

DOCTRINA

C

pun
con
fine
proj
que

idea
("p

(") |

("") |

(1) |

(2) |

COMPRESION DEL SIGNIFICADO TRIALISTA DE LA PROPAGANDA Y LA PUBLICIDAD CON MIRAS A LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Nociones fundamentales

1. Las expresiones “**publicidad**” y “**propaganda**” son altamente multívocas (1), al punto que a veces se confunden sus significados (2). Se dice con frecuencia que la publicidad corresponde a los fines comerciales, diríamos utilitarios, en tanto la propaganda se refiere a otros fines, de carácter político, económico, social, religioso, etc. A nuestro parecer la publicidad y la propaganda son áreas diversas con un sector en común en el que se encuentra la publicidad a la que aquí nos referimos.

La propaganda es en general la actividad encaminada a la **difusión** (propagación) de las ideas. Respecto de la publicidad puede decirse que en general significa dar **alcance generalizado** (“público”) a algo, abarcando la divulgación de noticias, hechos y “productos” en sentido

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor al II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor - I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario.

El autor desea que la presente publicación tenga carácter de homenaje a la doctora Noemí Lidia Nicolau por sus aportes a la comprensión jurídica del tema (puede v. NICOLAU, Noemí Lidia, “El consumidor frente a la publicidad comercial engañosa. Análisis jurídico del mensaje publicitario”, en “El Derecho”, t. 146, págs. 983 y ss.).

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Acerca de la “doble multivocidad” de todos los vocablos y en especial de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se basan los aspectos filosóficos de la comunicación, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987. También, con referencia al trialismo, pueden c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976.

(2) En relación con el tema pueden c. por ej. ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, “Publicidad comercial”, Bs.As., Depalma, 1947, en esp. págs. 1 y ss.; MURARO, Heriberto, “La publicidad”, Bs. As., Acción 1976; PACKARD, Vance, “Las formas ocultas de la propaganda”, trad. Martha Mercader de Sánchez-Albornoz, 14a. ed., Bs.As., Sudamericana, 1978; FERNANDEZ ESCALANTE, Fernando, “Relaciones públicas”, 2a. ed., Bs. As., Macchi, 1974, págs. 247 y ss.; CUTLIP, Scott M., CENTER, Allen H., “Relaciones públicas”, trad. Manuel y Rosalia Vázquez, 5a. ed., Madrid, Rialp, 1975; AS. VS., THE INSTITUTE OF PUBLIC RELATIONS DE LA GRAN BRETAÑA, “Práctica de las relaciones públicas”, trad. Luis Jordá, Barcelona, Omega, 1963; HUNG VAILLANT, Francisco, “La regulación de la actividad publicitaria”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1972; GROSSBERG, L., “Intersubjectivity and the Conceptualization of Communication”, en “Hum. Stud.”, 5, 1982 (res.); también es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones sobre la tarea de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, en “Revista de la Facultad de Derecho” (UNR), N°1, págs. 31 y ss.

amplio. En este último sentido suelen cubrirse actividades de información, de llamado de atención y de difusión y aumento de las ventas. En nuestro caso, la publicidad es propaganda, pero respecto de productos. Hay propaganda que no es publicidad, por lo menos en sentido estricto (por ej. la difusión de ideas políticas) y hay publicidad que no es propaganda (v.gr. la que se refiere al conocimiento de situaciones jurídicas que deben conocer los terceros). La publicidad que nos ocupa se caracteriza por un fuerte sentido utilitario, pero vale tener presente que en nuestras **sociedades utilitarias** los alcances y los recursos publicitarios tienden a abarcar, hasta de manera inconsciente, muy diversos aspectos de la vida. También una idea, política, religiosa, etc., puede venderse como un producto.

La actividad publicitaria que nos ocupa tiene un amplio papel en el desenvolvimiento del Derecho. En el presente caso plantearemos al respecto un desarrollo de la **teoría de la publicidad** aprovechando los puntos de vista de la **teoría trialista del mundo jurídico**, elaborada a su vez dentro de la concepción tridimensional del Derecho, que reconoce en éste hechos, normas y valores. También la publicidad, como fenómeno cultural, tiene alcance **tridimensional**, encontrándose en ella una dimensión fáctica, otra lógica y otra axiológica. Sin perjuicio de otros planteos teóricos de la publicidad, el que aquí formularemos nos parece esclarecedor para comprender sus significados jurídicos y en especial, en este caso, para la protección del **consumidor**.

II. Teoría de la publicidad y teoría del Derecho

a) Dimensiones sociológicas

2. Existe una **dimensión sociológica** de la publicidad en la que encontramos un marco central de **actos publicitarios** y un horizonte de **hechos publicitarios**, provenientes respectivamente de la conducta de seres humanos determinables o de influencias humanas difusas o el azar. Los actos publicitarios son comprensibles a su vez como **"repartos"** provenientes de la conducta de seres humanos determinables y los hechos publicitarios son reconocibles como **"distribuciones"** producidas por las influencias humanas difusas y el azar e incluso por la naturaleza.

En cuanto a la teoría de la publicidad es relevante estudiar sobre todo los actos publicitarios, reconociendo quiénes publicitan, quiénes reciben la publicidad, qué se publicita, en qué forma se publicita y cuáles son las razones de los actos publicitarios. En términos de repartos esto significa reconocer quiénes son repartidores, quiénes son beneficiarios, qué se reparte, en qué forma se reparte y cuáles son las razones de dichos repartos.

En cuanto a quiénes publicitan, o sea son los **"publicitantes"** (el lenguaje común los llama a veces publicitarios, cuando se trata de profesionales que intervienen en la publicidad) importa reconocer que se trata de seres humanos determinables que, al hacerlo, adjudican potencia e impotencia, es decir lo que favorece o perjudica a quienes viven los actos publicitarios y por lo tanto actúan como repartidores. Los publicitantes y repartidores son siempre hombres vivos (no muertos, no futuros) que actúan espontáneamente y es de suma importancia reconocer-

los en la realidad, más allá de las normatividades, por ejemplo más allá de las normas de los contratos. El que publicita conduce y reparte.

Los **receptores** de los actos publicitarios son a su vez **recipiendarios** de los repartos respectivos y pueden resultar beneficiados o gravados. El marco de los receptores de los actos publicitarios es más reducido que el de los recipiendarios de repartos, porque el primero abarca sólo a hombres, aunque en gran medida sean indeterminados, en tanto el campo de los recipiendarios abarca a todos los seres, hombres, animales, plantas, objetos inanimados. En general, correspondiendo de cierto modo con el fin de lucro, los actos y repartos publicitarios tienen como principales receptores y recipiendarios beneficiados a los publicitantes y como receptores y recipiendarios gravados más importantes a los integrantes del público. Sin embargo, también éstos pueden recibir importantes beneficios. En nuestro caso nos interesa especialmente la condición del receptor y recipiendario "**consumidor**", caracterizado por una particular condición de **debilidad** (3).

El reconocimiento de qué se publicita, o sea del "**objeto**" de los actos publicitarios, nos lleva a apreciar que se trata de la recepción de ideas, incluso opiniones, que -como pueden favorecer o perjudicar la vida de quienes las reciben- son potencias e impotencias. Siempre es importante saber qué es lo que realmente se recibe en la publicidad, en los diversos niveles de la personalidad de los receptores (conscientes e inconscientes, etc.). Vale destacar que las potencias y las impotencias recibidas por los consumidores suelen ser muy grandes, enriqueciéndose pero también comprometiéndose e incluso perjudicándose lisa y llanamente aspectos muy importantes de sus vidas.

Respecto de la **forma** de los actos publicitarios, o sea de los caminos previos elegidos para llegar a ellos, es posible señalar que al decidir y producir los mensajes respectivos puede haber mayor o menor audiencia de los receptores y, siendo como son -por lo menos normalmente- los actos publicitarios repartos autoritarios pueden reconocerse al respecto formas procesales, con audiencia de los interesados, o de mera imposición. Vale reconocer que los actos publicitarios se resuelven habitualmente sin escuchar a los interesados (aunque sí buscando las mejores maneras de penetrar en sus personas), o sea por **mera imposición** y que esta imposición cuenta a menudo con recursos avasallantes de la libertad de los receptores y en particular de los consumidores.

Con referencia a las **razones** de los actos publicitarios, éstos pueden encararse por **móviles** diversos, que importa reconocer, aunque habitualmente esos móviles no figuran en las **alegaciones** publicitarias y, unos y otras, pueden o no parecer **razonables** a los receptores, hallando o no posibilidades de seguimiento, en nuestro caso, de producir consumo. La alegación de "**razones**" en la publicidad de nuestro tiempo posee recursos sorprendentes. El acto publicitario requiere habitualmente no sólo la implantación de la "**idea**", sino que ella influya en la vida y en particular en las actitudes de los receptores. Al hablar de los móviles, las razones alegadas y las razones de los actos publicitarios se está hablando también de los móviles, las

(3) En relación con el tema puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia la protección integrada del consumidor en el Derecho Internacional Privado", en "Investigación y Docencia", N°18, págs. 35 y ss (también en "Derecho del Consumidor", 2, págs. 11 y ss.).

razones alegadas y las razones sociales de los repartos respectivos.

Los actos publicitarios son, como hemos dicho, normalmente **autoritarios**, constituyéndose en consecuencia en repartos autoritarios realizadores del valor **poder**. Sólo excepcionalmente son concebibles actos publicitarios autónomos, surgidos del acuerdo, que en sentido jurídico son repartos autónomos, realizadores del valor **cooperación**. Es importante reconocer el alto grado de autoridad que puede desarrollarse en los actos publicitarios, al punto que esa autoridad es una de las características más notorias de la vida jurídica de nuestro tiempo.

Los actos publicitarios como tales y como repartos pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, y entre estos límites ocupan lugares muy destacados los obstáculos psíquicos, de las inclinaciones de los receptores, incluyendo sus resistencias morales y los niveles de saturación y los obstáculos socioeconómicos, por ejemplo, en cuanto a su capacidad de consumo. Sin embargo, a veces los límites de los actos y repartos publicitarios nos parecen demasiado lejanos.

Aunque los actos publicitarios son repartos, luego se proyectan en gran medida como distribuciones de **influencias humanas difusas**. Los publicitantes repartidores sólo proyectan su propia utilidad, sin ocuparse de las consecuencias que a veces son previsibles y marcan alcances de repartos pero en otros casos son imprevisibles y constituyen distribuciones. Entre los beneficiarios gravados de estas influencias humanas difusas ocupan un lugar destacado los consumidores, cuyas vidas son con frecuencia "despedazadas", de maneras incluso inconscientes, por las consecuencias de los actos publicitarios.

3. Los actos publicitarios pueden resultar **ordenados** o **desordenados**, del mismo modo que los repartos, y el orden de unos y otros puede producirse por planificación que, cuando está en marcha, realiza el valor **previsibilidad** o por **ejemplaridad**, desenvuelta al hilo del modelo y el seguimiento y satisfactoria del valor **solidaridad**. La planificación publicitaria asume a veces la manera de una "campaña". Pese a que las sociedades "desarrolladas" de nuestro tiempo tienen a menudo la apariencia de sociedades poco planificadas, las planificaciones publicitarias son piezas importantísimas de su planificación y de su ordenación. Además vale reconocer que los actos publicitarios y los repartos respectivos suelen resultar ordenados al hilo de las distribuciones de las influencias humanas difusas producidas por la común vocación utilitaria de nuestro tiempo. Si las sociedades "desarrolladas" de estos días son ordenadas, lo deben en gran medida al orden de la publicidad y de la economía en general. El orden superficialmente fragmentario y profundamente unitario de la llamada "postmodernidad" se realiza, en mucho, a través de la publicidad de la vida económica.

También es relevante la actitud que el orden de repartos general asuma frente a los repartos de los actos publicitarios, planificándolos a nivel gubernamental o dejándolos desenvolverse al hilo de una mayor ejemplaridad. Vale señalar que las planificaciones al respecto suelen ser a menudo en parte impotentes y también en parte peligrosas.

b) Dimensiones lógicas y normológicas

4. Los **actos publicitarios** como tales pueden ser captados mediante **juicios** y como **repartos** pueden ser captados mediante **normas**. Los juicios publicitarios se valen de un mundo de conceptos que tienden a producir "**materializaciones**" en las que se cambian los sentidos de la realidad, al punto que puede hablarse de un mundo fabricado por la publicidad y lo propio ocurre con las normas que captan los repartos respectivos.

Las **fuentes formales** publicitarias tienen muy diversos caracteres, verbales y gráficos, orales y escritos, etc. Las fuentes formales de las normas publicitarias, a menudo contractuales entre publicitantes básicamente interesados y técnicos, suelen adoptar con frecuencia caracteres parciales, ya que poco o nada reflejan la situación del "público". Según lo ya señalado, la destreza con que se elaboran los mensajes de las fuentes formales publicitarias se ha incrementado hasta niveles asombrosos.

Los juicios publicitarios pueden ordenarse en **estructuras lógicas** complejas, que responden por ejemplo a los principios generales que se intenta transmitir e incluso puede hablarse de un "sistema" publicitario. Algo semejante ocurre con las normas, que a menudo constituyen un ordenamiento normativo representable mediante la célebre "pirámide".

c) Dimensiones axiológicas y en especial dikelógica

5. Los actos publicitarios invocan la realización del valor **verdad**, sobre todo de una verdad **utilitaria**, aunque en profundidad tienden a **fabricar** valores a su servicio, haciendo que los receptores los acepten. A su vez, como repartos los actos publicitarios resultan valorados por el valor **justicia** y en uno y otro carácter deben satisfacer el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). Al fin la clave axiológica de los actos publicitarios e incluso de los hechos publicitarios sería una integración de verdad, utilidad y justicia que debería contribuir a la realización del valor humanidad y contar con el aporte de los valores fabricados que resultarían legítimos.

