidamente en los años noventa con Flood (1990), Jackson (1991) y Flood y Jackson (1991). Sus compromisos consisten en la conciencia crítica; la conciencia social; la dedicación a la emancipación humana, procurando brindar para todos los individuos el máximo desenvolvimiento de su potencial, a fin de elevar la calidad de trabajo y de vida en las organizaciones y sociedades en las cuales ellos participan; el uso complementario de las metodologías de los sistemas y el desenvolvimiento complementario de todas las variedades de propuestas sistemáticas. Flood sostiene incluso que, a despecho de sus diferencias, Habermas y Foucault pueden ser vistos como contribuyendo a una posición en favor del pluralismo teórico. Entiende Jackson que desde la contribución de Flood, el pensamiento sistemático crítico tiene la oportunidad de ser reflexiva y críticamente modernista, con conciencia de las preocupaciones postmodernistas y en respuesta a la comprensión postmoderna, pero permaneciendo comprometido con el proyecto del Iluminismo.

En la conclusión señala Jackson que, con la excepción de la contribución de Flood, la respuesta de los pensamientos sistemáticos al desafío postmoderno ha sido en gran medida ignorarlo, pero hay al menos cuatro cuestiones planteadas por los postmodernistas que tienen importantes implicaciones para el pensamiento y la práctica sistemáticos. Ellas se refieren a la lógica y el orden, al progreso, al poder y al lenguaje. La búsqueda de la lógica y el orden y el deseo de proyectar sistemas bien estructurados parecen inherentes a los pensamientos sistemáticos duro y cibernético, pero la factibilidad de alcanzarlos ha sido radicalmente cuestionada por el postmodernismo. El logro del progreso en términos de posibilidad de puesta en marcha de sistemas (en el caso de las perspectivas dura y cibernética) o de emancipación del sujeto (en el caso de las variantes blanda y crítica), parece central al pensamiento sistemático, pero es vista como un mito peligroso por los postmodernistas. El poder, que es central en toda consideración postmoderna de las relaciones sociales, es ampliamente ignorado por las metodologías dura y cibernética y es considerado con simpleza incluso en las versiones modernas de los pensamientos

sistemáticos blandos. Asimismo, los pensamientos sistemáticos blandos y críticos tratan al lenguaje como medio a través del cual son posibles el entendimiento, el consenso y la adecuación, pero para los postmodernistas el lenguaje es engañoso para quienes se valen de él y es un medio inapropiado para alcanzar el mutuo entendimiento en los grupos (*).

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

(*) Del mismo autor: "Systems Methodology for the Management Sciences". Conjuntamente con Robert L. Flood: "Creative Problem Solving - Total Systems Intervention". También puede c. la revista "Systems Practice".

Michael C. Jackson Investiga en la Universidad de Hull (Reino Unido).

(**) Investigador del CONICET.

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE
Año 44, N°4, Octubre-diciembre de 1992

El número comentado de la "Revue internationale de droit comparé" presenta los estudios "Vie privée, vie familiale et droits de l'homme" de Marie-Thérèse Meulders Klein, "Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe" de Jacqueline Pousson-Petit, "L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie" de C. Ducouloux-Favard y "Le délit d'incitation à la rupture de contrat et l'immunité des syndicats en Grande-Bretagne" de Jo Carby Hall. En cuanto a actualidades-informaciones publica "Pour le common law" de Pierre Legrand Jr., "La discrimination à l'égard de la femme en droit international privé marocain" de Layachi Messaoudi, "Les aspects juridiques des relations commerciales de la Chine avec les États-Unis et la C.E.E." de Zhang Li y "Les causes de divorce en droit chinois" de Xu Baikang.

Entre los artículos mencionados, hemos de referirnos, por encontrarse entre los que tienen especial alcance jusfilosófico, al de Marie-Thérèse Meulders-Klein sobre "Vie privée, vie familiale et droits de l'homme" y al de Pierre Legrand Jr. "Pour le common law".

En "Vie privée, vie familiale et droits de l'homme", Marie-Thérèse Meulders-Klein hace referencia a que la aparición de la noción de "vida privada" y del derecho a su protección entre los derechos de la personalidad aparece progresivamente en Derecho europeo y norteamericano a partir del siglo XIX, adquiriendo jerarquía constitucional y de derecho fundamental después de la Segunda Guerra Mundial. Indica que la noción de "vida privada" es indeterminada e híbrida. De protección del secreto y de la intimidad, la "Privacy" norteamericana ha pasado al amparo de la libertad individual en los dominios existenciales. En cambio, la noción es más moderada en la concepción europea y el concepto de "vida familiar", que se agrega en este caso, implica la existencia de una familia y el amparo de las relaciones interindividuales entre sus integrantes.

