

MEDITACION SOBRE LA VIRTUD EN EL DERECHO

Miguel Angel CIURO CALDANI (.)

A la memoria de mi madre,
por su fe. A mi padre, por su
esperanza. A ambos, por su caridad.
(Adviento, 1984).

I. Ideas básicas

1. Creemos que con demasiada frecuencia la doctrina jurídica ha insistido en desviar la atención hacia las virtudes y los vicios, teniéndolos como material estimativo de de justicia en el Derecho, o en considerar casi con exclusividad que e se material estimativo está formado por las adjudicaciones, prescindiendo de la importancia que para tales adjudicaciones tienen las virtudes y los vicios y marginando la relación "dialéctica" que puede reconocerse, en definitiva, entre los despliegues "subjetivos" de virtudes y vicios y "objetivos" consistentes en las adjudicaciones.

La tensión entre los aspectos "subjetivos" y "objetivos" para identificar la virtud está presente en el "término medio" aristotélico entre el exceso y el defecto, (Aristóteles, Et. Nic., II, 2 y 6 y ss.) (1). Las limitaciones del volverse sobre sí mismo del aspecto subjetivo de la virtud se muestran en la figura del "fariseo" y en la repulsa que -por ejemplo en

(.) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. por ej. ARISTOTELES, "Etica Nicomaquea", en "Ohras", trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, págs. 1174 y ss.; también, con el título "Moral a Nicómaco", en "Obras Selectas", trad. Patricio de Azcárate, 2a ed., Bs.As., El Ateneo, 1959, págs. 239 y ss.

el pensamiento de Scheler- suele producir el "orgullo moral" (2). Entendemos que sin desconocer que el "centro de gravedad" del material estimativo de la justicia en el Derecho está en las adjudicaciones (3), urge considerar más los distintos despliegues en que tales virtudes y vicios influyen en mundo jurídico.

La importancia atribuida a las virtudes y los vicios varía, en general, según las diversas orientaciones filosóficas. Tiene, por ejemplo, muy alto nivel en el estoicismo y, en cambio, es mucho más limitada en las orientaciones más afines al determinismo, por ejemplo en el marxismo. Como la virtud y el vicio se ubican en el "ámbito" "entre" el deber ser y el ser, tienen más o menos importancia según el "espacio" que medie entre ambos: de aquí que Spinoza pudo afirmar que la virtud es la esencia misma o la naturaleza del hombre, que virtud y potencia son una misma cosa (Ética, parte 4, def. VIII) (4).

(2) Puede v. SCHELER, Max, "Ética", trad. Hilario Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1942, t. II, pág. 315. Cuando la virtud es falsa hay hipocresía (v. por ej. KIT TAY, Eva Feder, "On Hypocrisy", en "Metaphilosophy", vol. 13, Nos. 384, págs. 277 y ss., también puede v. BOUKEMA, H. J. M., "The function of hypocrisy", en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", IV Serie, LIX, págs. 20 y ss). La virtud llevada a su trascendencia es heroísmo (recientemente: CAMERON David R., "The Hero in Rousseau's Political Thought", Journal of the History of Ideas, july 1984, págs. 397 y ss.).

(3) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs.As., Depalma, 1976, págs. 388 y ss. En cuanto al marco teórico de esta meditación es posible v. la obra recién mencionada y CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976 y "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982 y 1984.

(4) Puede v. SPINOZA, "Ética", trad. Angel Rodríguez Bachiller, 4a. ed. en BIF, Bs.As., Aguilar, 1969. Como ejem-

En general, el idealismo genético, según el cual el sujeto crea al objeto, adopta actitudes exageradas en cuanto a las virtudes y los vicios, sea sosteniendo que constituyen el mundo, con prescindencia de las realizaciones objetivas, sea afirmando que carecen totalmente de importancia, porque el creador es absolutamente libre. Sólo el realismo genético, que reconoce que el sujeto "descubre" al objeto, está en condiciones de encontrar -por sus posibilidades de "equilibrio" entre el sujeto y el objeto- la comprensión verdadera de la virtud y el vicio.

En el marco jusfilosófico, las virtudes tienen más importancia -aunque no fundamental- en las orientaciones jusnaturalistas, como el tomismo, y menos significado, v.gr., en el positivismo. Las posiciones que atribuyen más importancia a la virtud someten más el Derecho a la Filosofía; en tanto que las que le asignan menos significado lo sujetan más -frecuentemente con exceso- a las ciencias naturales, la Sociología y la Economía.

2. Para comprender que la virtud posee conexiones significativas con los "hechos valiosos", conviene tener en cuenta que, como decía Cicerón, "la virtud no es un arte que se pue

(Cont. (4)) plos de actitudes diversas respecto de la virtud, v. por ej.; KANT, Manuel, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", trad. Manuel García Morente y "Crítica de la razón práctica", trad. E. Miñanay Villasagra y Manuel García Morente, en KANT, Manuel, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", "Crítica de la razón práctica" y "La paz perpetua", 3a. ed., México, Porrúa, 1977; NIETZSCHE, Friedrich, "Más allá del bien y del mal", trad. María de los Angeles Troteaga de las Heras, Madrid, Felmar, 1981, págs. 131 y ss.; "El Anticristo", trad. Federico Milá, Bs. As., Siglo Veinte, 1978, esp. págs. 29/30. Entre los grandes esfuerzos para vincular lo subjetivo y lo objetivo en cuanto a la "virtud" y el Derecho puede recordarse la "Enciclopedia" de Hegel.

de poseer sin usarlo" (5). El difícil diálogo entre virtud y adjudicación valiosa está signado por ejemplos como los de Sócrates y Jesús: el primero tuvo la virtud de aceptar beber la cicuta para salvar el orden de las adjudicaciones, el Hombre-Dios rechazó el camino de Barrabás, prefiriendo confiar en el camino de la virtud.

La estrecha relación de las virtudes y los vicios con los valores está presente en las enseñanzas tradicionales, cuando para que haya virtud no sólo exigen el hábito operativo, sino el bien (v. Sto. Tomás de Aquino, S. Teol., 1-2 q. 55; 2-2 q. 58, a.1) (6) que, en el Derecho, es sobre todo el valor justicia. Sin embargo, el despliegue subjetivo muestra toda su magnitud cuando se tiene en cuenta al elemento de elección, en cuya importancia están de acuerdo -por ejemplo- San Agustín y Santo Tomás (v. así, Sto. Tomás, S. Teol., 1-2 q. 55 a.1).

La virtud no existe para ser comparada ni mucho menos enfrentada con el valor de las adjudicaciones, sino para ser comprendida en su integración con éstas: el propio Cicerón, que tanto se ocupó de las virtudes, llegó a decir "Todas las discusiones de los filósofos, aunque sean fuentes muy abundantes de ciencia y de virtud, si se las compara con las acciones y las obras de los legisladores, me temo que valgan más para el deleite de nuestro ocio que para utilidad de nuestros negocios" (7). En definitiva, los aspectos subjetivos y objetivos corresponden al "complejo total" de los valores.

En estas líneas deseamos ocuparnos principalmente de

(5) CICERON, Marco Tulio, "La República", Trad. Rafael Pérez Delgado, Madrid, Aguilar, 1979, pág. 4.

(6) Puede v. por ej. "Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino", trad. comisión P.P. Dominicos presidida por Fr. Francisco Barbado Viejo, O.P., Madrid, La Editorial Católica, eds. c. 1964 (B.A.C.).

(7) CICERON, op. cit., pág. 51.

las virtudes en general, en su relación con el Derecho, dejando relativamente al margen las virtudes específicamente vinculadas con la mayoría de los valores propios del mundo jurídico (virtudes de poder - por los repartos autoritarios -, cooperación por los repartos autónomos -, etc.).

3. Para comprender debidamente los despliegues morales y proyectarlos al mundo jurídico conviene distinguir, en primer término, los niveles axiológicos de referencia de las virtudes y los vicios. Los valores, como tales, tienen tres despliegues, de valencia, valoración y orientación y, en sentido amplio, las virtudes y los vicios pueden referirse a cada uno de los tres. Sin embargo, en sentido estricto, las virtudes y los vicios se refieren al cumplimiento de los "deberes de actuar" iluminados por las valoraciones y las orientaciones. La tensión entre la virtud referida a la valencia de justicia y el vicio en cuanto a las valoraciones caracteriza, por ejemplo, la tragedia que encierra la figura de don Quijote.