Sin desconocer la importancia utilitaria de la publicidad, vale reconocer que el ideal es en definitiva una **publicidad humanista**. Sin embargo a menudo, por ejemplo en las situaciones de los consumidores, los valores fabricados de los actos publicitarios se subvierten contra esos valores de verdad, utilidad, justicia y humanidad convirtiéndose en valores **falsos** y la utilidad se arroga los lugares de la verdad y la justicia y se subvierte contra el valor humanidad, llegando a ser un valor falsificado. En muchos casos, por diversos medios, no se trata de la utilidad de la verdad, sino del **engaño** y la **alienación**.

Por dirigirse con frecuencia a personas indeterminadas los actos publicitarios se refieren a la justicia **sin acepción (consideración) de personas**, por ejemplo, como meros consumidores, con todos los riesgos de mutilación de los seres humanos que esto puede significar. Los actos y los hechos publicitarios son a menudo productores de masificación. En principio los actos publicitarios como repartos son concebidos como realizaciones de la justicia particular entre los interesados, cuyos requerimientos caracterizan al **Derecho Privado**. Sin embargo, vale recono-

cer que llegan a comprometer a la justicia general, que realiza directamente el bien común y que con sus exigencias identifica al fin al **Derecho Público**.

Los actos publicitarios como tales y como repartos tienden a menudo a **recortar** ("fraccionar") la realidad, limitando los alcances de la verdad y de la justicia a través de la vida propia que se procura insuflar a los contenidos de los mensajes. En muchos casos los contenidos son "desviados", relacionando realidades que nada tienen en común entre sí. Al fin se quiere transmitir lo que "conviene" transmitir y así se buscan niveles a veces exagerados de certeza y de seguridad para los publicitantes, con detrimento de las que corresponden al público receptor.

6. En la medida que los actos publicitarios son repartos autoritarios que sólo pueden aproximarse de maneras presunta o sobrevenida a la autonomía (quizás pueda hablarse en cierto grado de una legitimación "criptoautónoma") deben contar con legitimación **aristocrática**, o sea surgida de una superioridad moral, científica o técnica. El publicitante debería ser sobre todo un aristócrata de la verdad, de la utilidad y de la justicia. Sin embargo, urge señalar que esa aristocracia, incluso en los pocos casos que existe, es a menudo muy limitada, ya que en definitiva se trata cuanto más de comerciantes, industriales y técnicos, que no necesariamente tienen bases morales y científicas ni están comprometidos con la verdad o la justicia o con una utilidad que los trascienda. En la medida que se tenga en cuenta el enorme poder con que cuenta la publicidad, se advertirá cuánto es necesaria la legitimación aristocrática y cuánto con frecuencia falta.

Merece también especial consideración la perspectiva de la **responsabilidad publicitaria**, que desborda los marcos tradicionales de las relaciones contractuales y ha motivado un tratamiento especialmente abundante y significativo.

Los actos publicitarios tienen un amplio campo de posibilidades de reparto (o sea de potencias e impotencias "repartibles") y en principio adjudican "**objetos repartideros**", o sea dignos de ser repartidos. La vida de las sociedades libres de nuestro tiempo no sería concebible sin actos y hechos publicitarios. No obstante, también hay que tener en cuenta que en muchos casos los actos y los hechos publicitarios generan **rutina**, apartan ilegítimamente de los medios de propiedad a los receptores que los siguen disponiendo indebidamente de sus bienes y frustran su creatividad y en definitiva su libertad. En nuestro caso, vale reconocer que los consumidores son muchas veces víctimas de estos atropellos. Puede decirse que a menudo hay "**hombres fabricados**" por y para el consumo a través de la publicidad y que éste parece ser uno de los objetivos de la sociedad capitalista cuando se radicaliza. Hay cierta interrelación entre la "fabricación" de los productos a consumir y de los hombres consumidores y la publicidad es uno de los senderos para que esa interrelación se produzca.

Según dijimos, los actos publicitarios se realizan en muchos casos por mera imposición, pero urge "**procesualizar**" sus formas asegurando la audiencia de los interesados, por ejemplo, a través de la intervención de asociaciones de consumidores o de ordenaciones legales.

7. Es imprescindible que los actos publicitarios, que con frecuencia toman a los receptores ajenos como medios y no como fines, adquiriendo caracteres individualistas y también totalitarios, se hagan plenamente humanistas. En la medida que sea necesaria, habrá que recorrer la

senda secundaria del **humanismo intervencionista** para que al fin se alcance la realización superior del **humanismo abstencionista**, en que cada hombre elige y realiza libremente su fórmula de personalización.

La publicidad debe interrelacionarse con el mercado libre y ser un instrumento de la unicidad, la igualdad e incluso la comunidad de todos los hombres exigidas por el humanismo, pero a veces es, según dijimos, un medio de masificación que paradójicamente también lleva a la desigualdad y la disociación.

La libertad de publicidad se vincula estrechamente con el clima de **tolerancia**, que admite la propaganda de todas las ideas y opiniones dejando a cada hombre optar por sus títulos de verdad y es también por esto una exigencia del régimen humanista. Ese clima de tolerancia se diferencia de los climas de indiferencia y de autoridad. Pero si ha de escaparse del clima de autoridad que pretende imponer gubernamentalmente las ideas, también hay que evitar que la indiferencia gubernamental signifique espacio para el clima de autoridad de los publicitantes.

El desarrollo de los actos publicitarios puede contribuir a la protección del individuo contra los demás individuos, frente al régimen, respecto de sí mismo y contra todo "lo demás", en este caso sobre todo respecto de la ignorancia. Sin embargo, también puede ser camino para la agresión de los individuos publicitantes, de modo que es posible que sea necesaria la intervención del régimen o el fortalecimiento de los individuos receptores gravados, v.gr. a través de servicios de información, negociaciones colectivas, etc. Así ocurre, por ejemplo, con la frecuente necesidad de protección de los consumidores. Para impedir la agresión de los publicitantes suele ser imprescindible el resguardo y el desarrollo de la propia identidad de los consumidores a través de su educación para el consumo.

ENGARCE HISTORICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. El hombre es un ser "histórico" y "prospectivo", en el sentido de necesitar un engarce en el pasado y en el porvenir (1). Sin embargo, a menudo se aliena de uno y otro, por ejemplo, a través de construcciones teóricas que lo alejan de la realidad y de la profundidad de los despliegues humanos. Esto es lo que suele ocurrir con las teorías acerca del objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado (2).

Entre las principales posiciones acerca del contenido de referencia cabe mencionar la que lo ciñe, con alcance unitario, al conflicto de leyes, y las que agregan la nacionalidad y el Derecho de extranjería, o los conflictos jurisdiccionales, o el Derecho Privado unificado o las soluciones materiales para los llamados casos mixtos y las leyes de aplicación inmediata. A nuestro parecer, estas diversas teorías tienden a mutilar el objeto que debe abordar la ciencia del Derecho Internacional Privado para evidenciar su profundo engarce humano en la historia y en la prospectiva, que es la **diversidad de Derechos** considerada desde el punto de vista de la vida de los particulares como tales. A nuestro entender, esta diversidad de los Derechos, que deben ser entendidos en toda su riqueza tridimensional normo-socio-dikológica, es la noción unitaria que en la actualidad permite dar cuenta de la dinámica de la historia y de la prospectiva del Derecho Internacional Privado. Siempre se trata de **proteger** al particular contra la diversidad de Derechos, aunque esta protección requiere soluciones diversas según las circunstancias.

2. La doctrina unitaria del "**conflicto de leyes**", de especiales raíces germánicas, responde con gran nitidez a la capacidad de abstracción de la cultura que le da origen, pero como hasta su propia enunciación lo indica, a menudo es entendida como mero "conflicto" de "leyes", es decir, sólo como discrepancias de reglas a aplicar, mas no como concordancias y

(*) Ideas básicas de una clase de Derecho Internacional Privado Profundizado dictada por el autor en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Pueden v. nuestras "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 65 y ss.

(2) Pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs.As., Depalma, 1988, págs. 74 y 75; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión histórica de las teorías del objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°6, págs. 65 y ss.; "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", 9/III/1994.

discrepancias de la vida de los distintos estilos jurídicos, incluso en sus despliegues concretos. Diversidad es variedad, abundancia, no necesariamente conflicto y el Derecho es mucho más que las "leyes". Las soluciones ante la diversidad son mucho más que la mera "elección" de leyes o incluso de Derechos.

Uno de los avances para superar la abstracción que significa esta teoría unitaria del conflicto de leyes ha sido la llamada "teoría del uso jurídico", que exige que cuando se declara aplicable un Derecho extranjero se dé al caso el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable; es más, que se imite la sentencia que dictaría dicho juez (3). Quizás pueda agregarse que debe producirse el equivalente axiológico de la sentencia respectiva o, mejor, de la solución concreta pertinente, sea la misma judicial o no judicial (4). Sin embargo, creemos que el conflicto de leyes, pese a ser de cierto modo el "núcleo" diferenciador del Derecho Internacional Privado como rama jurídica materialmente autónoma (5), no expresa todo el contenido del mismo que, como dijimos, es a nuestro entender toda la problemática de la diversidad de Derechos considerada desde el punto de vista de la vida de los particulares.

Reconocer la importancia central del "conflicto de leyes" es significativo para que el objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado pueda construirse en una "complejidad pura", mas no es suficiente. El problema, sin embargo, no ha de resolverse por adición, por mera yuxtaposición superficial que priva de historicidad y prospectiva, como suelen hacerlo las otras teorías, sino por **profundización**.

3. La teoría que agrega al conflicto de leyes la nacionalidad y el Derecho de extranjería, de origen predominantemente latino, significa una nítida expansión "horizontal", quizás afin con el sentido menos abstracto pero no del todo práctico de estas culturas.

Creemos que para comprender el objeto que ha de abordar la ciencia del Derecho Internacional Privado en su debida profundidad histórica y prospectiva hay que penetrar en las nociones de "nacionalidad" e "inter-nacionalidad", pero no apegándose al sentido de la "nacionalidad" que llamaremos formal. Nos parece obvio que el Derecho "Internacional" Privado tiene que ver y mucho con la "nacionalidad", pero urge aclarar qué se entiende por nacionalidad. Una declaración trialista de la nacionalidad permite diferenciar en la misma tres dimensiones, una sociológica, otra normológica y otra dikelógica (6).

En la dimensión sociológica la nacionalidad tiene un sentido objetivo, de pertenencia a

(3) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 137.

(4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 49/50.

(5) Es posible c. nuestro "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965.

(6) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden c. 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.

En cuanto a la nacionalidad es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N°43, págs. 1 y ss.

un orden de adjudicaciones (principalmente de "repartos") en el que se reciben y reparten potencias e impotencias, y un sentido subjetivo, de querer pertenecer a un orden de repartos. En la dimensión normológica, la nacionalidad posee un sentido objetivo, de vivir una vida captada por las normas de un ordenamiento normativo y otro subjetivo más "formal" de poseer la nacionalidad adjudicada por las normas sobre todo a los fines de la participación política. En la dimensión dikeológica la nacionalidad tiene un sentido de deber, en relación con las potencias recibidas en un régimen, y otro de derecho, en cuanto el orden de referencia se ha beneficiado a través nuestro e incluso en tanto necesitamos de esa nacionalidad.

A la luz de esta comprensión trialista resulta que la nacionalidad importa, y mucho, al Derecho Internacional Privado, pero la nacionalidad que es relevante es sobre todo la nacionalidad sociológica objetiva de vivir realmente un orden de adjudicaciones, por ejemplo, porque se está domiciliado, porque se tienen bienes, porque se celebran o se cumplen actos en ese marco. La nacionalidad formal, tenida en cuenta en la teoría que nos ocupa, es un recorte que poco tiene que ver con los sentidos profundos de la vida de los particulares como tales. Con acierto muchos países no la tomamos como punto de conexión relevante. Incluso tal vez deba perder importancia en los procesos de integración.

A la luz de estas consideraciones resulta que la nacionalidad no es necesariamente excluyente, sino que por el contrario es una complejidad en la que todos llegamos a tener en diversos grados todas las nacionalidades, porque nada de lo humano nos es ajeno, hasta llegar a la común realidad de la humanidad que abarca a todos los integrantes de nuestra especie. Frente al "achataamiento" que en nuestros días de la llamada "postmodernidad" tiende a uniformar todas las nacionalidades y a provocar las infundadas reacciones de nacionalismo exacerbado, es relevante reconocer la rica profundización de la idea de nacionalidad.

Vale destacar que, a la luz de la complejidad que sobre todo en profundidad tiene la noción de nacionalidad el nacionalismo exacerbado es un fraccionamiento caprichoso que procura seguridad a quienes no quieren asumir la relativa inseguridad de la vida plena. La "internacionalidad" del Derecho Internacional Privado existe en el marco de complejidad de la nacionalidad, al punto que el respeto al elemento extranjero también puede comprenderse como una concreción de la asunción de nuestro propio ser.

En este marco de estudio de la problemática de la diversidad de Derechos se advierte que el Derecho de extranjería sólo interesa marginalmente, como una de las respuestas posibles, pero que no puede ser legítimamente generalizada.

4. La teoría que agrega al conflicto de leyes el conflicto de jurisdicciones refleja en gran medida el espíritu práctico de la cultura anglosajona. Creemos que el reconocimiento de los despliegues concretos del Derecho obliga a admitir que el conflicto de jurisdicciones o mejor la diversidad de jurisdicciones es parte del objeto que ha de abordar la ciencia del Derecho Internacional Privado, pero entendemos que la diversidad de Derechos es más que el mero conflicto de leyes y el mero conflicto de jurisdicciones porque abarca, por ejemplo, el Derecho Internacional Procesal en general y el Derecho extrajudicial. Se trata de una profundización práctica, aunque a nuestro parecer insuficiente.