Entre los enfoques del estudio de Meulders-Klein figuran los conflictos potenciales entre el derecho de respeto a la vida privada, entendido como derecho a la libertad individual de los integrantes de la familia y el derecho al respeto a la vida familiar. Asimismo se plantea el interrogante acerca de la eventual obligación positiva de protección por parte del Estado. La autora concluye preguntándose, por ejemplo, si no garantizar más que la autonomía individual no es confundir la dignidad humana con la simple libertad de hacer lo que se quiere, y se pronuncia a favor de la posición que sostiene un equilibrio cuidadosamente ponderado entre los

intereses individuales y el interés general. Destaca que éste es el sentido de la tercera generación de los derechos del hombre: los derechos de solidaridad destinados a proteger el patrimonio humano común.

En "Pour le common law", luego de sostener la conveniencia de traducir la terminología del common law para el uso francés, Pierre Legrand Jr. afirma que hay expresiones que resisten la traducción, entre las que se encuentra precisamente "common law". Con motivo de sostener que la misma debe ser empleada en masculino y no en femenino, entre otras razones porque se trata de un "derecho" y no de una "ley", formula interesantes referencias históricas acerca de la denominación referida.

Se publican, además, el Boletín de la Legislación Comparada y la sección Bibliografía.

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

“Ludwig Klages (1872-1956) and the Origins of Critical Theory”
de Georg STAÜTH y Bryan S. TURNER en “Theory, Culture & Society”
(SAGE, London, Newbury Park and New Delhi),
Vol. 9 (1992), págs. 45 y ss.

En este artículo los autores cuestionan el tradicional punto de vista de que la Escuela de Frankfurt y la teoría crítica fueron primaria y hasta exclusivamente influidas por el legado del marxismo clásico. Por el contrario, sostienen que la Escuela estuvo, en su crítica cultural, más cercana a la tradición de Nietzsche y la “Lebensphilosophie”. Afirman que no aceptan el argumento convencional de que la mayor diferencia entre Nietzsche y los críticos fue que, fundando su filosofía social en un concepto de vida, Nietzsche no desarrolló la noción de sociedad o, más significativamente, la noción de totalidad social y se basan para sostener esa postura en una revisión de las teorías de Ludwig Klages. Señalan que el planteo así efectuado es paralelo de los recientes argumentos de que escritores como Walter Benjamin fueron más profundamente influidos por el misticismo judío que por el radicalismo secular, como el marxismo.

Klages es destacado como un representante de la “Lebensphilosophie” (filosofía de la vida) alemana inspirada en Nietzsche y Bergson, destacándose en los círculos filosóficos la “vida” como opuesta al racionalismo hegeliano, al positivismo científico y a la dominación instrumental de la naturaleza. Esta metafísica de lo irracional se hizo particularmente importante en las consecuencias que siguieron a la Primera Guerra Mundial como una crítica de la ciencia, de la tecnología y del militarismo.

Destacan los autores la ampliación, en los años recientes, del interés en los trabajos de Nietzsche, que ha mostrado la dependencia de la filosofía social contemporánea, de la sociología y del análisis cultural -por ejemplo de la sociología de Max Weber- del legado nietzscheano. Los teóricos críticos desearon enfatizar su continuidad con la teoría marxista, pero generalmente tomaban distancia de Nietzsche y Weber, pese al hecho de que la “Dialéctica del Iluminismo” (Adorno y Horkheimer) reflexionó acerca de temas e ideas que eran esenciales en la exposición weberiana de “La Etica Protestante y el Espíritu del Capitalismo”. Comparten los autores la idea de que Horkheimer, Adorno, Marcuse y Habermas no sólo leyeron a Nietzsche sino que, a despecho de sus reservas críticas, incorporaron aspectos significativos de sus ideas -no exclusivamente psicológicas y éticas- en sus propios pensamientos. Por otra parte, indican que en el contexto de la teoría social francesa el complejo pero profundo impacto de Nietzsche sobre autores como Maurice Blanchot, Jacques Derrida y Michel Foucault es generalmente reconocido.