La mera proyección al valor, se ciñe más al elemento "objetivo" de la virtud, en tanto que la exigencia del hábito corresponde a una perspectiva más "subjetiva" (puede v. Aristóteles, Et. Nic., II, 1).

Como los valores pueden ser naturales o fabricados, diferenciándose, a su vez, entre los naturales los absolutos y los relativos y entre los relativos valores auténticos y falsos, pueden reconocerse virtudes y vicios respectivos, o sea virtudes absolutas, relativas y "fabricadas" auténticas, y vicios absolutos, relativos y fabricados auténticos. Los vicios corresponden, en definitiva, a valores fabricados falsos. Dado el sentido negativo del valor fabricado falso, su negación subjetiva es una virtud natural.

El tipo de relación de las virtudes y los vicios con los valores puede ser directo o indirecto. La relación directa de la virtud y el vicio con el valor se presenta en la proyección específicamente "moral", o sea cuando la voluntad se refiere inmediatamente al mismo valor, por ejemplo, cuando se de sea hacer justicia por voluntad dirigida a ella misma. En cam-

bio, la relación indirecta de la virtud y el vicio con el valor se establece cuando hay una proyección más "intelectual", en que la voluntad se refiere al valor respectivo pero por mediación de la referencia a otro valor, v.gr. cuando se desea realizar la justicia por voluntad de obtener poder, lograr utilidad, etc. Es frecuentemente verdad que, como destaca W. Goldschmidt, "la virtud de la justicia se asemeja a un jinete que só lo puede avanzar contando con un corcel que lo lleva" (que puede ser el amor, el odio, el resentimiento, la ambición, la avidez, el interés, el egoísmo, la envidia, etc.) (8) y que la justicia suele ser un valor con menos "energía" propia que el poder, la cooperación, el orden, etc.; pero también es verdad que en última instancia cada valor se realiza según la virtud y el vicio que origina por sí mismo. En sus últimos alcances, en las cuestiones más profundas y significativas, cada valor, incluso la justicia, queda "librado a su propia suerte". Los desajustes entre las virtudes y los vicios en los niveles "intelectual" y "moral" corresponden a las tensiones quizás mayores en la vida espiritual.

Además, para desarrollar debidamente el marco moral genérico a proyectar en el mundo jurídico, se debe profundizar en las virtudes y los vicios últimos que "energizan" y orientan a los demás (9). La doctrina tradicional los ha reconocido,

(8) GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 389/390; también v. "Justicia y verdad", Bs.As., La Ley, 1978, págs. 56 y ss.; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958, páginas 90 y ss.

(9) V. PIEPER, Josef, "Las virtudes fundamentales" (rec.), trad. Carlos Melches y otros, 2a. ed. Madrid, Rialp, 1980; CICERON, "De los Deberes", en "Obras Completas de Marco Tulio Cicerón", trad. Baldomero Estrada Morán, México, UNAM, 1948, esp. págs. 39 y ss.; también puede v. la versión "Los oficios", trad. de Manuel de Valbuena, en CICERON y SENECA, "Tratados Morales", trad. de Menéndez y Pelayo y otros, Bs.As., W. M. Jackson, 1949, págs. 165 y ss.; AGUSTIN (San), "La Ciudad

respectivamente, al referirse a las virtudes teologales, de fe, esperanza y caridad, y a las virtudes cardinales, de prudencia, fortaleza, justicia y templanza. Sin abrir juicio sobre sus significados teológicos deseamos referirnos aquí a sus posibilidades axiológicas jurídicas. Entendemos que la fe como afirmación de los valores, la esperanza como confianza en la posibilidad de su realización y la caridad como apertura de cada ser al deber ser general, que incluye a los demás seres, constituyen las fuentes últimas de energía para la realización de los valores (v. Sto. Tomás, S. Teol., 1-2, 63; 2-2 q. 161, a.4). En un nivel inferior, la prudencia es imprescindible para el reconocimiento de la realidad del material estimativo con sus límites; la fortaleza para contar con el vigor necesario para realizar el valor; la justicia como compatibilizadora intersubjetiva de la vida valiosa y la templanza como contribución e integración entre las referencias a los distintos valores.

(Cont. (9)) de Dios", en "Obras de San Agustín", traduc. Santos Santamarta del Río y Miguel Fuertes Lanero, 3a. ed., Madrid, B.A.C.; 1977 y 1978, por ej. IV, 20; V, 12; XV, 22; XIX, 3, 1; XIX, 4, 3-5; además puede v. por ej. KLOSKO, George, "The Technical Conception of Virtue", en "Journal of the History of Philosophy", vol. XIX, N° 1, págs. 95 y ss.; D'AMICO, Jack, "Three Forms of Character: Virtú, Ordini and Materia in Machiavelli's Discorsi", en "Italian Quarterly", XXII, 85, págs. 5 y ss. (donde puede advertirse el concepto empobrecido de la "virtud" maquiavélica); PRICE, Russell, "Ambizione in Machiavelli's Thought", en "History of Political Thought", vol. III, N° 3, págs. 383 y ss. "The Theme of Gloria in Machiavelli", en "Renaissance Quarterly", vol. XXX N° 4, págs. 588 y ss. MAQUIAVELO, N., "Discursos sobre la primera Decada de Tito Livio", "El Príncipe" y "El Arte de la Guerra", en "Obras Políticas", trad. Luis Navarro, 2a. ed., Bs.As., El Ateneo 1957; GHIRARDI, O. A., "Derecho y prudencia", en "Actas del Tercer Congreso Nacional de Filosofía", Bs.As., UBA, 1982, Vol. I, pág. 504 y ss. Para Fromm "la estructura del carácter de la personalidad integrada y madura... constituye la fuente y la base de la "virtud"; (FROMM, E.; "Ética y Psicoanálisis", trad. H.F. Morck, 5a. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 19).

Aunque Guillermo Wundt señalaba, con parte de razón, que las virtudes cardinales señaladas por los diferentes filósofos morales "carecen, por regla general, de un fundamento lógico cualquiera de división" (10), nos parece que el cuadro tradicional de las virtudes puede ser comprendido con cierto sistema. Entendemos que las virtudes "superiores" fe, esperanza y caridad "energizan" la vida axiológica porque se refieren más al deber ser de los valores, en tanto que las virtudes relativamente "inferiores" son tales -más precisamente, virtudes cardinales o de orientación- porque se proyectan más al material estimativo de los valores. Las virtudes "superiores" corresponden más a la unidad de lo valioso y resultan más directamente "energizadas" por la atracción del más alto valor a nuestro alcance, la humanidad. En cambio, las virtudes "inferiores" o cardinales corresponden más a la pluralidad de los niveles menores de lo valioso, es decir que se relacionan más con los valores inferiores en que se descompone el valor humanidad al proyectarse sobre el material estimativo de nuestro "ser", y por esto aparecen las virtudes de pluralidad axiológica de justicia y templanza.

Puede decirse que las expresiones de virtud referidas a la valencia, a los valores absolutos, a la virtud "moral" y a las virtudes "superiores" guardan entre sí mayor afinidad, en tanto que las manifestaciones proyectadas a las valoraciones y a la orientación, a los valores relativos y fabricados auténticos, a la virtud "intelectual" y a las virtudes cardinales resultan más "próximas" entre sí. Dicho en otros términos: la proyección a la valencia se apoya recíprocamente con la jerarquía de los valores absolutos, con la virtud "moral" y la proyección más directamente referida al deber ser en la fe, la esperanza y la caridad; en cambio la referencia a las valoraciones y a las orientaciones puede alimentarse recíprocamente con las proyecciones a los valores relativos y fabricados auténticos, con la virtud "intelectual" y con las virtudes inferiores de

(10) WUNDT, Guillermo, "Ética", trad. Fermín Herrero Bahillo, Madrid, Jorro, 1917, t. III, págs. 186/187.

prudencia, fortaleza, justicia y templanza. En el primer grupo el espíritu "vuela" hacia los alcances superiores; en el segundo se "constríne" en el ajuste entre los diferentes valores.