5. La teoría que además del **conflicto de leyes** incluye en el objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado al **Derecho Privado Uniforme** incorpora un despliegue legítimo del estudio de la problemática de la diversidad de Derechos, aunque vale reconocer que el Derecho Uniforme es un declive de negación de la figura central. Si sobre la diversidad se construye la uniformidad hay una diversidad inconsecuente, que concluye en su negación. El Derecho Privado Uniforme no ha de entenderse horizontalmente como una yuxtaposición con el conflicto de leyes, sino como una manera más de resolver las cuestiones de la diversidad de Derechos.

6. La teoría que agrega al **conflicto de leyes** las **soluciones materiales** y las **leyes de aplicación inmediata** también resulta en principio una yuxtaposición de soluciones horizontalmente consideradas. Sólo es legítima en la medida que se la comprenda como expresión de las tres perspectivas en la solución de la diversidad de Derechos, sea de afirmación del régimen nacional en sus nociones humanas más universales, de orden público "a priori", y de Derecho Público, en las leyes de aplicación inmediata; de respeto a las diversidades mediante la elección del Derecho a aplicar (método tradicional del "conflicto de leyes") o de superación de las diversidades legítimamente superables a través de las soluciones materiales. Abordar el Derecho Público, contenido en las leyes de aplicación inmediata, es únicamente legítimo en cuanto sus respuestas influyan en las soluciones del Derecho Privado, por ejemplo, interfiriendo en un contrato.

desp
"hu
desa
valor
del l
reco
En e
de la
reali

estri
gran

(*) Im
De
(**) Id
Id
18
OI
el
(1) Er
el
MI
Ar
"P
Fl
Er
GI
33
19
du
(e

INFORMATICA, DERECHO Y SOCIEDAD

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. Nociones fundamentales

1. Aunque el tema que ocupa a este panel (**) puede referirse a la informatización de despliegues de la vida social, también importa considerar la "socialización" y en definitiva la "humanización" de la Informática, para que ésta no resulte un "cuerpo muerto", opuesto al desarrollo de la vida. La humanización de la Informática debe esclarecerse en relación con valores y para eso importa comprender la tridimensionalidad de sus despliegues. A semejanza del Derecho, también la Informática es tridimensional, de modo que en uno y otra hay que reconocer hechos, lógica y valores y evitar que sean sólo abordados "infradimensionalmente". En el caso de la Informática importa especialmente que la computadora y su lógica no se afilen de la plenitud de la facticidad informática y sobre todo de los valores que unas y otros deben realizar (1).

En los comienzos de nuestro tiempo, en la época del paso de la "modernidad" en sentido estricto a la "contemporaneidad" que ha concluido recientemente, Wolfgang Goethe, uno de los grandes humanistas de todas las épocas, llamó la atención sobre el problema de "El aprendiz de

(*) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Ideas básicas de la participación del autor en el panel sobre Informática y Sociedad desarrollado en el IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho - En pos de la integración, que se llevó a cabo en San Carlos de Bariloche (día 18 de mayo de 1984). El autor desea que la presente publicación tenga carácter de homenaje a los doctores Josefina ORZABAL y Rafael BIELSA. A la primera, con admiración y gratitud y al segundo con profundo orgullo de ex profesor por el brillante éxito en su personalización a través de la Informática.

(1) En relación con la comprensión jusfilosófica del Derecho es relevante tener en cuenta la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada en el marco de la concepción tridimensional del Derecho (acerca de la teoría trialista 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; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976).

En relación con el tema del presente artículo pueden v. por ej. FROSINI, Vittorio, "Il Diritto nella società tecnologica", Milano, Giuffrè, 1981; LOSANO, Mario, "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, esp. págs. 336 y ss.; GUASTAVINO, Elias P., "Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación", Bs. As., La Rocca, 1987; la colección "Informática y Derecho", Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, en especial los tomos 4 y 5, que contienen la documentación del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho (ed. Aranzadi); "Actas del Primer Congreso Nacional de Informática para Abogados", 5 al 7 de junio de 1986.

brujo" ("Der Zauberlehrling", 1797), quien pone en marcha un artificio que luego no sabe controlar. Goethe anunció así uno de los mayores problemas de la sociedad tecnológica que nos toca vivir, también presente en cuanto al desarrollo informático.

Es relevante construir una **teoría general de la Informática** por lo menos para uso de juristas, porque en base a ella urge encontrar los lazos, en gran medida filosóficos, entre Derecho e Informática.

II. Tridimensionalidad del Derecho y la Informática

a) Dimensión sociológica

2. Desde el punto de vista fáctico hay que reconocer que los "actos informáticos", surgidos de la conducta informatizadora de seres humanos determinables, son en definitiva también repartos de potencia y de impotencia (o sea de lo que favorece o perjudica al ser y en los seres animados a la vida). Los actos informáticos reparten vida y al tenerlo en cuenta se revela la profunda inserción vital de la Informática.

Además de los actos informáticos, surgidos de la conducta de seres humanos determinables, hay que tener en cuenta los "hechos informáticos", que se producen por influencias humanas difusas y el azar (que sin embargo la informatización pretende superar), constituyendo distribuciones jurídicas.

En cuanto a los actos informáticos y a su carácter de repartos importa tener en cuenta quiénes informatizan, es decir, son "informatizadores" y consecuentemente repartidores; quiénes son usuarios y beneficiarios de la informatización, sean beneficiados o gravados; qué sentidos vitales se informatizan y se reparten ("objetos" del acto informático y del reparto); cuál es la forma, o sea el camino previo elegido para la informatización y el reparto, sendero éste que puede ser, por ejemplo, de mayor o menor "investigación" de la realidad a informatizar y de mayor o menor audiencia de los interesados y cuáles son los móviles, las razones alegadas y las razones sociales del acto informático y del reparto respectivo.

3. La informatización genera un enorme poder, aunque a veces se diga no sin cierta razón que más que de la información el poder surge de la desinformación. A través de la informatización el hombre da un gran paso adelante en la realización del viejo sueño de la omnisciencia y la omnipotencia en el dominio del tiempo, del espacio y de la materia. Como hemos de destacar más adelante, en principio importa, sin embargo, que en la mayor medida de las posibilidades este poder (tal vez más precisamente esta "fuerza") se ejercite autónomamente, con acuerdo de todos los interesados y no autoritariamente, por imposición. En principio es importante que la cooperación tenga prioridad sobre el desarrollo del poder.

Aunque el marco de los objetos de los actos informáticos se va incrementando, de modo que cada vez son más las potencias e impotencias que pueden adjudicarse a través de la informatización, es decir, son más las potencias e impotencias "repartibles", también hay que tener en cuenta los límites necesarios que la naturaleza de las cosas impone a los actos

informáticos. Así, por ejemplo, hay límites necesarios por excesiva complejidad, por lo menos momentánea, de las realidades, por el llamado uso subdesarrollado de técnicas informáticas desarrolladas, por la escasez de recursos económicos, etc. (2).

4. Aunque no haya una planificación global de la sociedad a través de la informatización, los planes informáticos tienden a planificar, por lo menos por ahora segmentariamente, el conjunto social, desarrollándose al hilo de la marcha respectiva la previsibilidad. Sin embargo, también se debe tener en cuenta la importancia que para el orden informático y jurídico tiene la ejemplaridad (el modelo y el seguimiento apoyado en la razonabilidad), a través del cual se desarrolla la solidaridad.

La informatización es un elemento promotor del orden de los repartos e incluso de la ordenación de las distribuciones de las influencias humanas difusas y el azar, o sea de la realidad social del Derecho, y el orden social surgido de la informatización tiene un fuerte carácter expansivo, sobre todo en el espacio y en la materia. La informatización genera tejido social y promueve la superación de las fronteras, al punto que puede decirse que si los Estados modernos se formaron en la época de la invención de la imprenta de tipos móviles la informatización genera en nuestros días una sociedad necesariamente más mundial (***). Lo que ha de cuidarse mucho es que esta expansión, posibilitada e incluso impuesta por la Informática, lleve a fenómenos legítimos de integración y no de ilegítima dominación (3).

b) Dimensión lógico-normológica

5. Cada acto informático puede ser captado mediante un juicio que debe reflejar la

(2) En relación con los límites necesarios de la informatización vale tener en cuenta la situación que puede plantearse respecto de este proceso en la realidad argentina. En nuestro país el desarrollo informático es de cierto modo un "injerto" que puede generar un fenómeno de "reacción" más o menos complejo. Esta reacción es relativamente fácil a la luz de las destacadas condiciones de inteligencia del hombre medio argentino, pero hay que tener en consideración que la nuestra es una sociedad poco moderna y conflictiva y se debe evitar que la informatización oculte estas realidades y genere pretensiones de coherencia que la realidad puede no posibilitar ni requerir.

(***) Nota de la publicación: Cabe referirse a la discusión reflejada en GODOY, Horacio H., "El espacio informático", comunicación presentada al IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho.

El campo sin fronteras que genera la Informática da lugar al desarrollo del "hacking", o sea la entrada no autorizada a sistemas de información de toda índole con el fin inmediato de explorarlos y magnificar el conocimiento propio para luego desarrollar habilidades y herramientas que permitan al "hacker" dominar el espacio informático. Se plantean así, más allá de los marcos legales, que siempre corresponde respetar, importantísimos interrogantes respecto de los alcances individuales y colectivos de la inteligencia y de los resultados de la misma y acerca de la limitación de las posibilidades de monopolizar el poder en el nuevo mundo tecnológico informativo. Tal vez deba pensarse, para tiempos futuros, una nueva concepción más colectiva de la inteligencia (Puede v. en relación con el tema GIRAUD, Adrian - GASTRELL, Walter, "Hackers, Infonautas del espacio informático", ponencia presentada al IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Haciendo uso de expresiones que traen a la memoria la grandeza del pensamiento de Federico NIETZSCHE, dicen los autores de la ponencia que el hacker no es un profesional pero sí un amateur de la informática y "Tiene el poder de ser un supercriminal y la capacidad creativa de un artista" -vale recordar, por ejemplo, NIETZSCHE, Friedrich, "Más allá del bien y del mal", trad. María de los Angeles Troteaga de las Heras, Madrid, Felmar, 1981-).

En relación con el tema también puede v. CIAPUSCIO, Héctor, "De Gutenberg a la IBM", en "Rio Negro", 21 de mayo de 1984 ("Opiniones").

(3) En países como Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ahora en vías de integración en el Mercosur, la Informática adquiere especial significación.

realidad de manera fiel (de acuerdo con el contenido de la voluntad de sus autores), adecuada (conceptualmente correspondiente a la mejor realización de esa voluntad) y exacta (o sea, cumpliendo su finalidad informativa). A su vez, como reparto puede ser captado por una norma, que también ha de ser fiel, adecuada y exacta. En el logro de las referidas cualidades de fidelidad, adecuación y exactitud se juega la importante perspectiva de **representatividad** de la informatización (4).

Los juicios informáticos, como las normas, producen un mundo de “**materalizaciones**” en que la realidad cobra significados especiales según las captaciones respectivas, al punto que a menudo no se vive según las cosas son sino según las presenta la computadora.

6. La informática engendra un poderoso orden lógico que contribuye a su vez a la formación del ordenamiento normativo, al punto que en nuestra edad, llamada a veces de la “**descodificación**”, la informatización puede ser un sustituto de la codificación. La informatización es así, no sin riesgo de exceso, un gran motor de la **coherencia** de la lógica social.

c) Dimensión axiológica y en particular “**dikelógica**”

7. La Informática promueve una **verdad accesible** y por tanto **utilitaria**. La informatización acorta la distancia entre medios y fines y se convierte en un instrumento importante, aunque es imprescindible tener en cuenta cuáles deben ser los fines respectivos. Pese a que la informatización es incluso una gran fabricadora de valores, ya que si bien se informatiza lo que se considera valioso lo que se informatiza adquiere un valor especial, urge que esos valores sean al fin auténticos y no falsos (es decir, contrarios a los valores naturales) y que, en consecuencia, la verdad y la utilidad respectivas se integren con la **justicia** y los tres valores contribuyan a la realización del más alto valor a nuestro alcance, que es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). Para que se satisfagan las exigencias de la dimensión “**dikelógica**” (de justicia) importa que la Informática no sea concebida sólo en términos de conocimiento sino de verdad cabal, es decir, de conocimiento humanizante y que se tome en cuenta la respectiva dimensión “**aleológica**” o “**ateneológica**” (de verdad) de la informatización.

La Informática tiende en especial al desarrollo de la verdad y la justicia sin acepción

(4) Vale tener en cuenta la gran transformación de las fuentes formales de las normas que surge, por ejemplo, de la existencia del documento informático. En el marco del funcionamiento de las normas, la informática suele presentar importantes problemas interpretativos, ya que las intenciones pensadas por los autores de las normas en otras épocas no corresponden a sus fines respecto de la informatización y, a menudo, tampoco éstos alcanzan para resolver los casos, debiendo reconocerse la existencia de carencias históricas por novedad científico técnica que han de colmarse, según corresponda, por autointegración o heterointegración, acudiendo a la analogía y sobre todo a los principios generales del Derecho.

Nota de la publicación: Corresponde indicar que en base a una exposición del autor la comisión 2 y el plenario del IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho concluyeron por unanimidad, al considerar el valor probatorio de documentos electrónicos, que “Se considera también, sin obviar la conveniencia de legislaciones que contemplen estas materias, que el problema no es sólo del legislador sino también del juez. Si en algunos países los códigos no han tomado posición en este respecto se deberá acudir a los medios que la teoría general del derecho proporciona para su resolución. Cuando hay carencia histórica por novedad científico técnica ello se deberá resolver teniendo en cuenta los principios generales del derecho.” (pueden v., por ejemplo, los relatos y las conclusiones de la comisión).