Sostienen Stauth y Turner que la conexión entre Nietzsche y los teóricos críticos fue aportada por los filósofos radicales de la vida de la tradición alemana, especialmente por Klages. Incluso, el legado de la "Lebensphilosophie" fue reconocido por Adorno, pero los teóricos críticos trataron a todas sus formas -incluyendo al existencialismo, la Teología cristiana radical y la fenomenología- como una reflexión inadecuada sobre la sociedad contemporánea, porque consideraron que con su subjetivismo e individualismo impedían una adecuada y sistemática evaluación de las circunstancias que, en el capitalismo, excluyen una crítica viable y progresista de las condiciones contemporáneas. Klages fue rechazado, por Adorno y Horkheimer, como un filósofo místico de la naturaleza. Esta posición respecto de la "Lebensphilosophie" lleva al fracaso en el reconocimiento de la crítica cultural profunda en los trabajos de Klages, que está entre los más significativos representantes de la crítica nietzscheana en el siglo XX.

Al pasar revista a la vida y la obra de Klages, obra en la que son destacados "Der Geist als Widersacher der Seele", "Vom Kosmogonischen Eros" y "Der Mensch und das Leben", los autores señalan que el tema central en el trabajo de Klages es que la realidad humana es un área de conflicto entre el "soul" (seele) (el "alma"), que es identificada con la vida misma y la estructura rítmica del cosmos como todo) y la mente, conflicto en el que finalmente la conciencia triunfa sobre el alma. En otros términos, la evolución de la raza humana es parte del conflicto más amplio entre la conciencia o racionalidad y la vida mundial del cosmos. Los autores muestran la afinidad de estas ideas con las opiniones de Adorno y Horkheimer sobre la "doble historia" de Europa, una general y la otra profunda, de los instintos y las pasiones, que es desplazada y distorsionada por la civilización.

Entienden Stauth y Turner que el desconocimiento de la influencia de Klages puede deberse a una infundada atribución de relaciones entre sus ideas y el antisemitismo y el fascismo. El interesante artículo se complementa con una lista de los trabajos publicados de Ludwig Klages que abarca desde 1901 a 1971.

Miguel Ángel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

**"PERSPECTIVAS IUSFILOSOFICAS CONTEMPORANEAS
Ross - Hart - Bobbio - Dworkin - Villey"** de Rodolfo Luis VIGO, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991.

1. La obra del iusfilósofo santafesino doctor Rodolfo Luis Vigo reúne cinco estudios dedicados a Alf Ross, H.L.A. Hart, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin y Michel Villey, algunos de los cuales fueron publicados con anterioridad.

La elección de los autores obedece a la importancia de los mismos en relación a la influencia que ejercieron y ejercen en la Filosofía del Derecho contemporánea.

Los trabajos incluidos en el libro presentan un eje central común: el análisis del pensamiento de los iusfilósofos en relación con la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo, "ello sin ignorar la flexibilidad que toleran estos términos y los intentos por superar la controversia"(1).

En este sentido afirma Vigo: "Estamos persuadidos que la alternativa entre iusnaturalismo y iuspositivismo no admite posiciones intermedias. La disyuntiva es terminante: si se postula la existencia de algo jurídico -aunque más no sea una norma, un principio o un derecho- cuya juridicidad no deriva de acto humano creador alguno y que admite ser reconocido racionalmente, estamos instalados dentro del amplio y diversificado terreno del iusnaturalismo..."(2)

2. El primer capítulo, "El empirismo jurídico de Alf Ross (1899-1979)", adelanta desde el título la definición escogida para describir la postura filosófica del jurista escandinavo, preferida por el autor antes que la de iuspositivista, desde la cual se "logra comprender mejor la obra rossiana y su originalidad."(3).

Luego de exponer las influencias que recibiera Alf Ross, Vigo desarrolla el concepto que la Filosofía del Derecho le merece al profesor escandinavo, reducida a método de análisis lógico del lenguaje científico y sin un objeto específico distinto de la ciencia del derecho. En ese análisis del "aparato lógico y conceptual de la ciencia del Derecho", Ross encuentra ciertos problemas jusfilosóficos centrales: el problema del concepto o naturaleza del derecho; el de su idea o propósito y el de la interacción de éste con la sociedad.