Cada estilo de virtud significa un estilo de vida y un "estilo humano". En las virtudes, sobre todo en las virtudes "morales", radica en gran medida el "núcleo vital" del Derecho, aunque quizás en apariencia y en su conjunto pueda ser entendido como un medio para salvar la falta de virtud "moral" mediante la virtud "intelectual".

II. Las virtudes en mundo jurídico

1. Parte General

a) Dimensión sociológica

4. En general la dimensión sociológica del Derecho resulta más afín a las virtudes cardinales, especialmente a las de prudencia y fortaleza. Entre los distintos tipos de adjudicaciones, o sea los repartos y las distribuciones, las virtudes son más significativas respecto de los primeros, que se originan de la conducción humana. Sin embargo, podría señalarse que las distribuciones se vinculan de modo especial con las virtudes más "pasivas", como la prudencia, en tanto que los repartos resultan, en cambio, más próximos a las virtudes más "activas", como la fortaleza.

A su vez, las vías que permiten la conversión de los repartos autónomos en autoritarios y viceversa, y la transformación de la ordenación mediante el plan de gobierno en marcha en ejemplaridad o a la inversa, son oportunidades para que se desarrollen virtudes y vicios "intelectuales", en el sentido que, por ejemplo, la posibilidad del empleo del poder que realizan los repartos autoritarios sirve para el mantenimiento de la virtud "intelectual" de cooperación respecto de repartos autónomos, o que el temor a tener que llegar a un reparto autóno

mo acentúe la búsqueda del éxito en el reparto autoritario.

El reparto autoritario es especialmente afín a la fe y a la fortaleza y muestra la conversión de la esperanza en una expectativa concreta; en cambio el reparto autónomo tiene más "cercanía" con las "aperturas" a la esperanza y a la caridad y con la prudencia. La planificación gubernamental en marcha, que realiza el valor previsibilidad, guarda, a semejanza del reparto autoritario, afinidades con la fe, la fortaleza y la conversión de la esperanza en expectativa; en tanto que la ejemplaridad (modelo y seguimiento), satisfactoria del valor solidaridad, a semejanza del reparto autónomo, es más "próxima" a las "aperturas" a la esperanza y la caridad y a la prudencia.

5. El tema de los límites de los repartos -que pueden ser necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, o voluntarios, establecidos libremente por las decisiones de los repartidores- lleva a señalar que las virtudes y los vicios pueden significar límites necesarios de carácter psíquico, por las inclinaciones mentales que contienen, o a su vez marcos para el establecimiento de límites voluntarios. Los límites necesarios suelen corresponder a desajustes entre las virtudes de valencia y las virtudes de valoración y orientación, en el sentido, por ejemplo, que se acierta en la virtud tendiente a la realización del poder como valencia pero se fracasa en la virtud de satisfacerlo en la valoración del caso. Aunque son posibles actos valiosos sin virtud "moral" ni "intelectual" es imprescindible contar con cierto grado de virtud para que el Derecho se desenvuelva debidamente, y esto muestra su estrecha dependencia de los caracteres de los seres humanos. El respeto a los límites necesarios se vincula especialmente con la prudencia, en tanto que el impulso a vencerlos se relaciona más con la fortaleza.

Las discusiones de la doctrina han puesto en evidencia, desde muy antiguo, que la virtud es un objeto difícilmente repartible. Existen importantes obstáculos para formarla mediante la instrucción y su transmisión depende en numerosos casos del ejemplo (11). Las resistencias para la imposición de la virtud -más difícil que la mera "conquista" de la mente- evi-

dencian la grandeza moral de la condición humana.

b) Dimensión normológica

6. La dimensión normológica del Derecho, constituida por captaciones lógicas de la realidad social de los repartos, tiene, a nuestro entender, limitado "magnetismo" para generar virtudes y, consecuentemente, involucra riesgos muy significativos de aparición de vicios. Las valencias de los valores de la dimensión normológica suelen generar virtudes de poca energía y, cuando se producen virtudes referidas a sus valoraciones y orientaciones, ellas se "alimentan" de manera "intelectual" por adhesión a otros valores, principalmente, el poder, la cooperación, el orden, la justicia, etc. Dicho de otro modo: salvo los pocos casos en que genera virtudes propias -claramente "relativas"- en general sus virtudes se refieren en definitiva a esos otros valores.

Dado el carácter "racional" de las construcciones normativas, entendemos que en general resultan especialmente afines a la virtud de templanza. Merced a ellas podemos estable-

(11) Desde otra perspectiva puede decirse, con terminología aristotélica, que el Derecho requiere virtudes "éticas" y "dianoéticas". V. por ej. PLATON, "Protágoras o los sofistas", en "Obras completas de Platón", trad. Patricio de Azcárate, Madrid, Navarro, 1871, t.II, págs. 15 y ss. También v. diálogo apócrifo "De la virtud". Como ejemplo de la confianza estoica en la virtud para vencer la realidad de la vida v. FILON, "Todo hombre bueno es libre", trad. Francisco de P. Samaranch, 3a.ed. en BIF, Bs.As., Aguilar, 1973. En relación con el tema de esta nota v. por ej. BAHM, Archie J., "Teaching Ethics Without Ethics to Teach", en "Journal of Business Ethics", 1 (1982), págs. 43 y ss.; ALDERMAN, Harold, "By Virtue of a Virtue", en "Revue of Metaphysics", vol. XXXVI, 1, págs. 127 y ss.; RAWLS, J., "A Theory of justice", 10a.ed. Cambridge, Belknap, 1980, págs. 485 y ss.

cer con más penetración la jerarquía entre los diversos valores. Las normas generales tienden a convertir la esperanza en expectativa, en tanto que las normas meramente generalizadas y el exclusivo recurso a normas individuales dejan más "apertura" a la esperanza propiamente dicha. No es por azar que el liberalismo, ansioso de convertir las esperanzas en expectativas de los individuos, ha puesto tanto énfasis en el empleo de normas estatales generales.

7. En cuanto al funcionamiento de las normas, la interpretación, al procurar averiguar la auténtica voluntad de los autores, resulta especialmente afín a la virtud de templanza. Sin embargo, en cuanto a través de las normas existentes se refleje la realidad de la vida, también puede relacionarse con la virtud de prudencia. La determinación, y sobre todo la producción de carencias dikelógicas con miras a la elaboración de nuevas normas, muestran tensiones entre las virtudes de templanza, prudencia y justicia. Las virtudes más específicamente vinculadas con la aplicación son, respecto de la subsunción, la templanza y, en la efectivización, la fortaleza.

Los ordenamientos normativos flexibles, elásticos y sistemáticos -que dejan más marco al desenvolvimiento de la realidad social- confían más en la prudencia; en tanto que los rígidos, inelásticos y meros órdenes se apoyan más en la templanza.

c) Dimensión dikelógica

8. La dimensión dikelógica del Derecho, requiere el auxilio de las diferentes perspectivas virtuosas antes señaladas, pero la alta jerarquía del mundo jurídico se evidencia al ser presentado éste en el marco de las virtudes por una específica, la justicia. Como testimonio de esa importancia, tradicionalmente reconocida al Derecho, la justicia es conceptuada específicamente en el cuadro de las virtudes; en tanto otros valores, como la belleza, la utilidad, etc. resultan representados sólo a través de otras virtudes. Es más; aunque no la compartimos

totalmente, conviene recordar la afirmación frecuente de que "la justicia es una virtud absolutamente completa, porque su práctica es la de la virtud consumada" (Aristóteles, Et. Nic., V,1). Nos parece que todos los valores y sus respectivas virtudes, por su "origen" en el valor humanidad (creemos que, en definitiva, más allá de nuestras posibilidades, en el valor divinidad) presentan ese carácter "completo", que abarca a todos los restantes; pero desde dicha perspectiva se pierde el sentido específico de cada uno. Entendemos que, en relación con ser un valor muy elevado, la justicia es sólo uno de los valores especialmente integradores. Lo propio ocurre con la virtud homónima.

9. La virtud específica referida al valor justicia suele no tener -como ya señalamos- una energía muy intensa. Se requiere, en consecuencia, el auxilio de otros valores, de modo que la virtud de justicia es frecuentemente una virtud "intelectual", no "moral". En la justicia -a semejanza de lo que ocurre de cierto modo con la humanidad y a diferencia del amor- la jerarquía del valor que da "origen" a la virtud no está en relación con la energía que se obtiene específicamente de él. Es posible que, por ejemplo, San Francisco de Asís realizara su gigantesca obra por virtud de amor, tal vez específicamente apoyada en la caridad; pero no es muy cierto que los autores de las grandes revoluciones que adelantaron la realización de la justicia actuaran por energía directa de justicia.