(consideración) de personas, pero es relevante procurar que no se marginen las exigencias de la verdad y la justicia con acepción de personas. El riesgo del desarrollo excesivo de la informatización sin acepción de personas lleva al peligro de la masificación.

En principio el progreso de la informatización "desfracciona" (amplía) las posibilidades de la verdad y de la justicia, pero al fin significa un importante "fraccionamiento" de ambos valores, generando respectivamente certeza y seguridad. Urge tener en cuenta que si bien la certeza y la seguridad son horizontes de valor, ni una ni otra son la verdad o la justicia mismas. Es sobre todo urgente que el recorte del complejo real que produce la informatización no lleve a sustituir lo informatizado en lugar de la realidad. La informatización permite dar cuenta mejor de la complejidad del mundo, mas también hay que tener en cuenta que puede olvidar que esa complejidad continúa más allá de lo informatizado y caer víctima del espejismo de la excesiva simplificación.

8. Respecto de los informatizadores como tales y como repartidores hay cierto grado de legitimación aristocrática por su superioridad técnica, pero esta superioridad no es por sí suficiente y hay que complementarla en términos de superioridad científica y moral y a través de la autonomía de los propios sujetos informatizados. Sobre todo por la enorme fuerza de la informatización cada hombre tiene, en mucho, derecho a que lo que se informatiza de él dependa de su consentimiento. A su vez, en parte también por esa enorme fuerza, es muy significativo considerar el despliegue de la responsabilidad informática.

Es imprescindible reconocer que todos los seres humanos tenemos derecho a ser beneficiarios de las potencias de la informatización, pues de lo contrario se corre el riesgo de que se acentúe la tendencia a la fractura horizontal de la humanidad, diferenciando a quienes disponen o no disponen de ellas. Cada hombre debe disponer de la informatización que es necesaria para su personalización; vale señalar una exigencia de personalización de la Informática.

En cuanto a la legitimidad del objeto del acto informático (o sea a su carácter "repartidero") merece destacarse que la Informática brinda una senda de extraordinaria liberación y de posibilidades de creación, pero a su vez puede sumergir en la rutina. Hay que evitar que la informatización produzca alienación y "clausura" el mundo. Se ha de reconocer que, pese a ser un instrumento formidable, la "in-formación" no es siempre formación, educación y verdadero despliegue personalizante.

En cuanto a la legitimidad de las formas de los actos informáticos y de los repartos respectivos se debe lograr que ellos se alcancen por caminos de investigación y mediante vías participativas de proceso y negociación y no por las sendas de la mera imposición y de la mera adhesión.

9. Según de cierto modo ya adelantamos, para ser justa la Informática ha de ser humanista, tomando al hombre como fin y no como medio, y ha de servir a un humanismo abstencionista, en que cada uno elige y desarrolla su propia fórmula de personalización.

Al favorecer el manejo de grandes cantidades de información, la Informática permite el

mejor desarrollo de la **democracia** y a través de permitir vinculaciones entre quienes tienen intereses comunes, aunque sea superando grandes distancias físicas, promueve el despliegue de la **"res publica"**. En cuanto a las exigencias del régimen humanista, la Informática sirve así especialmente a la igualdad y la comunidad de todos los hombres. Es más: la Informática promueve el desenvolvimiento de la publicidad que exige la **república**.

La Informática contribuye en gran medida a la **protección del individuo**, sobre todo contra "lo demás" representado por la ignorancia, la pobreza, etc., pero también hay que proteger al individuo **contra la Informática**, fortaleciéndolo a través de sus posibilidades de control y debilitando al poder informático mediante la división de sus expresiones.

III. Horizonte de Teoría General del Derecho

10. En el marco de la Teoría General del Derecho entendida como "sistema jurídico" vale reconocer que la Informática se relaciona con diversas "ramas" jurídicas, en especial, por ejemplo, con el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal y el Derecho Procesal, pero también hay que advertir la legitimidad de un planteo "transversal" de **Derecho Informático** que, sin desconocer las ramas del Derecho tradicionales, enfoque las diversas perspectivas de repartos, normas y justicia relacionadas con la Informática. Este Derecho Informático ha de tener en cuenta las debilidades del hombre sin la Informática y frente a la Informática, protegiéndolo contra unas y otras.

IV. Horizonte histórico

11. Concluida ya la Edad Contemporánea, quizás con el estallido de la primera bomba atómica, la Informática se constituye, junto a las destacadas características del poder atómico y de la ingeniería genética, en uno de los rasgos del nuevo período "**actual**". El hombre que puede extinguir la existencia de su especie y de la vida en el Planeta, el hombre que hasta de cierto modo puede producir una relativa "inteligencia artificial" y el que puede llegar a planificar la humanidad del porvenir, originando también algún tipo de "humanidad artificial", no es el mismo que el de las edades históricas que anteceden. Quizás pueda hablarse no sólo de una nueva edad sino de una nueva "era" histórica.

La Informática es uno de los rasgos importantes de la llamada "**postmodernidad**". Respecto de ella es muy notorio el desajuste que caracteriza a nuestro tiempo entre la aceleración del desarrollo técnico y las posibilidades de reacción de la Moral. A resolver esta tensión contribuyen Congresos como éste (****).

(****) Nota de la publicación: Pueden v. por ej. GODOY, Horacio H., "El reencuentro de la ética con la ciencia y la tecnología en las puertas del siglo XXI" y "La emergente sociedad de información.- Perspectiva Política y Planificación Educativa.-" comunicación y documento presentados al IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho.

estas
Posit
respe
se ha
y las
que s
Mode

recon
tridin
para
plant
la Jor

(*) Co
De
(**) Inv
(1) Pu
Inv
por
Asi
(2) Ac
De
De
19i
Ro
(3) Pu

MORAL Y DERECHO EN LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Ideas básicas

a) Línea problemática general

1. Las relaciones entre teoría moral y Derecho Positivo, a las que se refiere el tema III de estas Jornadas, dependen obviamente de lo que se entienda por **teoría moral** y por **Derecho Positivo** e incluso de lo que se considere **Derecho**. Tanto estas nociones como las vinculaciones respectivas varían a menudo según el complejo cultural en su conjunto. Así, por ejemplo, lo que se ha entendido por Moral y la conciencia o preconciencia respecto de lo que es Derecho Positivo y las relaciones entre una y otro han sido diversas según se tratara de la relativa proximidad con que se las pensó en la Edad Media o de la vocación diferenciadora que se desarrolló en la Edad Moderna, llegando, en este caso, a propuestas como las de Tomasio y Kant (1).

En la presente comunicación señalaremos diversas líneas de relación que es posible reconocer desde la **teoría trialista del mundo jurídico** (2), elaborada dentro de la concepción tridimensional del Derecho, que advierte que en éste hay hechos, normas y valores (3). Como para el trialismo hay una **dimensión dikelógica** del mundo jurídico, desde su punto de vista se plantea un campo "intermedio" "entre" la teoría moral y el Derecho Positivo, que el tema de la Jornada parece no reflejar: el ámbito de la **teoría jurídica** de los valores y sobre todo de la teoría

(*) Comunicación presentada por el autor a las IX Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social (tema III, Teoría Moral y Derecho Positivo).

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

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/1993. En cuanto a la producción específica reciente relacionada con el tema es posible c. por ej. VERNENGO, Roberto J., "Morales y órdenes jurídicos: problemas lógicos de su aplicación", en "Boletín" de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, N°63, págs. 1 y ss.

(2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs.As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

(3) Puede v. REALE, Miguel, "Teoría tridimensional do direito", 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 1980.

jurídica de la justicia.

Mucho de lo que el tema de las Jornadas parece tomar en cuenta como teoría moral, para el trialismo es axiología jurídica y en especial dikelogía jurídica, referida a una de las dimensiones propias del Derecho. Según la teoría trialista una parte importante de lo que se diría bajo el rubro teoría moral integra la teoría del Derecho. En consecuencia, como además del Derecho Positivo hay una dimensión jurídica que, en sentido amplio, puede denominarse "Derecho Natural", la línea de investigación entre Moral y Derecho pasa por otro "lugar" distinto, más allá del mero Derecho Positivo.

Para la teoría trialista la relación entre teoría moral y axiología jurídica (o sobre todo dikelogía jurídica) y entre Moral y Derecho transita sobre todo por la perspectiva "subjetiva" u "objetiva" de la consideración de las cuestiones. Aunque también abordaremos la relación entre teoría moral y Derecho Positivo, el objetivo central de esta comunicación es mostrar cómo el trialismo reconoce la relación entre la Moral, que se refiere principalmente a lo subjetivo, y el Derecho, que tiene su núcleo en lo objetivo.

b) Las nociones de Moral y Derecho

2. Acordando con una posición relativamente tradicional, cabe señalar que la Moral se ocupa en general de virtudes y vicios (4), pero como las virtudes y los vicios se refieren en definitiva a valores, corresponde investigar en primer término las diversas posiciones en que la teoría trialista reconoce valores, respecto de los cuales pueden producirse las virtudes y los vicios dentro y fuera del Derecho.

Dado que además de la Moral "Natural", que surge de los valores objetivos, hay una Moral "Positiva", que se constituye con nuestras posiciones respecto de los valores, también importa reconocer cómo el trialismo se vincula con la Moral Natural y con la Moral Positiva. Es relevante decir, por otra parte, que a semejanza de lo señalado respecto del Derecho, puede afirmarse que también la Moral es tridimensional, abarcando hechos, normas y valores.

(4) En cuanto a la Moral y la Ética pueden v. por ej. SCHELER, Max, "Ética", trad. Hilario Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1941/42; HESSEN, Johannes, "Tratado de Filosofía", "Teoría de los valores", trad. Juan Adolfo Vázquez, Bs. As., Sudamericana, 1970, en esp. págs. 511 y ss. En relación con el tema es posible c. también, v.gr., LYONS, D., "The Connection between Law and Morality. Comments on Dworkin", en "J. Legal Educ.", 1986, págs. 485 y ss.; "Moral Aspects of Legal Theory", en "Midwest Stud. Philos.", 7, págs. 223 y ss., 1982; DISTEHORST, Michael, "Judging ourselves as heirs to the Realist Insight. The Role of Ethics as a bridge between Law and Life", en "Univ. Cincinnati Law Rev.", 60 (1), págs. 43 y ss., Summer 1991; FREEDMAN, Monroe, "Understanding Lawyers' Ethics", Hempstead, Matthew Bender, 1990; LIDDELL, Debora L. - HALPIN, Glennelle - HALPIN, W. Gerald, "The Measure of Moral Orientation. Measuring the Ethics of Care and Justice", en "J. Coll. Stud. Devel.", 33, págs. 325 y ss., Jul. 1992; AUDI, R., "Moral Epistemology and the Supervivence of Ethical Concepts", en "Southern J. Phil.", 29 (suppl.), págs. 1 y ss., 1990; MARGOLIS, J., "The Options of Contemporary Ethics Theory", en "Phil. Lit.", (s/f), págs. 37 y ss.; SINGER, M.G., "Recent trends and future prospects in Ethics", en "Metaphilosophy", 12 (3/4), págs. 207 y ss., Jul./Oct. 1981; BAIER, A., "Extending the Limits of Moral Theory", en "J. Phil.", 1986, págs. 538 y ss.; MAESSCHALCK, Marc., "Le problème du discours éthique, de Lévy-Bruhl à Wittgenstein", en "SCI Esprit", 43 (23), págs. 187 y ss., Mai.- Sep. 1991; BRANDT, R. B., "Utilitarianism and Moral Rights", en "Can. J. Phil.", 14(1), págs. 1 y ss., Mar. 1984; ALTMAN, Andrew, "John Dewey and Contemporary Normative Ethics", en "Metaphilosophy" cit., 13 (2), págs. 149 y ss., Apr. 1982; NIELSEN, Kai, "Marxist Moral Theory. Introduction", en "Can. J. Phil." cit., 7 (Suppl.), págs. 1 y ss., 1981; GREEN, O. H., "The doctrine of Metaethical Neutrality", en "Metaphilosophy" cit., 13(2), págs. 131 y ss., Apr. 1982 (separatas).

La **justicia** como virtud es concebible en sentido **general**, como equilibrio de todas las **fuerzas del alma** y de modo destacado como dominio de la razón sobre las pasiones o en sentido **particular** como constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno lo suyo, y es relevante **reconocer la relación** del trialismo con uno y otro sentido de la justicia. Asimismo, como según **que haya adhesión** o desviación directa o indirecta respecto de la justicia hay virtudes o vicios en lo **"intelectual"** y lo **"moral"** o sólo en lo **"moral"**, importa reconocer cuál es la actitud del trialismo respecto de unas y otros.

3. La teoría trialista del mundo jurídico sostiene que el **Derecho** es un conjunto de repartos de **potencia e impotencia** captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la **justicia**. Según lo ya anticipado, consideraremos cómo el Derecho, así entendido, se relaciona con la **Moral**.

Por considerarse una Filosofía Jurídica de alcance **"menor"** la teoría trialista deja margen para que sus enseñanzas, en este caso en cuanto a las relaciones del Derecho con la Moral, sean aprovechadas a la luz de diferentes posiciones morales, pertenecientes a diversas filosofías jurídicas de alcance **"mayor"**, siempre que no sean incompatibles con las propias ideas trialistas. Incluso, las enseñanzas trialistas son también parcialmente aprovechables por posiciones morales que rechacen algunas de sus enseñanzas básicas. Por ejemplo, si bien las ideas trialistas son más plenamente utilizables por quienes comparten la objetividad de los valores cabalmente tales, también pueden ser parcialmente aprovechadas por quienes crean en la subjetividad axiológica y, negando la dimensión dikelógica, piensen que la línea problemática central está en la relación entre teoría moral y Derecho Positivo.

c) El trialismo y los valores del Derecho

a') Los valores constitutivos del Derecho

4. En primer término, conforme a lo ya expuesto, el trialismo reconoce que hay despliegues de valor que son **constitutivos** del Derecho, culminando los valores respectivos en la justicia, que da origen a la llamada **"dimensión dikelógica"** del mundo jurídico.