Respecto del problema del concepto o naturaleza del derecho, que incluye el de su definición, es limitado a la necesidad de identificar un derecho vigente determinado -con arreglo al criterio de la "coherencia interna de significado" del orden jurídico-, exponiendo entonces los aspectos relacionados con éste: la noción de vigencia jurídica -"intenta ser una síntesis del

realismo sicológico y el realismo conductista”-, la naturaleza y función de las normas jurídicas -atendiendo la evolución de Ross desde la obra “Hacia una ciencia realista del derecho” hasta su “Lógica de las normas”- y la problemática referida a las fuentes del derecho -quizá el punto más difícil para el pretendido empirismo sociológico rossiano, jaqueado por la introducción de elementos irrationales-.

Al analizar el segundo problema iusfilosófico, el de la idea o propósito del Derecho, afirma Vigo que “es posible encontrar en el emotivismo y empirismo rossiano -al modo de lo que ocurre en otros autores que se declaran iuspositivistas- algunas nociones, elementos o criterios que dan pie para sostener cierta rectitud o corrección del derecho o de las normas jurídicas.”(4) Señala entonces el mantenimiento de la paz como objeto del Derecho; la noción rossiana de justicia, vinculada a la exigencia de racionalidad de las decisiones judiciales; y la necesidad de un cierto correlato entre el Derecho positivo y la “ideología jurídica en vigor” que trae a colación el consenso social.

Otro problema iusfilosófico, el de la interacción del Derecho con la sociedad -que incluye la problemática histórica, su relación con la economía, etc.- no es en el pensamiento rossiano un tema filosófico sino más bien objeto de la sociología jurídica.

El último punto de este trabajo es precisamente la distinción entre Sociología Jurídica y Ciencia del Derecho, distinción que merece agudas críticas del profesor santafesino que encuentra a la ciencia propuesta “francamente insuficiente no sólo frente a los interrogantes cognoscitivos que se le plantean al jurista teórico, sino también frente a las inquietudes propias del jurista práctico.” (5)

A lo largo del estudio de la obra rossiana, Vigo señala aspectos del pensamiento de Ross que, desde el punto de vista del autor, constituyen un empobrecimiento del fenómeno jurídico, cuando no una deficiente comprensión del mismo. Así por ejemplo el “elaborar una definición (de derecho) mediante opciones escasamente justificadas”; el adoptar “una teoría coactivista incapaz de dar cuenta del fenómeno en su plenitud”(6); la “circularidad” de las argumentaciones -desde que define al sistema vigente por los operadores que el mismo constituye-; una cierta ingenuidad respecto de la actividad judicial; etc.

El autor incluye igualmente críticas recibidas por el jurista escandinavo desde el campo iuspositivista respecto de numerosos temas que muestran una relativa incompatibilidad con los postulados del positivismo declamado por el danés (como la “tradición de la cultura” como fuente de Derecho o la inserción de elementos prescriptivos en la ciencia jurídica).

3. El segundo estudio, titulado “Vinculaciones entre el Derecho y la moral en H.L.A. Hart”, fue publicado antes en el nº28 de la Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso en el año 1986.

Enfoca “aquellos puntos del sistema hartiano en donde de pronto parece que el derecho y la moral coinciden -formal o materialmente- o se mezclan a punto de tornarse difícil su distinción o quedando lo jurídico asumiendo un contenido propio de la moral” (7).

Presenta así los criterios formales y sustanciales utilizados por Hart para mostrar las diferencias y semejanzas existentes entre las reglas jurídicas y las morales. Formula el autor

consideraciones críticas al pensamiento del profesor de Oxford, quien no da cuenta suficientemente del problema gnoseológico involucrado en la tarea de conocer las "verdades evidentes de la naturaleza humana" con las que el "contenido mínimo del derecho natural" se vincula; y llama la atención sobre los rasgos metafísicos que dicho desarrollo implica, como un conjunto que contrasta con su declaración de positivismo.

Señala el profesor santafesino la aparición de nuevos rasgos iusnaturalistas en el sistema de Hart al exponer los principios de legalidad y justicia -de carácter formal, ligados a la idea de Fuller de un derecho natural procesal- y el derecho a ser libres que los hombres tienen en cuanto tales (derecho calificado de "natural"), y los derechos derivados de la posibilidad de limitar aquella libertad.