La limitada energía que puede obtenerse de la proyección directa a la justicia facilita que otros valores se subviertan contra ella, como sucede frecuentemente con el poder, la cooperación, el orden, la coherencia, etc., o se arroguen el material estimativo que le corresponde, según ocurre con el valor utilidad. El poder, la cooperación, el orden, la coherencia, la utilidad, etc. tienen, en diferentes grados, más energía de virtud directa. Por otra parte, corresponde aclarar que la virtud de justicia referida a la valencia suele falsificarse respecto de las valoraciones y orientaciones, permitiendo la inversión de la justicia contra los valores inferiores y su subversión contra la humanidad. Es obvio que las subversiones y arrogaciones contra la justicia y las inversiones y subversiones respectivas corresponden al vicio dikelógico.

10. En cuanto a las clases de justicia, puede decirse en primer término, sin ánimo de agotar el análisis, que la justicia consensual resulta especialmente afín a la prudencia, en tanto la justicia extraconsensual requiere más apoyo de fe y fortaleza; la justicia con acepción (consideración) de persona es más próxima a la prudencia, en cambio la justicia sin acepción de personas depende más de la templanza; la justicia a simétrica está más necesitada de prudencia, y la justicia simétrica requiere más templanza; la justicia dialogal es más afín a la caridad y a la templanza, en tanto que la justicia monológico se relaciona más con la fe y la fortaleza, y la justicia espontánea resulta especialmente afín a la caridad, en tanto que la justicia conmutativa se vincula más con la templanza, y la prudencia. Excesos de "virtud" de caridad suelen explicar el apego "espontaneísta" del comunitarismo.

Asimismo es posible señalar, por ejemplo, que la justicia de participación es más afín a la virtud de caridad, en tanto la justicia de aislamiento se vincula más con las virtudes de templanza y prudencia; la justicia absoluta es más afín a las virtudes "superiores" y quizás en especial a la caridad, en cambio la justicia relativa está más cercana a la templanza y tal vez, la justicia referida a los particulares sea más afín a la prudencia, en tanto que la justicia general esté más próxima a la caridad y a la "justicia" misma.

11. En cuanto al funcionamiento de la justicia, el descubrimiento del valor depende de todo el complejo de virtudes, pero quizás más directamente de las virtudes "superiores"; la asunción se vincula especialmente con la fe y la esperanza, y la efectivización (o "realización" en sentido estricto) se relaciona más con la fortaleza y la prudencia.

Como las valoraciones se descubren en base a un sentimiento racional, es posible relacionar el sentimiento con las virtudes de valencia, "morales" y "superiores" y vincular, en cambio, la racionalidad con las virtudes de valoraciones y sobre todo de orientaciones, "intelectuales" e "inferiores", en especial de prudencia y templanza.

12. En cuanto a la pantonomía y el fraccionamiento de la justicia, los desfraccionamientos del valor toman especial energía de las virtudes referidas a la valencia, de la virtud "moral" y de las virtudes "superiores"; en cambio, el fraccionamiento suele corresponder a virtudes más orientadas a las valoraciones y las orientaciones, más "intelectuales" e "inferiores". En especial, la prudencia y la templanza son grandes impulsoras de los "cortes" en la justicia, que producen seguridad jurídica; la fortaleza y la "justicia" se abren, en cambio, más al desfraccionamiento. Solo quienes "aman" directamente a la justicia están dispuestos -soportando grandes tensiones- a llevarla a sus más específicas consecuencias, pero también pueden convertirse en los grandes destructores de la humanidad. La excesiva dependencia de las virtudes "intelectuales" para realizar la justicia puede conducir a la indolencia dikelógica, pero el excepcional impulso de la virtud "moral" puede llegar a producir "carniceros" de los hombres reales. No es por azar que nuestro tiempo, agotado por falsas invocaciones de los valores más elevados y entre ellos la justicia, suele preferir refugiarse en virtudes "intelectuales" por apego al interés y a la cooperación, a través del "consensualismo" dikelógico. Claro está que, como contrapartida, esto sirve con frecuencia a ílegítimos fraccionamientos del valor.

Puede decirse que, entre las virtudes "superiores", la fe impulsa en general al desfraccionamiento, en tanto que la esperanza se "abre" en particular a las influencias del porvenir y la caridad se relaciona más directamente con el desfraccionamiento del complejo personal, temporal y real.

13. La crisis del valor justicia puede afectar a las virtudes de valencia, valoración y orientación; a las virtudes "intelectuales" o "morales" y a las virtudes "superiores" e "inferiores". En nuestro tiempo, por ejemplo, las virtudes de justicia están en general en crisis, pero sobre todo en cuanto a valencia, proyección "moral" y nivel "superior" de fe, esperanza y caridad. En cambio, la justicia que se realiza depende principalmente de virtudes de valoración y orientación, "intelectuales" y de nivel "inferior", o sea sobre todo, de prudencia, fortaleza y templanza. A su vez, la crisis en las virtudes

influye en la crisis del valor jurídico. Puede decirse que la crisis en el valor se alimenta recíprocamente con cierta indolencia dikelógica, a veces ilegítimamente interesada. A nuestro parecer los grandes riesgos de nuestro tiempo son al respecto, la insuficiencia "vital" de estas virtudes "menores" y el posible brote falso de virtudes de justicia "mayores".

14. El principio supremo de justicia consiste en brindar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para personalizarse. En cierto sentido, esa esfera de libertad puede ser entendida como una "esfera de virtud". El individuo se personaliza en relación con los valores y en gran medida se vincula con los valores a través de la virtud.

En cuanto a la justicia del reparto aislado, los repartidores más calificados son aristocráticos, caracterizados por una superioridad moral, científica o técnica que, en definitiva representa -desde distintas perspectivas, encabezadas por la virtud moral- superioridad real o posible en cuanto a virtudes para satisfacer mejor la justicia de los otros aspectos, es decir de los beneficiarios, los objetos, etc. Cada virtud es un título de aristocracia. En general la aristocracia se relaciona más con la virtud "moral" y, en cambio, la intervención de todos los interesados, a través del reparto autónomo, se vincula más con la virtud "intelectual" de justicia.

En nuestro tiempo, la aristocracia acerca de la justicia está representada especialmente por los abogados, pero esa aristocracia y su virtud "moral" no se consideran del todo decisivas. De aquí que las partes y los justiciables deban tener ciertos grados de participación autónoma para darles total legitimidad en cuanto a repartidores. Este es el campo de la ética de la abogacía que, como toda ética "profesional", debe encararse -según acaba de reconocerlo en conferencia reciente la profesora Sonia Bellotti de Podestá- desde la tríada axiológica de la verdad, el complejo específico de valores de la profesión, que en nuestro caso es encabezado por la justicia, y la utilidad (12).

En el marco de las virtudes de justicia, merece espe-

cial consideración el investigador de Derecho, en quien -a diferencia del profesional en sentido estricto- la virtud debe estar más directamente encaminada a la verdad sobre la justicia. Como la justicia origina por sí virtudes de limitada energía, ésta puede ser una de las causas profundas de la escasa virtud "intelectual" de ciencia que la justicia suele aportar a la investigación y, en consecuencia, del interés relativamente menor que acompaña a la investigación profesional jurídica respecto a otras áreas del saber.

15. La cuestión de la justicia de los beneficiarios lleva a considerar la fundamentación directa o indirecta de su carácter, o sea si deben recibir para sí o para otros. Desde nuestro punto de vista, se pueden diferenciar también, en sentido amplio, las virtudes y los vicios directa o indirectamente dirigidos a diversos beneficiarios. Por ejemplo: puede haber cierta virtud o cierto vicio "morales" encaminados directamente a un beneficiario y referidos como virtud o vicio "intelectuales", de manera refleja, a otro; o bien son posibles virtudes o vicios "intelectuales" reflejos. Resulta así, v. gr., que para hacer justicia o injusticia a alguien se desea también hacerlas a otro.