A la dimensión sociológica son inherentes, por ejemplo, los valores conducción, espontaneidad, poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad y orden. A la dimensión normológica son inherentes, v. gr., los valores fidelidad, exactitud, adecuación y coherencia. Puede reconocerse así una **"axiología"** del Derecho, en sentido estricto.

5. Como los valores valoran la realidad social y la normatividad en los repartos y en las normas hay siempre en ellos **contenidos valorativos**, introducidos por sus autores de maneras más o menos conscientes, y cabe hablar de una **"endoaxiología"** del Derecho. Además de la axiología jurídica específicamente tal, que está de cierto modo **"sobre"** el Derecho Positivo, hay una axiología **"dentro"** del Derecho Positivo. La axiología del Derecho es sobre todo afín con la Moral Natural, en tanto la endoaxiología es en especial afín con la Moral Positiva.

b') Los valores de la constitución del Derecho

6. Hay asimismo valores específicos que acompañan la constitución del Derecho Positivo, entre los que ocupa lugar importante la lealtad a los valores del orden de repartos y del ordenamiento normativo, que se realiza por ejemplo -como hemos de destacar- en la lealtad del intérprete a los valores de las normas, conformándose así una “**periaxiología**” (5).

c') Los valores del continente axiológico general

7. Además, los valores jurídicos se mueven en un complejo de valores que culmina en el más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), de modo que hay una “**exoaxiología**”.

II. El trialismo y la presencia de la Moral en el Derecho

8. Al hilo de lo que acabamos de señalar puede decirse que con relación al Derecho hay diversas perspectivas de la “Moral” en sentido amplio. Hay una “**moralidad**” en sentido estricto, que se refiere a la axiología en sentido estricto; una “**endomoralidad**” relacionada con la “**endoaxiología**”; una “**perimoralidad**” con respecto a la “**periaxiología**” y una “**exomoralidad**” que se relaciona con la exoaxiología.

En lo que sigue nos referiremos a diversos puntos de relación que el trialismo reconoce entre la Moral y el Derecho.

a) Dimensión sociológica

9. La **Jurística Sociológica** trialista (o sea el estudio de la dimensión de realidad social del Derecho) muestra que el núcleo de las adjudicaciones jurídicas son los repartos que, al producirse por la conducta de seres humanos determinables, tienen inescindiblemente un sentido de Moral Positiva. Además los repartos deben respetar “**límites necesarios**”, surgidos de la naturaleza de las cosas, que incluyen los límites psíquicos de la Moral Positiva (o sea las inclinaciones virtuosas o viciosas de los hombres) e incluso los límites axiológicos, ya que según el trialismo, que reconoce la objetividad de los valores cabalmente tales, es imposible forzar el sentido axiológico de la realidad. Estos límites axiológicos tienen correspondencia con la Moral Natural.

A la luz del trialismo se aprecia que cuando la Moral Positiva y el Derecho Positivo se corresponden, éste tiende a mostrarse menos coactivo y es más sólido, en tanto que cuando discrepan la necesidad de coacción es por lo menos más evidente y el Derecho Positivo es más débil.

(5) La perimoralidad jurídica está en gran medida presente en la **ética profesional** del hombre de Derecho.

b) Dimensión normológica

10. En la **Jurística Normológica** (o sea en el estudio de la dimensión normativa) la teoría **trialista** permite reconocer que la norma, captación lógica "neutral" de un reparto proyectado, **tiene además**, como el reparto, un sentido subjetivo de moralidad.

La **estructura** de la norma jurídica se compone con un **antecedente** (o captación del sector social a reglamentar) y una **consecuencia jurídica** (o captación de la reglamentación), **ambos con características positivas y características negativas**, que deben estar respectivamente presentes o ausentes cuando la norma funciona. En relación con estas diferentes partes de la norma es posible advertir diversas vinculaciones de la Moral y el Derecho "Positivos".

En la **característica positiva** del antecedente suele tenerse en cuenta, por ejemplo, si hubo culpa o dolo y en la **característica negativa** del antecedente se toma a veces en consideración que no haya fraude a la ley, en el que hay cierto sentido de negatividad moral.

En la **característica positiva** de la **consecuencia jurídica** a menudo se hace referencia a las soluciones que brinda la Moral, como surge del artículo 1198 del Código Civil cuando manda no sólo celebrar e interpretar sino ejecutar los contratos de buena fe y de acuerdo con lo que versímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Cabe recordar aquí la frecuente consideración del artículo 16, cuando se remite a los principios generales del Derecho, que según cierta interpretación serían los principios positivizados y según otra interpretación serían también los principios naturales, pero en uno y otro caso ya no se trataría de la subjetividad moral sino de principios objetivos. En la **característica negativa** de la consecuencia jurídica hay, por ejemplo, referencias morales cuando las soluciones normativas son sometidas al control del orden público, según lo hace notoriamente el Derecho Internacional Privado.

Dado que con frecuencia las discrepancias entre las exigencias axiológicas y morales y los requerimientos jurídico-positivos son más fáciles de percibir en mayor cercanía con la concreción de los casos (en parte porque en éstos se advierte mejor la complejidad de la profundidad de las virtudes y los vicios), quizás pueda afirmarse que entre las **fuentes formales** la sentencia suele estar en mejores condiciones de juzgar sobre la Moral, en tanto las leyes resultan al respecto más distantes e impotentes. Tradicionalmente se pensó que los contratos debían ser enjuiciados con prescindencia de la Moral, pero el Derecho de nuestros días tiende a la "moralización" del contrato.

11. El "Ingreso" de los valores y el juego de la moralidad en el Derecho Positivo se evidencian principalmente en el **funcionamiento** de las normas. En este funcionamiento se concretan los valores de la endomoralidad, están en mucho en juego los valores con los que se relaciona la perimoralidad e intervienen también los valores de la moralidad en sentido estricto y de la exomoralidad.

La penetración de los valores en la realidad social y en la normatividad del Derecho Positivo se produce, en primer término, en los casos de **carencias** (en cierto sentido "lagunas" del orden de repartos y del ordenamiento normativo) de carácter **axiológico**, o sea, en los casos

en que habiendo repartos proyectados y tal vez normas formuladas se los descarta por considerarlos "desvaliosos", lo que debe ocurrir cuando los repartos y las normas existentes son en definitiva injustos (carencias o lagunas "dikelógicas").

Por otra parte, sobre todo, los valores ingresan en la realidad social y en las normas cuando de acuerdo con ellos se deciden los repartos y se elaboran las normas para los casos (integrando, como hemos dicho, el orden de repartos y el ordenamiento normativo). Tal "ingreso" se produce de cierto modo cuando hay "autointegración", en la que intervienen los valores ya consagrados en el orden de repartos y el ordenamiento normativo, pero principalmente cuando se lleva a cabo la "heterointegración", es decir, se recurre a bases axiológicas diversas de las ya consagradas.

La producción de carencias axiológicas y la heterointegración significan juego de la axiología en sentido estricto y de la exoaxiología, con las relaciones respectivas con la moralidad y la exomoralidad, en tanto la autointegración supone despliegues de la endoaxiología y consiguientemente de la endomoralidad y tiene un importante horizonte de periaxiología y perimoralidad.

De cierto modo el artículo 1198 y también en alguna medida el artículo 16, si se lo interpreta en el sentido que no sólo se refiere a los principios generales del Derecho Positivo sino a los principios generales del Derecho Natural, son muestras de provisiones autointegradoras remitidas, de diversas maneras, a la autointegración y a la heterointegración, con relaciones con la endomoralidad y la perimoralidad y con la moralidad y la exomoralidad.

En el funcionamiento de las normas se advierten con nitidez las exigencias de periaxiología y de perimoralidad de la lealtad, que al comienzo, en la interpretación, se refieren a la auténtica voluntad de los autores y en sus perspectivas más elevadas llegan a apuntar, en la elaboración, a los valores, aunque no sean positivizados, de la axiología y la moralidad en sentido estricto y de la exoaxiología y la exomoralidad.

c) Dimensión dikelógica

12. En la **Jurística Dikelógica** la apertura trialista al compromiso moral se hace fuerte en cuanto, además de los despliegues de la pura valencia y de la valoración como deber ser ideal aplicado impersonal (deber ser actual) se reconoce en los valores el despliegue de valoración como **deber ser ideal aplicado personal** (deber de actuar) que llama intensamente a la moralidad.

Sin embargo, se advierte con claridad que el trialismo está lejos de confundir la Moral con el Derecho, ya que expone que el **material estimativo** de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras y destaca que muchas veces incluso se "fracciona" el complejo de la realidad prescindiendo de las virtudes y los vicios, produciendo -como en todo corte de la justicia- seguridad jurídica. Esa referencia "objetiva" no impide apreciar que de todos modos las virtudes y los vicios son también con frecuencia integrados dentro del campo de las adjudicaciones valoradas y que el fraccionamiento es frecuente pero no siempre sucede.

El trialismo advierte que a menudo la justicia se realiza a caballo de la mera virtud

intelectual, sin virtud moral, pero también permite apreciar que las más importantes realizaciones de dicho valor dependen a menudo de la virtud moral. Sin virtud moral es posible, por ejemplo, que la administración acabe en burocracia.

Los desarrollos que ha tenido la teoría trialista llevan a reconocer los **méritos** y los **"deméritos"** de los beneficiarios como fundamentos de las potencias e impotencias que se adjudican y unos y otros se vinculan estrechamente con las virtudes y los vicios. Entre los objetos **repartideros** (dignos de ser repartidos) la libertad de conciencia moral es uno de los más significativos.

El **humanismo abstencionista** que el trialismo requiere para que el régimen sea considerado justo deja un amplio marco para el juego de las posiciones morales de los individuos. Desde una referencia más afín a la justicia como virtud particular de dar a cada uno lo suyo, se llega así a una remisión a la justicia como virtud general del equilibrio de las virtudes que debe tener cada individuo.

13. A la luz de la Jurística Sociológica, de la Jurística Normológica y de la Jurística Dikelógica es posible elaborar una **estrategia** y una **táctica** del Derecho, al hilo de las cuales además de la virtud moral se puede llegar a contar con la virtud intelectual, que sirve de puente entre lo más estrictamente jurídico y lo más estrictamente moral.

ch) Las ramas del mundo jurídico

14. Aunque, según lo expuesto, todas las ramas del mundo jurídico tienen conexiones con la Moral, algunas dependen más de las virtudes y los vicios, como el **Derecho de Familia**, y otras menos, como los **Derechos Reales**. El **Derecho Penal** suele intentar una recomposición de la Moral (6).

III. El trialismo y las relaciones entre Moral y Derecho

a) Las relaciones entre Moral y Derecho Positivo

15. Según las posiciones de los valores antes señaladas, cabe reconocer que puede resultar una Moral **contraria** al Derecho Positivo, manifestada cuando se producen carencias axiológicas, una Moral **paralela** al Derecho, que se desarrolla en la exoaxiología y una Moral **según** el Derecho, que se despliega con referencia a la endoaxiología y la periaxiología. Como según el trialismo es inherente al Derecho el deber de realizar los valores que culminan en la justicia, no se concibe que la Moral Natural resulte contraria al Derecho en general, pero sí puede haber, según dijimos, conflictos entre la Moral Natural y el Derecho Positivo y, también, entre la Moral Positiva y el Derecho Natural.

(6) En cuanto a las relaciones de la Moral con las ramas del mundo jurídico, c. por ej. DEVLIN, Patrick (Lord), "La Moral y el Derecho Penal", en DWORKIN, R. M. (comp.), "La Filosofía del Derecho", trad. Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, págs. 128 y ss.

Además es posible reconocer un sentido de **“moralidad fuerte”** respecto del Derecho, que se remite a la realización de su axiología, y una **“moralidad débil”**, referida a su endoaxiología y su periaxiología.

b) Las relaciones entre Moral y Derecho

16. Sin perjuicio de la posibilidad del planteo de identidad entre Derecho y Moral, en el marco de su diferenciación pueden presentarse relaciones de equiparación o de jerarquización de sus niveles, en este caso con primacía de la primera o del segundo. En la teoría trialista del mundo jurídico se presenta en gran medida una relación de **equiparación** de las jerarquías de la Moral y el Derecho, porque hay un despliegue axiológico constitutivo del Derecho. En este sentido, la Moral y el Derecho se desarrollan por carriles **simultáneos**, ya que cada vez que hay un deber ser de valor en el Derecho hay (en diversos grados, según se produzca, por ejemplo, un mero deber ser actual o un deber de actuar) un correlativo deber ser de virtud en la Moral.

Sin embargo, hay también en el trialismo cierta **jerarquización** de la Moral **“Natural”** sobre el **“Derecho Positivo”**, en el sentido que se reconoce que la realidad social y la normatividad deben realizar la justicia y, en definitiva, los desarrollos del trialismo han señalado que sobre los valores jurídicos, culminantes en la justicia, se ubica el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Las auténticas virtudes de justicia y humanidad tienen más jerarquía que el Derecho Positivo injusto, pero esto se debe al fin a que la justicia y la humanidad poseen más nivel que dicho Derecho(7).