En la obra "Law, liberty and morality" Vigo encuentra un nuevo punto del pensamiento hartiano que ilumina vinculaciones entre el fenómeno jurídico y la moral: el llamado "paternalismo jurídico", con el que Hart justifica la intromisión del Estado legislador en la moral individual.

También destaca Vigo el reconocimiento de ciertas coincidencias fácticas entre Derecho y Moral, tanto en el legislador -que alude con frecuencia a máximas morales para sustentar sistemas jurídicos-, como los jueces, en quienes las normas morales influyen al interpretar normas jurídicas; y en el sistema todo, mediante "cierto ajuste del Derecho a la moral social convencional" (en términos trialistas diríamos razonabilidad). Observa Vigo que, si bien Hart diferencia de las normas morales a las normas jurídicas aisladamente consideradas, al enfocar el sistema jurídico globalmente considerado se diluyen a menudo las fronteras de aquella proclamada separación.

Vigo niega el carácter iuspositivista de Hart -al menos en el sentido ortodoxo- afirmando que "puede reconocérsele como iusnaturalista en cuanto al análisis del sistema jurídico..." (8), si bien se trata de un iusnaturalismo "exageradamente simplificado e individualista", quizás por la reducción del punto de partida (de las verdades obvias sobre la naturaleza humana) al deseo de supervivencia.

4. El tercer trabajo, titulado "La teoría funcional de Derecho en Norberto Bobbio", fue publicado con anterioridad en la Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso (nº 30, año 1987)

Luego de reseñar la evolución de Bobbio, centra su atención en su teoría funcional del Derecho, a la que considera superadora del estadio teórico inmediatamente anterior, que encontraba en la estructura del ordenamiento al elemento caracterizador del fenómeno jurídico.

Recorre los planteos centrales del pensamiento del iusfilósofo italiano, ilustrando los resultados obtenidos por aquél. Señala, entre otros, la ordenación de las conductas por medio de la función promocional, el Derecho como regulador del ejercicio del poder coactivo, la "función debilitada" del derecho (=norma) como agente de control social y el progresivo avance hacia la "dirección social" del Derecho, dotado de función distributiva y la necesidad de orientar el ordenamiento jurídico hacia el ejercicio de la función preventiva.

La preocupación por el fin del derecho es otro aspecto de la teoría bobbiana que merece

la atención del iusfilósofo argentino. En Bobbio el fin del Derecho es la paz, que se identifica con el orden y resulta así a las posibilidades de coacción jurídica. Se trata -sigue Vigo- de una caracterización formal, lamentando así que la obra del profesor italiano no haya incursionado en la problemática axiológica siendo que su teoría funcional aparece estrechamente vinculada al fin último que el derecho persigue.

La postura de Bobbio, concluye, representa una apertura a la realidad social y hacia consideraciones políticas, que marca "una superación del positivismo ortodoxo", cuestionando particularmente al normativismo kelseniano.

5. "El anti-positivismo jurídico de Ronald Dworkin", parte cuarta del libro, tiene por objetivo "analizar hasta dónde puede afirmarse que la teoría jurídica del profesor de Oxford se incluye entre las doctrinas que denostan al positivismo jurídico, o desde otro punto de vista, hasta dónde cabe rotular a Dworkin como un pensador iusnaturalista" (9)

La teoría expuesta por Dworkin descalifica la postura positivista del Derecho como sistema de normas. La inclusión de principios que dan lugar al reconocimiento de derechos y deberes, los criterios de distinción entre éstos y las normas -que Vigo describe acabadaamente- y la exigencia de racionalidad y coherencia del sistema son algunos de los tópicos en los que se asienta la primera afirmación.

"La teoría jurídica dworkiniana postula que hay una moralidad intrínseca en el derecho, la que puede ser conocida objetivamente y razonablemente, por lo que no es cuestión de fe o sentimientos sino de teoría el tratamiento de los hechos morales" (10).

El Hércules de Dworkin podrá descubrir una respuesta jurídica correcta, partiendo del reconocimiento de derechos individuales preexistentes. Destaca entonces Vigo la importancia del papel que juega la moral en la teoría de la adjudicación de derechos, no sólo aquélla "implícita en un derecho históricamente vigente en un determinado lugar, hay una moralidad objetiva desde donde se valora dicho derecho" (11).