Un aspecto significativo de esta perspectiva es la virtud indirecta de justicia respecto de otro, cuando la virtud directa está dirigida a uno mismo. Sin embargo, urge aclarar, que en sentido estricto, la "intelectualidad" de la virtud y la "moralidad" del vicio resultan "expansivos". Quien "ama" indirectamente u "odia" directamente a la justicia respecto de algunos la "ama" o la "odia" de los mismos modos, en definitiva, respecto de todos.

(12) Puede v. CIURO CALDANI, "Estudios..." cit., t.I, 1982, págs. 229 y ss.

16. La virtud es objeto difícilmente repartible, como señalamos en el parágrafo 5, pero es ampliamente repartidero. Todo hombre merece ser constantemente educado y autoeducarse en la virtud. A su vez, todo objeto repartidero debe ser, también, entendido a la luz de la virtud. En especial, la virtud es necesaria para que el hombre se relacione debidamente con los demás entes y para que la creación supere a la rutina. Es más: creemos que la creación es, con especial frecuencia, tarea propia de quienes son poseedores de la virtud "moral" del valor de que se trata. El dolo y la culpa son circunstancias especialmente relevantes en que las virtudes y los vicios se relacionan con la conformación de los casos jurídicos. Uno de los rasgos más conmovedores del cosmos es la capacidad del ser humano de "convertir" la materia de que se nutre en virtud.

Con la salvedad formulada oportunamente, también pueden diferenciarse virtudes y vicios directo o indirectamente referidos a diversos objetos de reparto. Es también posible que uno tenga virtud o vicio respecto de un objeto y los refleje a otros objetos.

17. Las formas del reparto del proceso y la negociación, preferidas dialécticamente, son especialmente afines a las virtudes de caridad y prudencia. En cambio la mera imposición y la adhesión, pueden resultar de referencias viciosas de fe y sobre todo de fortaleza respecto del valor.

18. Como la virtud sólo puede dirigirse en profundidad desde el sujeto al objeto, su necesidad resulta un fundamento para que el régimen sea humanista, según lo exige en general el valor justicia. Es más: este "sentido" de la virtud requiere que el régimen sea abstencionista y deje al individuo desarrollar las virtudes en la única proyección, de raíz subjetiva, que en profundidad pueden tener. Un régimen humanista abstencionista permite que el "deber ser" que contiene como referencia la virtud se desarrolle debidamente. En cambio, los regímenes individualistas -entendidos como exageradamente abiertos al individuo- y los totalitarios son viciosas desviaciones

del "ser" que prescinden del "deber ser".

La doctrina tradicional suele reconocer que la virtud es necesaria para que haya un régimen justo, y Montesquieu hizo especialmente de ella el fundamento del gobierno "republicano", sea éste democrático o aristocrático (13). El juego de la virtud resulta especialmente necesario en cuanto al respeto a la unicidad de cada ser humano, conducente al liberalismo político.

Para que el régimen alcance la tolerancia que exige el humanismo son necesarias, en especial, virtudes de fe, esperanza, caridad, fortaleza y prudencia. En cambio, el injusto clima de autoridad suele corresponder a vicios de excesiva fe y fortaleza y el también ilegítimo clima de indiferencia exagera la caridad y la prudencia.

En cuanto a los medios para la realización del régimen de justicia, que deben amparar contra los demás, respecto de sí mismo y frente a todo "lo demás", las virtudes son especialmente significativas como últimos reductos de la protección del individuo frente a los demás y ante "lo demás". Obviamente, la virtud es también el lado valioso de la medalla cuyo aspecto "desvalioso" es el vicio, que nos hace esclavos de nosotros mismos.

2. Parte Especial

19. También las ramas del mundo jurídico -que además son afines a diferentes modos de vida psíquica- guardan diversas relaciones con la virtud y sus diferentes estilos. Entendemos que, por ejemplo, el Derecho de Familia y el Derecho Penal son más exigentes de virtudes más elevadas, en tanto que

(13) MONTESQUIEU, "Del espíritu de las leyes", trad. Nicolás Estévez, 3a.ed., México, Porrúa, 1977, págs. 15 y ss.

el Derecho Tributario, v. gr., sobre todo, cuando se lo aleja ilegítimamente del Derecho Financiero, puede desenvolverse en un marco de virtud menos tenso. El Derecho de Familia requiere una especial carga de esperanza, caridad y prudencia; en tanto que el Derecho Penal quizás exija una particular participación de la fe, la fortaleza y la templanza. A su vez, el Derecho Penal liberal significa más esperanza y prudencia, y el Derecho Penal totalitario corresponde a una viciosa exageración de la fe y la fortaleza.

III. Horizonte histórico

20. En la perspectiva histórica, es posible señalar que en los tiempos de cultura predominan las virtudes de valencia, "morales" y "superiores"; en las épocas de civilización son más frecuentes las virtudes de valoración y orientación, "intelectuales" e "inferiores", y en los tiempos de decadencia predominan los vicios. Sobre todo cabe destacar que en la cultura hay especial influencia de la fe, la esperanza y la caridad; en tanto que, en la civilización imperan la prudencia, la justicia y la templanza. La fortaleza es, quizás, la virtud "inferior" más afín a los períodos de cultura.

Cada circunstancia histórica posee un complejo de virtudes y vicios que contribuye a explicarla. Sin perjuicio de los caracteres de cultura, civilización y decadencia, con que pueden ser diversamente analizadas, la Edad Media estuvo signada especialmente por la fe, la Edad Moderna fue un período de quizás creciente esperanza y la Edad Contemporánea ha mostrado especiales rasgos de caridad, entendida sobre todo como idea de organización social.

21. Existe, una relación directa entre el reconocimiento social con que cuentan los valores y las virtudes "intelectuales" que se les refieren, o sea que se los cultiva para lograr otros fines. Sin embargo, al mismo tiempo, el crecimiento en ese sentido suele producir el "vaciamiento" de las proyecciones "morales" a los valores, que con frecuencia aca-

ban siendo así desconocidos. Por ejemplo: en concordancia con las esclarecedoras -aunque no integralmente explicativas- etapas de Vico o Saint-Simon, puede decirse que el sucesivo prestigio de los valores del sacerdocio, la carrera militar, la abogacía o las ciencias exactas y naturales y las actividades productivas ha ido acompañado por la formación en torno suyo de virtudes "intelectuales" de quienes los cultivaban para lograr otros fines (14).

IV. Conclusión

22. El Derecho en general, y la justicia en especial, requieren, imprescindiblemente, el auxilio de la virtud, en sus tres niveles de valencia, valoración y orientación; con fundamentos "intelectuales", pero también, en última instancia, "morales", y con fe para afirmar el valor, esperanza para confiar en su realización y caridad para abrirse al deber ser en general; con prudencia para reconocer los límites, fortaleza para tener el vigor de realizar el valor, "justicia" para compatibilizar intersubjetivamente la vida valiosa y templanza para que los valores contribuyan y se integren debidamente. La virtudes el sostén último de todo régimen, sobre todo en cuanto realice la justicia. Ella es la "esperanza" última de todos los débiles y con ella se relacionan las Bienaventuranzas.

¡Ojalá que este adviento contribuya a que nuestra épo

(14) Puede v. VICO, "Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza de las naciones", trad. Manuel Fuentes Benot, 3a. ed., en BIF, Bs. As., Aguilar, 1964, esp. t. I, pág. 147 (párr. 173); SAINT-SIMON, "Catecismo político de los industriales", trad. Luis David de los Arcos, 2a. ed., en BIF, Bs. As., Aguilar, 1964, por ej. págs. 119/120 y 134/135.

ca, que se centra en el trabajo, la materia y el dinero (15) y alguna vez nos impresionó como el tiempo de la desesperanza (16), encuentre el camino superador, no prescindente de la materia y el dinero, para establecer en su dignidad plena el papel de la virtud!

(15) V. sobre estos temas por ej. KIERKEGAARD, Sören, "Estética y ética", trad. Armand Marot, 2a. ed., Bs. As., Nova, 1959, págs. 164 y ss.

(16) Puede v. CIURO CALDANI, "Estudios...", cit., t. I, págs. 274 y ss.; también, por ej., SHRADER, William, "Demoralization in Modern Society: the Experimental Dilemma", en "Contemporary Crisis", 6(1982), págs. 267 y ss.