17. Frente a las posiciones que mezclan la Moral y el Derecho en una **“complejidad impura”** y las que los escinden en una pretendida **“simplicidad pura”**, la teoría trialista del mundo jurídico contribuye a mostrar a la Moral y el Derecho en una relación de **“complejidad**

(7) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976.

erecho,
la a su

ul, en el
ción de
mundo
a Moral
tido, la
n deber
n mero

atural''
al y la
ñalado
el deber
ña que
en más

leidad
ista del
leidad

onsejo de

ANTROPOLOGIA Y DERECHO

Puntos de conexión hacia una comunidad internacional (*)

Ada LATTUCA (**)

1. Si bien los inicios de los estudios antropológicos, se remontan según algunos autores a los escritos y menciones de la Escuela Talmúdica (siglos X al XIII) y la de Toledo (siglo XII), no es de extrañar que se acepte como fecha de nacimiento el período renacentista, en el que el humanismo "brotó" con una fuerza avasallante.

El hombre y su compleja problemática se presentaron, a partir de entonces, como el referente sobre el cual se debía volver una y otra vez. Estudiarla, investigarla y aún "disecarla", según la dimensión elegida, se convirtieron en intereses fundamentales en la tarea de captar y comprender ese fenómeno que, durante gran parte de la edad histórica precedente, estaba semioculto como protagonista del tiempo y su devenir. Precisamente, las nuevas perspectivas en este sentido habilitan para denominar a ese tiempo, como la *edad de la razón*, al servicio del valor verdad. Merced a ello se producirá el nacimiento y desarrollo dinámico de las ciencias que hiciera decir a Bacon, *la ciencia del hombre es la medida de su potencia*.

Esta actitud significó una verdadera *revolución*, que interesó a las ciencias sociales y las naturales al hilo de la aceptación de la idea jerarquizada del hombre, *guiado* por la apertura de un complejo axiológico cuyo denominador común sería la humanidad.

Tanto, como las ciencias naturales, el arte y la literatura, también el derecho va independizándose de su sustento teológico, sin abandonarlo plenamente, al menos durante los primeros períodos de ese tiempo moderno. Se preocupó con intensidad del Derecho Natural engarzado en la idea de la primacía del hombre en el universo, para concluir hacia fines de la modernidad con la famosa *Declaración de los derechos naturales del hombre*.

Es también durante el Renacimiento cuando aparece la palabra Antropología en los títulos de dos obras; "L'Anthropologia ovvero ragionamento della natura humana" de Capello (1533) y "Psychologia Anthropologica sive anime humanae doctrina" de Casmann (1596). Esta disciplina fue, asimismo, objeto de análisis a cargo de filósofos como Pascal, Vico, Herder, Kant, entre otros. El autor de la *Crítica de la Razón Pura*, superó el concepto meramente antropométrico del hombre y consagró para la antropología, también el conocimiento general del hombre y de sus facultades, el de sus habilidades, del hombre y su conducta en la vida.

(*) Comunicación presentada a la Jornada Interdisciplinaria sobre Derecho y Antropología.

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

Hacia mediados del siglo XIX, la Antropología se erigió en ciencia independiente, comenzó a ser objeto de estudio en los claustros universitarios y a incidir en la interrelación con otras ciencias. De allí, que el derecho se sintiera cada vez más comprometido en la tarea de vincular y explicar los fenómenos que atañen al hombre desde la óptica jurídico antropológica.

El análisis de las formas constitutivas de los pueblos en distinto grados de cultura se ha convertido en un apasionante "métier" para el estudioso de lo que denominaríamos la etnología jurídica. Las conquistas de la etnografía, la arqueología, la mitología y la disciplina del lenguaje han determinado un notable crecimiento de los materiales utilizados por el derecho comparado.(1).

2. A partir de los excelentes trabajos realizados por los clásicos en antropología como, Malinowsky, Kroeber, Linton, Mead o Taylor, en el penetrante análisis de comunidades aborígenes del mundo, se produjo una serie de valiosos aportes en el sentido de prestigiarlas como sociedades, constituidas al hilo y sustentación de valores que daban razón y sentido a sus respectivas instituciones y comportamientos. La constante crítica, iniciada por estos antropólogos, acerca de la inoperancia de los programas de *desarrollo* implementados por diversos gobiernos occidentales empeñados en obtener una modificación súbita en el seno de los *pueblos primitivos*, significó todo un desafío ante la coacción cultural ejercida generalmente por aquéllos.

Estos programas, cuyo móviles son con frecuencia el de expandir las respectivas soberanías, abrir nuevos mercados o explotar irracionalmente los recursos naturales adolecen, casi todos ellos, de un básico desconocimiento sobre las formas culturales que sustenta la comunidad a la cual dirigen su artillería de *progreso*. El cambio social o cultural no puede ser considerado ni como proceso mecánico, ni adaptación afortunada cual simple cuestión de proporcionar *desarrollo, ilustración y progreso* a razas retrógradas. Además, las instituciones de la vida nativa tienen una fuerte vinculación entre sí, y se ha demostrado que los cambios producidos externamente en una de ellas pueden llegar a provocar profundas y a menudo insospechadas repercusiones sobre las demás. De allí, que su modificación deviene, en la mayoría de los casos, un hecho de desintegración más que de la integración declamada en los objetivos de aquellos programas.

Los cambios concebidos son dirigidos por técnicos que, apriorísticamente, están animados por el entusiasmo de producir bienestar, a la manera occidental, sin evaluar que en los beneficiarios se pueden recibir los aportes como una verdadera revolución en sus usos tradicionales. En el área salud muchos programas de ayuda han fracasado por no haber tenido en cuenta previamente ciertas formas culturalmente definidas de orgullo, arrogancia, fatalidad, decencia, utilidad, etc. El magro resultado de ciertas campañas de alfabetización en Perú o Colombia se debió a la vergüenza que sentían los habitantes de ir a la escuela en edad adulta. Les ha resultado difícil y a veces hasta imposible, a médicos y trabajadores de la salud pública, empeñados en reducir la mortalidad infantil, entender el grado de resignación frente a la muerte.

(1) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El Derecho Comparado y su relación con el Derecho Internacional Privado", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n°10, F.I.J. Rosario, 1988.

Dios así lo quiso o no era para este mundo, fue la respuesta emitida ante el desenlace fatal. Cuando les explicaban a colombianos de diversas áreas rurales o a los habitantes de la aldea brasileña de Cruz das Abras, próxima a San Pablo, que ello se debía en gran parte a las precarias condiciones alimenticias o a la falta de higiene concluían, *que los hijos de ricos también mueren*. En India, este concepto está muy arraigado entre los musulmanes, ya que el Corán dice: *...Seas lo que fueres, la muerte te buscará aunque estés en castillos fortificados*. La dificultad en mantener una relación permanente, por ejemplo, con las mujeres embarazadas resultó, en ciertas sociedades, una tarea impropia ante las normas de decencia sustentadas por aquéllas. (2).

Asimismo, pueden llegar a desconfiar de la capacidad del profesional cuando los miembros de una comunidad se encuentran con una conducta que no esperan o no creen propicia de la situación. El curandero desarrolla su labor sin preguntar nada al paciente, en tanto el médico le interroga constantemente acerca de las características de su dolencia, lo cual les provoca inseguridad(3).

Ante los fracasos sucesivos en obtener algún resultado en la campaña de higiene bucal en una comunidad de pescadores de Nueva Zelanda mediante la transmisión oral, los encargados del programa concibieron la idea de fijar profusos y atractivos carteles donde se representaba una ballena que emergía del agua en prosecución de un tubo de pasta dentífrica. La reacción fue inmediata y los pescadores se lanzaron presurosos a los comercios del lugar para comprar ese maravilloso cebo para los peces (4).

Las consecuencias de una innovación planificada suelen ser imprevistas, y puede ocurrir que una mutación inducida llegue a producir otras secundarias en un campo más amplio (5).

Al visitar un equipo de desarrollo una aldea de la India sus integrantes percibieron la incómoda vida de los aborígenes dentro de los hogares, donde un pequeño fogón esparcía humo durante el día irritando los bronquios y los ojos de sus moradores. Los técnicos del Programa de Desarrollo de las Comunidades, comprendiendo la amenaza que ello constituía para la salud de los habitantes, se dieron a la tarea de destruirlos y reemplazarlos por otro sistema, sin advertir que el humo mataba las hormigas blancas que devoraban la madera del techo.

Asimismo, en oportunidad de advertirse el largo y penoso trayecto emprendido por las mujeres de muchas aldeas latinoamericanas para llegar al río y lavar su ropa, los agentes encargados de cumplimentar el plan aprobado por el Consejo Norteamericano de Educación invirtieron cuantiosas sumas en dotarlas de un sistema de aguas corrientes y de piletas individuales junto a las respectivas chozas. El resultado fue desalentador, el cambio significó una alteración de la dinámica de estos grupos, por cuanto las mujeres preferían sacrificar las comodidades a una vida más placentera (6).

Estos y otros problemas podrán resolverse en la medida que se los estudie en función de

(2) PINEDA, Virginia, "Causas culturales de la mortalidad infantil", en "Revista Colombiana de Antropología", 1965.

(3) KELLY, Isabel, "La antropología, la cultura y la salud pública", La Paz, United States Operation Mission to Bolivia. The Institute of Inter-American Affairs, 1959.

(4) FOSTER, George M. "Las culturas tradicionales y los cambios técnicos", trad. Andrés M. Mateo, México, F.C.E., 1966.

(5) FIRTH, Raymond, "Tipos humanos. Una introducción a la antropología social", trad. Roxana Balay, Buenos Aires, Eudeba, 1958.

(6) FOSTER, George M., op.cit., esp. cap.VI, Barreras sociales al cambio, págs 91 a 136.

los valores del grupo receptor y no de los del donante. Sucede que el significado de la utilidad, el tiempo o el trabajo es para los nativos muy distinto al que se les quiere imponer. Ello es particularmente visible en las comunidades campesinas, aún en nuestros días, y en zonas *injeradas* a la civilización occidental, en las cuales a menudo se sacrifican cantidad y mayor rédito por la calidad o la tradición.

George Duby y Robert Mandrou recogieron, en un admirable estudio de psicología histórica, la renuencia del rústico francés de los siglos XV a XVIII a los cambios introducidos por el gobierno de su país (7).

3. También, en las posesiones americanas España utilizó todo cuanto había en su cosmovisión para exportarla a sus nuevas tierras. Quizás el momento de tensión más grave de este proceso haya sido la toma de decisión respecto del concepto de indio y sus derechos, al punto de llegarse a un lugar de inflexión cuando se pactó en crear una nueva categoría jurídica, cual era la del "miserable", aplicada a estos seres humanos libres, vasallos de la Corona, pero necesitados de protección. El celo que pusieron en la obra de "regeneración" del nativo se tradujo en mandamientos extraños y muy alejados de la básica conformación del aborigen, tales como el de la prohibición de montar o el de mudar, ipso jure, de la religión y costumbres transmitidas durante siglos, sustentadoras de su específica cultura. El resultado fue en gran parte negativo y las consecuencias originaron una serie de planteamientos y rebeliones con gran sacrificio humano, así como el surgimiento y profundización, en la conciencia jurídica política argentina, de una escisión en dos sectores, el *bárbaro* y el *civilizado* (8).

4. Asimismo, en la actualidad, el impacto de las migraciones del Tercer Mundo en el seno de los países integrantes de la Comunidad Europea ha producido un viraje en los programas sobre captación e integración del inmigrante. El área europea, productora de enormes corrientes migratorias en el siglo pasado, animadas en muchos casos por ambiciones hegemónicas, está recibiendo caudales inmigratorios que generan, sobre todo al cambiar las necesidades de mano de obra, fenómenos de rechazo de las poblaciones autóctonas (9). La competencia con los nativos en el campo laboral es en gran medida la responsable de no pocas manifestaciones de índole chauvinista y racista que han llevado, a los países comunitarios, a elaborar y aplicar programas de *Cooperación*, especialmente en zonas expulsoras de caudales humanos hacia Europa. Los países destinatarios como Mozambique, Uganda, Marruecos, Filipinas, Túnez, Colombia, Nicaragua o los convulsionados territorios del Este evidencian aquella tendencia. (10).

Es probable que una gran cuota de interés sea la sustentación de los mismos y sus autores

- (7) DUBY George y Mandrou, Robert, "Historia de la civilización francesa", trad. Francisco González Aramburo, Méjico, F.C.E., 1966, esp. págs 197 a 214.
- (8) LATTUCA, Ada y CHAUMET, Mario, "Aspectos dialécticos sobre la subjetividad jurídica del indio", en "Boletín...", cit., n° 7, 1986.
- (9) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Efectos de los factores internacionales en el Derecho Internacional", en "Boletín...", cit., n° 15, 1992.
- (10) V. "Rivista Cooperazione", publicación del Ministero degli Affari Esteri, Roma, esp. a partir de 1989. Tb. "Dossier Europa", Commissione delle Comunità Europee, Bruselas, periódico semestral.

se muevan en el marco de lograr satisfacerlo, sea buscando el poder o promoviendo la cooperación según convenga (11).

5. Ahora bien, la labor del antropólogo es verdaderamente eficaz en la medida que, además de comprender y compenetrarse en la cultura a estudiar, entendida como un todo lógicamente integrado, funcional y razonable, tal comprensión conduzca a la tolerancia. De ese modo, sus conocimientos sobre instituciones y creencias prestarán un gran servicio para tornar menos rígida la actitud de quienes guíen y controlen la conducta ajena. Este conocimiento se debe tener en cuenta para aconsejar normas de conducta conciliatorias y rechazar la prohibición directa e inmediata de la ya existente. Es decir, lo deseable será la asunción de una actitud humanizante (12).