Luego de analizar el pensamiento en estudio siguiendo la clasificación de positivismo aportada por Bobbio, Vigo concluye afirmando "la inequívoca filiación iusnaturalista de la teoría jurídica dworkiniana", y la ubica en el panorama de los iusnaturalismos como "deontológico" y "constructivista".

6. "La Filosofía del Derecho de Michel Villey" presenta la obra del profesor francés y la coteja con la de otros autores del realismo jurídico clásico.

La tarea comienza con el estudio del concepto de Derecho sostenido por M. Villey, que Vigo repasará detenidamente partiendo de la adopción de la justicia particular como la específica del fenómeno jurídico (dejando a la justicia general al campo de la moral) y la identificación del fin del Derecho con los fines de aquélla, postulada por el jurista francés, quien así podrá decir: "una proporción en la repartición de los bienes entre los miembros de un grupo es, pues la esencia del derecho" (12). El derecho así presentado es algo exterior al hombre, presente en los objetos y relaciones de reparto dadas en un grupo social.

Este último sentido del Derecho es llamado originario, por oposición al derivado, que

consiste en la teoría expuesta en el arte -como actividad- de los juristas respecto de tal reparto. Respecto de la clásica división de las esferas pública y privada será resuelta en Villey en relación a las dos igualdades propuestas por Aristóteles: proporcional y aritmética, respectivamente.

A lo largo de este trabajo señala el profesor santafesino a modo de polémica algunos puntos en que la teoría villeyana se separa de las convicciones tomistas más difundidas. Así por ejemplo la comprensión del saber jurídico como saber especulativo la imposibilidad de hacer ciencia en el derecho y el privilegiar el concepto derivado del derecho -que "se traduce en una teoría de corte judicialista"-. Lamenta el autor la pérdida de vastos sectores del Derecho, sufrida al extraer de su ámbito la justicia general (con lo que se pierde el bien común como preocupación del jurista, y con él el Derecho Público), las normas y los derechos subjetivos.

Vigo analiza concienzudamente la metodología jurídica defendida por el francés, en el centro de la cual se halla la Lógica jurídica, de naturaleza dialéctica; las fuentes de Derecho (el Derecho natural -objeto de la preocupación dialéctica- y el Positivo); y el Lenguaje jurídico, por cuya especificidad bregó de especialmente. El autor formula entonces agudas críticas a la amplitud asignada por Villey a la noción de naturaleza, que se trasuntará en una "mutabilidad indiscriminada del Derecho natural".

Culmina el estudio con una conclusión que realza la obra del profesor francés, señalando su importancia histórica y llama la atención sobre la actualidad de las diversas líneas argumentales que desarrolló, "cuya paternidad o defensa podemos atribuir a escuelas o pensadores absolutamente contemporáneos".

Jorge STÄHLI (*)

- (*) Profesor adjunto de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
(1) VIGO, Rodolfo L., "Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas - Ross - Hart - Bobbio - Dworkin - Villey", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991, pág. 10.
(2) Id., pág. 205.
(3) Id., pág. 19.
(4) Id., pág. 62.
(5) Id., pág. 78.
(6) Id., pág. 36.
(7) Id., pág. 82.
(8) Id., pág. 123.
(9) Id., pág. 167.
(10) Id., pág. 197.
(11) Id., pág. 196.
(12) Id., pág. 229.

JORNADAS INTERDISCIPLINARIAS SOBRE EL SISTEMA JURIDICO

El 20 y el 21 de agosto de 1993 se llevarán a cabo en la Casa del Foro, Bvard. Oroño 1542, Rosario, las Jornadas Interdisciplinarias sobre el Sistema Jurídico organizadas por la Cátedra Interdisciplinaria "Profesor Dr. Werner Goldschmidt" dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R., en colaboración con el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados, en homenaje al profesor Goldschmidt en el año del sexto aniversario de su fallecimiento.

En dicha oportunidad se abordarán los temas: I. Relaciones entre las ramas del mundo jurídico (Derecho Público y Derecho Privado, Derecho "de fondo" y Derecho Procesal, vinculaciones del Derecho Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, etc.); II. Relaciones del mundo jurídico con el resto del mundo cultural (económico, filosófico, religioso, etc.).

Se terminó de imprimir
el 10 de mayo de 1993
en **SEBASTIAN LEMBO Impresiones**
Sarmiento 2515 - 2000 Rosario
Santa Fe - Argentina