NOTAS PARA LA APRECIACION HISTORICA DE LAS
POSIBILIDADES JURIDICAS DE AMERICA (.)

Miguel Angel CIURO CALDANI (..)

A la memoria de Alexis de Tocqueville, filósofo de la vida jurídica americana, en vísperas del 150° aniversario de "La democracia en América".

"Confieso que en América he visto más que América;..." (TOCQUEVILLE) (1).

1. Creemos que para apreciar las posibilidades jurídica de América, o sea para estimar las "oportunidades" con que contaba la juridicidad del Nuevo Continente y contribuir de este modo a la comprensión filosófica del Derecho americano, es necesario reconocer el nuevo espacio jurídico de América, con el grado de "vacío" en que se presentó; las posibilidades del viejo espacio europeo y los diversos tipos de contactos entre

(.) Bases de la disertación pronunciada en la reunión constitutiva del Comité de Filosofía del Derecho de la Rama Argentina de la Asociación de Miembros Individuales de la Federación Interamericana de Abogados, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario el 23 de noviembre de 1984, con miras al proyecto de investigación "Filosofía del Derecho Americano" que desarrollarán paralelamente dicho Comité y el Centro de Investigadores de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(..) Investigador del CONICET.

(1) V. por ejemplo, TOCQUEVILLE, Alexis de, "La democracia en América" (ant.), trad. Marcelo Arroita-Jáuregui, Madrid, Guadarrama, 1969, pág. 42.

respuestas jurídicas con que podían relacionarse los dos espacios. Aunque el desarrollo de estas cuestiones corresponde a la investigación que iniciamos, creemos conveniente desplegar los interrogantes respectivos presentando algunas ideas para su solución. Estimamos que también resulta conveniente esbozar, como hipótesis, una interpretación de los principales tipos de relación con que se han vinculado el nuevo espacio y el viejo mundo que comenzaron a ponerse en contacto con el descubrimiento de Colón.

Como lo advirtió Tocqueville, comprender a América es comprender más que América. En definitiva se trata de un "capítulo" de la comprensión del Derecho Universal (2). Como lo ha destacado Germán Arciniegas al hablar de "América, tierra firme", nuestro Continente tiene no sólo una cultura originaria comparable a la europea: a través de ella la cultura europea se hizo más verdadera y completa. América hizo posible la "tierra completa" (3).

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

(3) Acerca de la historia de América v. por ej. LEVENE, Ricardo, (director); "Historia de América", Bs.As., W. M. Jackson, 1940 y ss.; ULLOA CISNEROS, Luis, "Historia Universal", t. VI "América", Barcelona, publ. Gallach; PALOMEQUE TORRES, "Historia Universal (cultural y política)", t. II, Bosch, Barcelona, 1962; también, con más propósito de difusión, ver por ejemplo, GIANELLO, Leoncio, "Historia de las instituciones políticas y sociales en América y en el actual territorio argentino hasta 1810" (adaptada al programa vigente para IV año del Bachillerato), 3a. ed., Bs. As., Estrada, 1958. En cuanto al marco teórico de estas "notas" v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs.As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976 y "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones

I. El nuevo espacio jurídico americano

a) Dimensión normológica

2. Para los ordenamientos normativos europeos el espacio jurídico americano significó una "laguna" normativa. Si bien los pueblos indígenas tenían ordenamientos jurídicos a veces altamente desarrollados, desde su perspectiva propia los ordenamientos europeos los marginaron, considerando que había una carencia histórica de parte de su propia normatividad o, en algunos aspectos, una carencia dialógica por falta de valor de las soluciones indígenas. En algunos casos las soluciones indígenas fueron marginadas sin más trámite; en otros resultaron rechazadas luego de una valoración (4). Al respecto cabe recordar el especial énfasis puesto por España para estimar la condición de los indios y su propio derecho a la conquista y viene a colación, por ejemplo, los nombres ilustres de Vitoria y Las Casas.

3. La consideración del espacio jurídico de América como una "laguna" significó que los ordenamientos normativos europeos tuvieran la posibilidad de una "plusmodelación", o sea de integrarlo con "subordenamientos" más o menos específicos- v.gr. el surgido de las Leyes de Indias-, a través de relaciones verticales de producción -realizadoras del valor subordinación- y de contenido -satisfactorias del valor ilación- y de vinculaciones horizontales de producción -realizadoras del valor infalibilidad- y de contenido -satisfactorias del valor concordancia-. Como todo "vacío" en el ordenamiento podía llenarse por autointegración con elementos tomados del mismo cuerpo nor

(Cont. (3)) Jurídicas, 1982 y 1984.

(4) Ver no obstante, sobre la relación del Derecho indiano con el indígena, por ejemplo, PALOMEQUE TORRES, op.cit., t. II, págs. 307/308.

mativo o por heterointegración recurriendo a los valores y principalmente a la justicia en sentido "material".

b) Dimensión sociológica

4. Las potencias colonialistas europeas consideraron que en América, pese a la existencia de regímenes indígenas, las adjudicaciones formaban un gran complejo de "distribuciones" provenientes principalmente de la naturaleza y de influencias humanas difusas. La "conducción" indígena fue en definitiva ignorada, como si hubiera un "vacío de reparto" que debía llenarse por la conducción europea sobre un marco de repartos autoritarios y de poder de conquista, que se completaría con diferentes desarrollos menores del poder o de la cooperación.

5. Para los regímenes indígenas la consideración del espacio jurídico americano como un "vacío de reparto" significó un desorden final, y por provenir sobre todo de órdenes externos, que para ellos eran casi semejantes a influencias humanas difusas, ese desorden, fue más que una anarquía una verdadero caos.

6. El "vacío de reparto" que se consideró existente en América no quedó circunscripto por límites voluntarios de los repartidores que fueran relativamente significativos. La pretensión expansiva de Europa respecto de América fue, en principio, total. Sólo intervinieron límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, sean de carácter general -físicos (extensión del territorio, selvas, etc.), psíquicos (ansias de libertad de los ocupantes), lógicos (contradicciones en las leyes europeas), socio-políticos (alzamientos) y socio-económicos (falta de recursos)- o bien de carácter especial (cuando se trataba de mandamientos en cuestiones "vitales" para los propios dominadores).

c) Dimensión dikelógica

7. La comprensión del espacio jurídico americano como un "vacío" significó que los conquistadores y colonizadores pusieron en juego, en gran medida, perspectivas de justicia extraconsensual, con acepción (consideración) de personas (en provecho de unos y detrimento de otros), asimétrica (pues se adjudicaba a unos trabajo y sufrimiento y a los otros preservación de un orden), "monologal" (sólo se desarrollaba la "razón" europea), espontánea (se recibía sin contraprestación), sectorial, de aislamiento, absoluta y -siempre respecto del pretendido "vacío" -referida directamente a los particulares.

8. La formación de un "vacío" jurídico significó, además, el fraccionamiento de las influencias de los antecedentes indígenas, que como todo "corte" en la justicia produjo seguridad jurídica para los europeos, y a su vez, un desfraccionamiento de las influencias del porvenir, sobre todo abriendo para los europeos encargados de llenar tal "vacío" un enorme marco de casi infinitas posibilidades de "cambiar" sus vidas (5). Para los pueblos de América ese "vacío" significó un corte en el continuo temporal, haciendo que el ingreso del hombre blanco "quebrara" el curso de su historia, y la injusticia que soportaron a través de la marginación de sus regímenes hizo que, especialmente en algunas áreas, resulte, sobre todo para los sobrevivientes, una gran injusticia del pasado que urge reparar.

9. Como el principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para

(5) Ver por ej. TOCQUEVILLE, op. cit., pág. 31. Se dijo con parcial acierto, durante mucho tiempo, que América era el "continente de la esperanza".

que se personalice, el "vacío" que se consideró en el espacio jurídico americano en verdad sólo debe ser estimado como tal si, en definitiva, puede detectarse un "vacío" de personalización en los regímenes indígenas, situación que -sobre todo comparativamente con los regímenes que sucedieron- los datos históricos parecen lejos de demostrar.

ch) Horizonte de política general

10. En general la determinación de un "vacío" en el espacio jurídico americano se debió al imperio, en la actitud de las potencias europeas, de una política de seguridad, que fraccionó enérgicamente la existencia de los regímenes indígenas y la posibilidad de una gran expansión de todo el propio complejo, relacionada con la política educacional y la política cultural.

d) Horizonte histórico

11. El "vacío" que tendió a imponer la solución europea para el Nuevo Mundo significó, obviamente, la decadencia de la vida indígena, aunque no siempre ese "vacío" fue tan real como para permitir el trasplante exitoso de culturas o civilizaciones europeas.