Ello aporta, sin dudas, un notable avance en la diagramación y acomodamiento de los países, que constituirán una comunidad internacional del modo más justo posible. La integración de los respectivos Estados podrá lograrse en plenitud con una labor mancomunada, basada en las relaciones de convivencia entre los integrantes de un bloque integrado. Para ello, el jurista jugará un destacado rol si percibe su función dentro de la mayor tolerancia, como ha sido siempre concebida por un gran teórico del Derecho Internacional Privado, el profesor Werner Goldschmidt (13).

En un mundo que avanza cada vez más hacia el logro de modelos integradores, al hilo de los más variados motivos, la captación de un país considerado en vías de desarrollo por uno desarrollado deberá realizarse sin coacción, estableciendo como premisa fundamental el respeto a las diversas autonomías, sin pretender producir un cambio autoritario sin consulta o adecuación de la normatividad, de los usos y costumbres del país donde se desea producir un cambio a fin de integrarlo a niveles "modernos". Siempre que se entienda la integración como un proceso predominantemente económico, ella será insuficiente si no se considera, por ejemplo en los Programas de Desarrollo, que la misma es resultado de una interacción de factores económicos y socio-culturales (14). Esto último suele soslayarse en la faz antropológica y también en la dimensión jurídica (15).

6. Ambas ciencias podrán prestar solidariamente aportes muy valiosos en la tarea de integrar al hombre a una esfera internacional teniendo en cuenta como meta esencial la consideración del más profundo humanismo, al cual debe tenderse. Si en las relaciones con los demás pueblos y países se priorizan la utilidad y la justicia relativamente particular en el

(11) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Los intereses y sus significados jusfilosóficos", en "Boletín..." cit.

(12) FIRTH, Raymond, op.cit.

(13) GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia", 8ª ed., Bs.As., Depalma, 1992. Ver los artículos en su homenaje con motivo del octogésimo aniversario de su natalicio, en "Boletín..." cit., n° 13, 1990.

(14) FRIEDMANN, Wolfgang, "La nueva estructura del Derecho Internacional", trad. Agustín Bárcena, México, Trillas, 1967.

(15) MYRDAL, Gunnar, "Solidaridad o desintegración. Tendencias actuales de las relaciones económicas internacionales en el mundo no soviético", 2ª. edic., México, F.C.E., 1966; ZEA, Leopoldo, "La cultura y el hombre de nuestros días", Univ. Autónoma de México, 1957; "Integración Latinoamericana", Informe sobre la cooperación técnica prestada por el sistema de las Naciones Unidas. Dependencia Común de Inspección, Ginebra, 1966; FERRER VIEYRA, Enrique, "Temas de Derecho y Política Internacional", Buenos Aires, Indice, 1966, esp. el tema n°18, "Hacia una integración social de América Latina".

beneficio de algunos sectores se producen modelos uniformes donde se sacrifica todo aquello que se considera inútil o poco eficiente a sus propósitos. Así, se puede llegar a juzgar que son admisibles, en una comunidad internacional igualitaria, "más las soluciones de concubinato y amor libre de países "desarrollados" (incluso quizás en parejas homosexuales) que la poligamia y la poliandria estables de países "subdesarrollados", no sólo por la vocación igualitaria de los países protagonistas que puede anidar en ella, o por la jerarquía atribuida a los países, sino por la "dinámica útil" de las respuestas." (16).

En definitiva, y según lo expresara Ciuro Caldani en diversos trabajos de investigación, en el seno de una comunidad internacional se podrá regir la relación entre los Estados si la referencia última de los valores es el valor humanidad, entendida como el deber ser cabal de nuestro ser. "Sólo la humanidad es el valor que asegura que al fin la comunidad internacional abarque a todos los hombres" (17).

(16) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Bases para la comprensión axiológica de la comunidad internacional", en "Investigación y Docencia", n° 17, FIJ, Rosario, 1990; del mismo autor: "Las referencias al ser y a la vida", en Idem.

(17) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Bases..." cit. pág.12.

nello que
que son
binato y
oligamia
ia de los
sino por

tigación,
dos si la
cabal de
nacional

RESEÑAS

vestigación

Filoso
Subjek
Plurali
Menah
Anerk
zum T

(Vitto
Juridic
Tzu''
liche I
als Be
Urteik
lung
Hoers
de info
a los c

Gerec
Fortur
Akkor
(Thon
mus I
Philos

Politie
sic), ''
(Alber
des R

y dive

(*) Inve

ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE

Tomo 79-1993, Fasc. 2 a 4 y Tomo 80-1994, Fasc. 1

El fascículo 2 del tomo 79 de "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" ("Archivo de Filosofía Jurídica y Social") se integra con los artículos "Neue Risiken und neue Rechte. Subjektivierungstendenzen im Recht der Risikogesellschaft" (Reinhard Damm), "Contextual Pluralism and the Libertarian Paradox" (Luc Bovens), "Leibniz on Hard Cases" (Hanina Ben-Menahem), "Der Ehebegriff bei Kant und Hegel" (Karl Eckhart Heinz), "Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?" (Kurt Seelmann) y "Ein Weg zum Totalitarismus - der rechtsphilosophische Wendepunkt Julius Binders" (Ken Takeshita).

El fascículo 3 se compone con los artículos "Die Auslegung der Menschenrechte" (Vittorio Frosini), "Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux" (Paul Amselek), "Normas Jurídicas como Razones Protegidas" (María Cristina Redondo), "The Legal Philosophy of Mo Tzu" (Geoffrey Maccormack), "Anarchism and Legal Science" (Thom Holterman), "Richterliche Rechtsfindung und neuere Wissenschaftsphilosophie" (Hideo Aoi), "Moralische Urteile als Beschreibungen institutioneller Tatsachen. Unterwegs zu einer neuen Theorie moralischer Urteile" (Rafael Ferber), "Aktive und passive Euthanasie" (Jean-Claude Wolf), "Richtigstellung über den Rechtspositivismus" (Norbert Hoerster) y "Recht und Unrecht bei Norbert Hoerster. Eine Stellungnahme zu dem vorstehenden Beitrag" (Joachim Hruschka). En la sección de informaciones de la Asociación figura una nota necrológica respecto de H. L. A. Hart, muerto a los ochenta y cinco años en diciembre de 1992 y otra acerca de Hans Jonas.

El fascículo 4 aborda "Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit" (Michael Köhler), "Coherence of de Law" (Luc J. Wintgens), "The Caprice of Fortune and a Liberal Theory of Justice in Holdings" (Hannes Wittig), "Moralische Freiheit und Akkomodationszwang. Vermittlungsprobleme in der Rechts- und Staatsphilosophie I. Kants" (Thomas Gil), "Rechtsreinheit als Substanzverlust. Zur Kritik W. R. Beyers am Rechtspositivismus Hans Kelsens" (Rolf Geffken) y "Der Philosoph als Verführer - Überlegungen zur Philosophie des Leo Strauss" (Dietmar Herz).

En el tomo 80, el fascículo 1 se refiere a "The Suspect Intimacy between Law and Political Community" (Emilios A. Christodoulidis), "Politics and Morality" (Branimir Lukic), "Macht, Moral und Gewalt" (Heinz-Gerd Schmitz), "Dworkin and the Focus on Integrity" (Albert Calsamiglia), "Der formale Charakter des Rechts" (Robert S. Summers), "Die Symbole des Rechts" (Paulo Ferreira da Cunha) y "Determination und Strafe" (Anton Griffel).

Los cuatro fascículos comentados contienen informes bibliográficos de Eric Hilgendorf y diversas reseñas.

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Tomo 37, Droit et économie, 1992

El tomo 37 de los "Archives de Philosophie du Droit" está dedicado al tema Derecho y Economía. El volumen se inicia con un importante artículo de Julien Freund sobre "Michel Villey et le renouveau de la philosophie du droit", en el que surge nítidamente la grandeza del jurista referido, respecto del cual el autor dice, con acierto, que ha constituido un islote de inteligencia jurídica y de filosofía en el inmenso mar del intelectualismo artificialista moderno. Destaca Freund que Villey veía en esta última tendencia la razón de la "descomposición del derecho", pues si bien se ha conservado la palabra se está en tren de devorar la cosa que éste designa. Villey tenía una concepción de la Filosofía del Derecho muy diferente que la de la mayoría de sus contemporáneos, pero -por ejemplo- en ciertos aspectos próxima a la teoría jurídica del mundo jurídico elaborada en nuestro medio por Werner Goldschmidt.

Entre las perspectivas de las ideas de Villey expuestas por Freund se encuentra precisamente la de la caracterización "filosófica" de su concepción de la Filosofía del Derecho, con las importantes raíces históricas que le permitieron su condición de romanista y de historiador del Derecho moderno. Para Villey el Derecho no es un fenómeno de orígenes planetarios, sino una invención greco-latina. El acto jurídico es específico, y no es legítimo confundirlo con los actos políticos, económicos, morales, científicos, etc. Incluso nos recuerda Julien Freund que Villey ironizaba sobre los teólogos que creen encontrar el principio de todo en el Evangelio.

Para Villey el Derecho es una actividad al servicio del orden considerado como cosa justa. Con luminoso significado para la vida jurídica, indicaba que la justicia jurídica no debe ser confundida con la justicia moral. De esta caracterización surge que el Derecho es un orden relacional que tiene por fin repartir objetiva y equitativamente las cosas y requiere la igualdad de los ciudadanos ante el Derecho, de modo que se funda sobre la expresión contradictoria de las opiniones en el sentido de la dialéctica aristotélica. La solución justa debe encontrarse en el contexto móvil de la sociedad, de manera que no hay un Derecho idénticamente aplicable a todas las situaciones, y el objeto al que se refiere debe referirse a cantidades finitas y no se trata de decisiones absolutas, definitivas y sin apelación. La ley es parte del Derecho, no todo el Derecho.

Además, el artículo de Freund -aparecido también en la "Revue européenne des sciences sociales", tomo XXX, n°93, págs. 225 y ss.- comenta las opiniones de Villey respecto del Derecho Natural y el Derecho Positivo, el derecho subjetivo y los derechos humanos.

Los aportes dedicados a Derecho y Economía, tema de importancia descollante en la actualidad, son "Droit et économie" (Bruno Oppetit), "La notion de droit économique" (Gérard Farjat), "Droit et économie: quatre paradigmes" (René Sève), "Droit naturel et physiocratie" (Catherine Larrère), "De l'individualisme libéral à la sociologie: un intermédiaire paradoxal" (Didier Deleule), "Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon" (Jean-François Niot), "Le droit et l'économie au-delà de Marx" (Frédéric Zenati), "Droit, politique et économie dans la philosophie de Sciacca" (Pier Paolo Ottonello), "Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit" (Alain Strowel), "État des réflexiones sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents" (Richard Janda), "Éthique de l'entreprise ou commercialisation de l'éthique?" (Jean-Robert Massimi), "L'économie, l'écologie et la nature des choses" (Olivier Godard) y "Les possibilités et les limites du langage libéral" (Luc J. Wintgens).

Asimismo se publican los estudios "Raison, communication et délinquance. La notion d'"homme raisonnable" et sa complexité chez Condillac" (Christian Debuyst), "Relire Labbé et ses lecteurs" (Christophe Jamin), "Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale" (Klaus Günther), "Théorie sociale et jugement juridique. A propos de J. Habermas et de Kl. Günther" (Hervé Pourtois), "Pour une réinterprétation métastructurelle du contractualisme" (Jacques Bidet) y "Herméneutique et droit" (Francesco Viola).

Figuran asimismo crónicas internacionales referidas a Alemania (Valentin Petev), España (Consuelo Martínez-Sciluna y Angel Sánchez de la Torre) y Estados Unidos (Leslie Francis) y numerosas reseñas bibliográficas que, junto a la selección bibliográfica de artículos de Filosofía del Derecho aparecidos en lengua francesa entre enero de 1991 y junio de 1992, preparada por Daniel Gutmann, brindan un representativo panorama de nuestra disciplina.

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

I
religion
figuran
"Dime
el céleb
signific
exclusi
legítim
sagrada
]
(Jean C
religion
Sève),
(Jean I
musulm
ordoné
et droit
Franço
malent
"clos"
et jurid
de la C
"Laïci
En este
vincula

nonagé
decanc
califici

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Tomo 38, "Droit et religion", 1993

El tomo 38 de los "Archives de Philosophie du Droit" está dedicado al tema "Droit et religion", que vuelven así a expresar una importante tradición de la publicación, en la que figuran el tomo 3, sobre "La Théologie chrétienne et le Droit" y el tomo 18, acerca de "Dimensions religieuses du droit". Luego de un recuerdo de Jean Roy respecto de Julien Freund, el célebre autor de "L'essence du politique", fallecido el 10 de septiembre de 1993, figura una significativa presentación de François Terré, en la cual afirma que más allá del discurso exclusivamente centrado en consideraciones de orden material, que seguirán siendo muy legítimas, una plena restauración de la justicia pasa por un cierto retorno, un eterno retorno a lo sagrado. Señala el profesor de París que el Derecho es a la vez saber y creencia.

Los aportes dedicados a Derecho y Religión son: "La religion, fondement du droit?" (Jean Carbonnier), "Droit et religion dans la société hébraïque" (Armand Abécassis), "Droit et religions dans la Rome antique" (Michel Humbert), "Hellénisme et Christianisme" (René Sève), "Approches pour une épistémologie et pour une herméneutique du droit canonique" (Jean Passicos), "Droit et religion dans l'Europe orientale" (Jorge Uscatescu), "La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques" (Roger Arnaldez), "Mal contenu et liberté ordonnée dans la pensée juridique de Luther, Hegel et Schelling" (Horst Folkers), "Droit, religion et droits de l'homme" (Bernard Bourgeois), "Carl Schmitt, un théologien du droit?" (Jean-François Kervégan), "Edith Stein et l'État" (Bertrand de Margerie, S.J.), "De quelques malentendus philosophiques et théologiques" (Claude Tresmontant), "Droit et religion entre "clos" et "ouvert"" (Segio Cotta), "Prendre soin de la nature en tant qu'exigence religieuse et juridique" (Jesús Ballesteros), "La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome" (Raymond Goy), "Droit, secte et religion" (Philippe Malaurie), "Laïcité, neutralité, liberté?" (Roland Drago) y "Observations finales" (Jean-Marc Trigeaud). En este último trabajo el profesor Trigeaud destaca, con acierto, que Derecho y Religión se vinculan a través del término común de la justicia.

Se publica, asimismo un valioso trabajo de François Géný, con el título "Pensées d'un nonagénaire sur l'univers et la destinée humaine", quizás todavía inédito, en el que el célebre decano de Nancy, ya a los noventa y cinco años, concluye con un mensaje especialmente calificado por las circunstancias diciendo que existen para el espíritu humano dos modos de

conocimiento distintos. Uno, de carácter propiamente científico, tiende a discernir todos los elementos de la vida y a deducir de ellos consecuencias prácticas. El otro, de carácter religioso, tiende a dejar atrás las realidades de la vida por medio de revelaciones que, según su origen divino, dirigirán su conducta sobrenatural.

Asimismo aparecen en el tomo diversos estudios: "Henri Motulsky et la philosophie du droit" (Bruno Oppetit), "Le bonheur du tragique" (Dominique Terré-Fornaciari), "La pratique juridique des notions métaphysiques" (Jean-François Perrin), "Res nullius, l'animal est objet d'appropriation" (Florence Burgat) y "Contribution à la théorie de la loi" (Alain Sériaux). Una nota crítica de Catherine Audard se refiere a "Political Liberalism de John Rawls" y en ella la autora trata el reciente libro de Rawls ("Political Liberalism", New York, Columbia University Press, 1993) en que el célebre constructivista considera de manera destacada las condiciones políticas de adopción de la teoría de la justicia y de su aplicación, en especial en una sociedad pluralista.

Diversas crónicas internacionales referidas a Argentina (del autor de esta reseña), Brasil (bajo la dirección de Nelson Saldanha), Canadá ("Droits collectifs et droits des minorités au Canada", de Guy Lafrance), España (Angel Sánchez de la Torre), Italia (Bruno Montanari) y Suiza (Jean-Christophe Merle), numerosas reseñas y una selección bibliográfica de artículos de Filosofía del Derecho aparecidos en Francia y en el extranjero entre junio de 1992 y junio de 1993, elaborada por Xavier Boucobza y Daniel Gutmann, completan el tomo.

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

"I

rembe
Pero p
tercer
el raz
probab
trata d
aboga
razona
Todo
del art
especi
la adhi
conve
prude
serie d
determ
una se
y la n
que l
razon
sobre
Juan

valor

(*) Bec

“La naturaleza del razonamiento judicial (El Razonamiento Débil)”
de Olsen A. GHIRARDI, Armando S. ANDRUET (h.),
Raúl E. FERNANDEZ y Juan C. GHIRARDI,
Córdoba, Alveroni, 1993, 152 págs.

El profesor Olsen Ghirardi estudia el razonamiento judicial a partir de los juicios de Nuremberg, donde por encima de la frialdad de la ley había que pensar en la equidad, en la justicia. Pero por encima de ello está la lógica judicial con sus principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. La lógica no formal, práctica o dialéctica es la que conforma el razonamiento de la ciencia jurídica, que es débil pues se parte de premisas hipotéticas, probables u opinables que deben ser apuntaladas, lo cual no significa arbitrariedad sino que se trata de un razonamiento abierto a la crítica, la refutación y, en fin, al diálogo. Es decir, que los abogados tienen que convencer y persuadir al juez acerca del éxito, utilidad y coherencia de su razonamiento a la vez que del desacierto, inadecuación o inutilidad del argumento contrario. Todo esto con la ayuda de la retórica aristotélica (rehabilitada por ej. por Perelman y Viehweg), del arte del bien decir y precisamente de la teoría de la argumentación (desarrollada en el libro especialmente por el profesor Armando Andruet), con la combinación de argumentos para lograr la adhesión de un determinado auditorio a un conjunto de tesis. A su vez, el propio juez necesita convencer y persuadir con su sentencia, por medio de un razonamiento silogístico práctico-prudencial, porque el juez prudentemente acepta una determinada premisa y no otra, con una serie de consideraciones y movimientos psíquicos que van del hecho a la norma para una primera determinación, y de la norma al hecho, para luego volver a la norma, previa interpretación, en una segunda determinación, en un movimiento de zigzag, valorando las circunstancias del caso y la norma, probando los hechos y luego calificándolos para subsumirlos en la norma. Es decir, que la lógica jurídica es dialéctica, esto es, dialógica. Si el juez comete errores en su razonamiento porque viola las leyes lógicas se trata de un error In Cogitando, del que se ocupa sobre todo el estudio del profesor Raúl Eduardo Fernández. El libro concluye con un trabajo de Juan Carlos Ghirardi sobre el razonamiento y el per saltum.

Se trata de un significativo aporte para la comprensión del razonamiento judicial, de gran valor para científicos y profesionales del Derecho.

Alfredo Mario SOTO (*)

(*) Becario del CONICET. Profesor del Área de Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR.

**“Filosofía del Derecho” de Carlos I. MASSINI CORREAS, T. I,
“El Derecho y los derechos humanos”, Bs. As., Abeledo-Perrot,
1994, 188 págs.**

En este primer tomo de su “Filosofía del Derecho” el destacado profesor de Mendoza estudia la noción analógica de Derecho y el desarrollo de la temática de los “derechos humanos”. La primera parte de este tomo, “El Derecho”, contiene cuatro capítulos: “Aproximación al concepto de Derecho”, “De la norma jurídica a la facultad”, “Los derechos” y “De los derechos a los deberes”. La segunda parte, referida a “Los derechos humanos”, abarca cinco capítulos que tratan “Los derechos humanos”, “El fundamento de los derechos humanos”, “La especificación de los derechos”, “Derechos sociales, derechos exóticos y justicia” y “Derechos y trascendencia ontológica”. A su vez, el libro contiene cinco apéndices que abordan “Realismo y derechos humanos: una cuestión controvertida”, “Inmanencia, trascendencia y derechos humanos”, “Filosofía y “antifilosofía” de los derechos humanos”, “Derechos humanos débiles y derechos humanos absolutos” y “El pensamiento contemporáneo acerca de los derechos humanos”.

Antes de abordar los derechos humanos, que Massini considera mejor denominar “derechos naturales”, el autor estudia lo que el Derecho es, cuál es su naturaleza y cuál es su fundamento, para lo cual se sirve, como punto de partida, de lo que se dice acerca de ello. Sostiene Massini que el Derecho puede ser definido analíticamente como aquella conducta humana, exterior y referida a otro sujeto, objetivamente debida y en principio coercible. En este marco destaca la interdependencia entre norma, deber y exigencia jurídica y, para reforzar la vinculación entre derecho y deber expresa por ejemplo que las normas jurídicas no sólo imponen a uno de los sujetos, que habitualmente se denomina “pasivo”, el deber de cumplir con lo preceptuado, sino que le imponen lo que con mayor propiedad se llama una deuda, es decir, algo que no sólo se debe a otro sino que puede ser reclamado por éste. Con sabio criterio, engarzado en la realidad no marginable que es la vida, Massini muestra la necesidad de referirse no sólo a los deberes, como lo hace en el tono del discurso predominante nuestro tiempo, sino también a los deberes. Compartimos este enfoque integrador de los despliegues jurídicos y, desde nuestro punto de vista, nutrido por la teoría trialista del mundo jurídico, también hemos señalado la imprescindible necesidad de comprender la interrelación entre derechos y deberes (puede v. “Los derechos humanos en el trialismo”, en “El Derecho”, t.129, págs. 955 y ss.).

El segundo tomo de la obra abarcará la temática de la justicia, del lenguaje jurídico, del

método y estructura del conocimiento jurídico, de las objeciones y respuestas al iusnaturalismo, etc.

Erudito, bien elaborado y pleno de ideas -a nuestro parecer a veces compatibles y en otros casos discutibles- el libro del profesor Massini (notoriamente uno de los representantes más brillantes del tomismo argentino) ha venido a ocupar un lugar destacado en nuestro panorama jusfilosófico.

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ

Año 45, Nos.2 a 4, 1993 y Año 46, No.1, Enero - marzo de 1994

El N°1 del tomo 45 de la "Revue internationale de droit comparé" contiene diversos artículos dedicados a la enseñanza del Derecho nacional a los estudiantes extranjeros: la Presentación del tema (Xavier Blanc-Jouvan) e informes acerca de Alemania (Reiner Frank), Inglaterra (J. A. Jolowicz), Italia (Mauro Cappelletti y Valerio Grementieri), Suiza (Bernard Dutoit), el Instituto Universitario Europeo (Luis M. Díez-Picazo), Estados Unidos (la experiencia de Tulane, Vernon Palmer), Francia (Frédérique Ferrand y Olivier Moréteau) y la contribución del Programa Erasmo (Jean-Marc Peltier). Asimismo incluye estudios sobre "Le rôle du "Commissioner for Rights of Trade Union Members", une fonction unique au monde" (Jo Carby-Hall), "L'assurance de responsabilité civile du professionnel en droit italien" (Guido Alpa) y "L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone" (Amsatou Sow Sidibé). Entre las actualidades e informaciones figuran "La Convention européenne de bioéthique" (C. Byk) y un detalle de cursos de Derecho extranjero y de Derecho Comparado y en el Boletín de la Société de Législation Comparée se incorpora una nota necrológica sobre Clovis do Couto e Silva.

El N°2 contiene diversos artículos sobre nuevos aspectos del Derecho rumano y los estudios "Les droits économiques dans la Constitution américaine" (Louis Henkin) y "Réforme du droit du travail en ex-URSS lors du passage de l'économie centralisée vers l'économie de marché" (Sémion Ivanov).

El N°3 abarca los estudios "La civilisation de la common law" (H. Patrick Glenn), "L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel" (Louis Marquis), "Le marché unique, programme de déréglementation" (Jürgen Basedow) y "La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille" (Rainer Frank). Entre las actualidades e informaciones aparecen "La conscience du droit chez les Japonais" (Aude Bellenger), que esclarece sobre todo las relaciones entre la cultura jurídica tradicional y la cultura jurídica moderna de ese país considerando el libro homónimo del profesor Kawashima Takeyoshi y "La Loi Fondamentale de la R. F. A. et l'Union européenne: le nouvel article 23 de la Loi Fondamentale" (Rainer Arnold).

El N°4 contiene los estudios "La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits" (Guido Alpa), "La Finlande scandinave: Influences suédoises et scandinaves sur le développement du droit finlandais" (Tore Modeen), "Transparence et secrets autour des

adoptions internes et internationales” (Hervé Bribosia) y “Les implications juridico-constitutionnelles du transfert de la souveraineté de Macao à la République populaire de Chine” (Arnaldo Gonçalves). En actualidades e informaciones se publica, por ejemplo, “L’unification du droit des contrats en Europe: avec ou sans loi?” (André Tunc).

El Nº1 del año 46 presenta tres artículos sobre el nuevo Derecho chino “Aperçus sur la législation civile” (Wang Shengming), “La législation sur les sociétés” (Li Fei) y “Les progrès de la légalité en matière de commerce extérieur” (Zhang Yuejiao). Entre los estudios y variedades se publican “La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l’espace juridique français” (Selim Jehel), “L’opportunité d’une responsabilité communautaire du pollueur. Les distorsions entre les États-membres et les enseignements de l’expérience américaine” (Patrick Thieffry), “Le droit allemand des conditions générales d’affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives” (Kurt G. Weil y Fabienne Puis) y “Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?” (Roberto Andorno). La sección de actualidades e informaciones contiene, por ejemplo, indicaciones sobre cursos de Derecho comparado y de Derecho extranjero.

Los números son complementados por valiosa información bibliográfica.

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

(*) Investigador del CONICET.

tu-
e''
ion

la
rès
s y
ice
du
ai-
par
) y
la
s e
de

NOTICIAS DEL CENTRO

l (*)

D

col
Soc
en
Na

Ce
Int
par
una

IX JORNADAS ARGENTINAS DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Personal del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social viene colaborando en la organización de las IX Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Filosofía Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, que se llevarán a cabo en Rosario los días 15 a 17 de junio de 1994 con los auspicios, entre otros, de la Universidad Nacional de Rosario y su Facultad de Derecho.

JORNADA SOBRE CONTENIDOS JURIDICOS DE LA TRAGEDIA GRIEGA

La Cátedra Interdisciplinaria "Profesor doctor Werner Goldschmidt" dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario organizan para el 12 de agosto de 1994, con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, una Jornada Interdisciplinaria sobre Contenidos Jurídicos de la Tragedia Griega.

tu-
e''
ion

la
rès
s y
ice
du
ai-
par
) y
la
s e
de

NOTICIAS DEL CENTRO

l (*)

■

D

col
Soc
en
Na

Ce
Int
par
una

IX JORNADAS ARGENTINAS DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Personal del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social viene colaborando en la organización de las IX Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Filosofía Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, que se llevarán a cabo en Rosario los días 15 a 17 de junio de 1994 con los auspicios, entre otros, de la Universidad Nacional de Rosario y su Facultad de Derecho.

JORNADA SOBRE CONTENIDOS JURIDICOS DE LA TRAGEDIA GRIEGA

La Cátedra Interdisciplinaria "Profesor doctor Werner Goldschmidt" dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario organizan para el 12 de agosto de 1994, con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, una Jornada Interdisciplinaria sobre Contenidos Jurídicos de la Tragedia Griega.