Uno de los datos importantes para apreciar el grado de "vacío" que se produjo en América es que el Nuevo Continente comenzó a desarrollarse en el marco europeizado en el siglo XVI de nuestra era, cuando el Viejo Continente había desarrollado ya muchos siglos de experiencia comunitaria. No creemos que este dato sea decisivo, porque el "vacío" temporal ha sido cubierto de diferentes maneras por los países norteamericanos de cultura inglesa y el resto de América, pero sí estimamos que puede ser un factor de desorientación y de injusticia cuando se aprecia nuestra situación.

II. Las posibilidades del viejo espacio jurídico europeo (6)

12. El espacio jurídico europeo, en relación con el cual se estableció el "vacío" americano, estaba compuesto principalmente por los regímenes de España, Portugal, Francia e Inglaterra. Entre ellos, para ejemplificar los grandes interrogantes que pueden orientar nuestro estudio, nos referiremos especialmente a los órdenes jurídicos notoriamente diversos de España e Inglaterra.

a) Dimensión normológica

13. La normatividad española era más favorable a las generalizaciones, en tanto que en Inglaterra tenían más significado las normas individuales. En España las fuentes legales poseían más importancia, en tanto que en Inglaterra el centro de gravedad de las fuentes formales estaba más en las sentencias.

En la normatividad española había más uso de conceptos "constitutivos", más enmarcados en la cultura medieval, y en Inglaterra había una profunda transformación cultural que permitía -con moldes tradicionales- conceptos más "declarati-

(6) Puede v. CAVANNA, Adriano, "Storia del Diritto Moderno in Europa", I, Milano, Giuffrè, 1979; CALASSO, Francesco, "Medio Evo del Diritto", I, Milano, Giuffrè, 1954, esp. pág. 614 y ss. y 617 y ss.; también por ejemplo, en cuanto a la realidad posterior del Derecho anglosajón v. CUETO RUA, Julio C., "El "Common law"", Bs.As., La Ley, 1954; "Ehrlich's Blackstone", New York, Capricorn, 1959. Asimismo v. con miras a la caracterización general y la historia del Derecho español y el Derecho anglosajón DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", por ej. 3a. ed., Paris, Dalloz, 1969, págs. 39 y ss., 317 y ss. y 405 y ss.

vos" de la realidad.

Como es sabido, España estaba -sobre todo desde las "Siete Partidas" y el Ordenamiento de Alcalá- ampliamente integrada en la juridicidad romanista; en cambio Inglaterra, pese a una importante influencia del Derecho Romano -reactivada entre los siglos XVI y XVII- había desarrollado bases propias integradas en una "subfamilia" jurídica distinta, que genéricamente suele denominarse del "common law".

b) Dimensión sociológica

14. El régimen español se apoyaba quizás más en repartos autoritarios, en tanto que tal vez el régimen inglés -sobre todo en sumanejo americano- daría cada vez más curso a los repartos autónomos. Desde el punto de vista de los valores respectivos puede decirse, en consecuencia, que España daba más juego al poder, en tanto que Inglaterra daría creciente satisfacción al valor cooperación.

El orden español se apoyaba más en la planificación gubernamental que, cuando estaba en marcha, realizaba como tal el valor previsibilidad. En cambio el orden inglés se apoyaba crecientemente en la ejemplaridad (modelo y seguimiento), satisfactoria del valor solidaridad.

15. La visión española era más la de un cosmos cerrado, en tanto que la concepción inglesa era más la de un orden abierto. España vivía en una organización que quedaría casi detenida en el feudalismo, en tanto que Inglaterra se abría mucho más al capitalismo. Pese a estar en el cenit de su grandeza, España se aproximaba a una época de decadencia que la iría colocando a la zaga del "espíritu objetivo" y en general deles tilo de vida del resto de Europa, e Inglaterra se aproximaba a un tiempo de grandes avances que la ubicarían a la vanguardia mundial.

Un régimen feudal, como el español, por la "esclerosa

da" división funcional que suele acompañarlo, puede reproducir se en nuevos organismos con dificultad; en cambio un régimen capitalista, más flexible y más elástico, puede reproducir más fácilmente -como ocurrió con las colonias inglesas de norteamérica- sobre una parte un todo. España podía transmitir un empuje vital que sería cada vez menos intenso, en tanto que el impulso vital inglés -cuando estaba dispuesto a transmitirse- era más fuerte. Quizás pueda decirse también -como tal vez le agradaría señalar a Weber- que la España católica y contrarreformista no estaba en las mismas condiciones que la más reformista Inglaterra para integrar el sistema capitalista acrecentado en los siglos siguientes.

c) Dimensión dikeológica

16. La caracterización de todo elemento cultural debe ser, en definitiva, axiológica y, en el caso del Derecho, ha de ser en última instancia dikeológica. Comprender al Derecho español y al Derecho inglés exige comprender, en definitiva, los valores que realizaban y en especial sus significados de justicia.

La vida jurídica de España estaba signada por una fuerte adhesión al valor justicia, quizás "invertida" contra los valores poder y cooperación, y -sobre todo- "arrogatoria" contra el valor utilidad, como lo muestra don Quijote, el personaje máximo de su literatura. Incluso podría considerarse cierta arrogación del material estimativo de la justicia y la utilidad por el valor santidad. En cambio, Inglaterra brindaba una adhesión creciente y quizás "subversiva" al valor cooperación, alzado tal vez contra la justicia, y tenía un apego al valor utilidad que se arrogaba el material estimativo del valor justicia, como lo muestra -por ejemplo- la problemática de "El mercader de Venecia". La conquista y la colonización española sería hecha por guerreros, pero estaría signada por juristas y sacerdotes. Los personajes más característicos de las colonias inglesas son el comerciante y el agricultor.

17. En cuanto a las clases de justicia, España era más

afín a las perspectivas de justicia extraconsensual, con acepción (consideración) de personas, asimétrica, monologal, espontánea, gubernamental, de participación, absoluta y general. En cambio, Inglaterra desarrollaría cada vez más una justicia convencional, sin acepción de personas, simétrica, dialogal, conmutativa, "partial", de aislamiento, relativa y particular. Se evidencia así, desde este punto de vista, la configuración dikelógica más feudal de España y la mayor afinidad dikelógica de Inglaterra con el estilo de vida capitalista, con la dificultad y facilidad de reproducción de unidades independientes y vitales que esto significa.

18. España tenía un especial apego a considerar influencias del pasado y de los antecedentes del mismo reparto; en tanto que Inglaterra, sobre todo para sus colonias norteamericanas, desarrollaría un mayor apego al desfraccionamiento de las influencias del porvenir. Pese a que fue oportunidad para "segundones", puede adelantarse que América española desarrollaría una sociedad relativamente más apegada a la alcurnia que la -tampoco del todo igualitaria- "norteamérica" inglesa. Quizás sea, sin embargo, la diferencia de proyección hacia el pretérito o el porvenir una de las líneas para explicar la división de la norteamérica inglesa entre el Canadá y los Estados Unidos.

19. España tenía más preferencia por los repartidores aristocráticos, sobre todo en la medida en que fue quedando detenida en una cultura más cargada de pasado. En cambio Inglaterra estaba en mejores condiciones -sobre todo como resultó en los Estados Unidos- para dar cabida a los repartidores autónomos y sus afines para autónomos e infraautónomos (comprensivos de los repartidores democráticos).

20. España desarrollaba un régimen más humanista intervencionista, que como tal corría riesgo de convertirse en totalitario (v.gr. en la Inquisición) e Inglaterra desarrollaría

crecientemente un humanismo más abstencionista, que como tal se aproximaba a veces al individualismo. Entre los despliegues de la condición humana que deben respetarse para satisfacer al humanismo, el régimen español realizaba más la comunidad ("república"), en tanto que Inglaterra iría acentuando el respeto a la unicidad que exige el liberalismo político y -sobre todo en los futuros Estados Unidos- cierta igualdad exigente de la democracia.

En cuanto a los medios para la realización del régimen de justicia, España acentuaba la protección del individuo contra sí mismo y, en cierto modo, el amparo frente a los demás, en tanto que Inglaterra iría fortaleciendo la protección del individuo contra el régimen.

ch) Horizonte de política general

21. La vida española estaba especialmente orientada por la política religiosa y la política jurídica, en tanto que en Inglaterra, sobre todo a partir de las revoluciones del siglo XVII, se acentuaría el papel protagónico de la política económica.

d) Horizonte histórico

22. España estaba en una etapa de cultura, pero -quizás por una detención de su marcha histórica- no alcanzó a desarrollar una civilización perdurable y entró, rápidamente, en un proceso de decadencia, que la llevó a la incapacidad de mantener una afinidad satisfactoriamente vital con sus colonias americanas. Inglaterra estaba también en una etapa de cultura pero pudo ir desarrollando -tal vez por hallarse a la vanguardia del poderío mundial- una civilización suficientemente vital como para mantener una afinidad más fructífera con sus colonias de América del Norte.

III. Cuadro de las posibles relaciones entre espacios

jurídicos

a) Dimensión normológica

23. Un "nuevo" espacio jurídico puede llenarse mediante soluciones "autárquicas" (de heterointegración según valores) o de "recepción" (por integración con normas o valores "extraños"). Urge detectar, en consecuencia, el grado de autarquía o de recepción con que se llenó el nuevo espacio americano (7).

Creemos que para la mejor comprensión de los tipos de contactos de respuestas en general, y en nuestro caso de contactos entre "espacios" jurídicos, son utilizables las categorías de aislamiento, coexistencia de unidades independientes, dominación, integración y desintegración (entendida como ruptura de una unidad preexistente, principalmente en el aspecto interno) (8).

El aislamiento es reinado de la "autointegración" o de la "heterointegración" según valores y puede expresarse también a través del Derecho de Extranjería; la coexistencia de unidades independientes se manifiesta principalmente en el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado; la dominación es particularmente afín al Derecho de Extranjería a favor del espacio dominante e incluso a la "heterointegración" mediante el Derecho receptado; la integración se vale del "jus gentium" y del Derecho Uniforme, y la desintegración tiende a desarrollar fenómenos de "Derecho de Extranjería" internos.

(7) Puede v. CIURO CALDANI, "Lineamientos..." cit., "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil...", 8, págs. 73 y ss.

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

El aislamiento se caracteriza por una marginación del valor coherencia en cuanto a las relaciones con el exterior; la dominación se desenvuelve principalmente con relaciones verticales de producción, que satisfacen el valor subordinación y también con vinculaciones verticales de contenido, que realizan el valor ilación; la coexistencia de unidades independientes se desarrolla con relaciones horizontales de producción, que satisfacen el valor infalibilidad y con vinculaciones horizontales de contenido, que realizan el valor concordancia; la integración aumenta la coherencia en todos los frentes, y la desintegración se produce por carencias en todas las relaciones que destruyen la coherencia interna.

b) Dimensión sociológica

24. Las relaciones de aislamiento, de dominación y de desintegración son marcos para mayor realización de los repartos autoritarios y, en consecuencia, del valor poder. En cambio, las relaciones de coexistencia de unidades independientes y de integración son más afines a los repartos autónomos y al valor cooperación.

Las vinculaciones de coexistencia de unidades independientes y de integración son respectivamente y con diversa intensidad, afines a la ejemplaridad y al plan de gobierno en marcha, que ordenan los repartos realizando los valores solidaridad y previsibilidad. También la dominación se caracteriza por el predominio de una planificación. En cambio el aislamiento puede ser presentado sobre todo como falta de ejemplaridad y la desintegración significa ausencia de planificación gubernamental en marcha y de ejemplaridad.

c) Dimensión dikelógica

25. Los diferentes tipos de contactos de respuestas pueden ser comprendidos al hilo de los distintos tipos de relaciones entre valores, que pueden ser, "verticalmente", de contribución y de subversión o inversión, y "horizontalmente" de

integración o arrogación. El aislamiento y la desintegración son legítimos para evitar la arrogación o la inversión. La dominación sólo es legítima cuando sirve a una contribución axiológica, y la coexistencia de unidades independientes y la integración son -en diferentes grados- legitimadas por la integración valorativa y la contribución con valores superiores.

26. El aislamiento es una solución próxima a la justicia extraconsensual, con acepción (consideración) de personas, simétrica (por la dificultad para encontrar denominadores comunes), monologal, "espontánea" (sin contraprestación), "partial", sectorial, de "aislamiento", absoluta y referida a los particulares. La coexistencia de unidades independientes es más afín a la justicia consensual, sin acepción de personas, asimétrica, dialogal, conmutativa, "partial", integral, de participación, relativa y general. La dominación está más próxima a la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, monologal, espontánea, "partial", sectorial, de aislamiento o participación a favor del dominante y en contra del dominado, absoluta y particular. La integración es afín a la justicia consensual, sin acepción de personas, asimétrica, dialogal, espontánea, gubernamental, integral, de participación, relativa y general. Por su parte, la desintegración resulta más cercana a la justicia extraconsensual, con acepción de personas, simétrica, monologal, espontánea, "partial", sectorial, de aislamiento, absoluta y particular.

La coexistencia de unidades independientes y la integración son afines a la consensualidad, en tanto que el aislamiento, la dominación y la desintegración se relacionan más con la justicia extraconsensual. La coexistencia de unidades independientes y la integración están más cercanas a la justicia sin acepción (consideración) de personas y, en cambio, el aislamiento, la dominación y la desintegración están más próximos a la justicia con acepción de personas. La coexistencia de unidades independientes, la dominación y la integración tienen profundidad suficiente como para permitir más la justicia asimétrica, en tanto que el aislamiento y la desintegración deben limitarse más a la justicia simétrica. La coexistencia de unidades independientes y la integración se relacionan más con la pluralidad de razones de la justicia dialogal y, en cambio, el aislamiento, la dominación y la desintegración son más afines

a la justicia monologal. La coexistencia de unidades independientes resulta más cercana a la justicia con contraprestación, de carácter conmutativo, en tanto que el aislamiento, la dominación, la integración y la desintegración prescinden más de la relación de contraprestación y son, en consecuencia, más afines a la justicia "espontánea".

La integración y tal vez, de cierto modo, la desintegración, son afines a la justicia gubernamental, que proviene del conjunto, en tanto que el aislamiento, la coexistencia de unidades independientes, la dominación y de cierto modo la desintegración son "parciales". El aislamiento, la dominación y la desintegración se relacionan con la justicia sectorial, que tiene en cuenta sólo parte del todo y, en cambio, la coexistencia de unidades independientes y la integración se vinculan más con la justicia integral. El aislamiento, la desintegración y en cierto sentido la dominación están más próximos a la justicia de "aislamiento" en que las potencias e impotencias "se dividen", en tanto que la coexistencia de unidades independientes, la integración y de cierto modo la dominación se aproximan a la justicia de participación. El aislamiento, la dominación y la desintegración se vinculan más con la justicia absoluta y, en cambio, la coexistencia de unidades independientes y la integración están más cercanas a la justicia relativa. Por último, el aislamiento, la dominación y la desintegración se relacionan más con la justicia referida directamente a los particulares; en tanto que la coexistencia de unidades independientes y sobre todo la integración se vinculan más con la justicia general, que se dirige directamente al bien común.

27. Por su carácter autoritario la dominación y también -aunque con menos posibilidades de éxito- el aislamiento y la desintegración exigen que sus repartidores tengan más fundamentación aristocrática. Sin embargo la desintegración suele ser expresión de mera antiautonomía (carácter "de facto" en que falta legitimidad) en el seno del grupo. En cambio, la integración encuentra su más alto nivel cuando genera una propia aristocracia al hilo de los valores integradores. También puede reconocerse cierta afinidad de la integración y de la coexistencia de unidades independientes con la actividad creadora, en

tanto que el aislamiento, la dominación y la desintegración son más cercanos a la mera rutina.

28. El aislamiento, la coexistencia de unidades independientes, la integración y la desintegración pueden resultar -en diversos grados- fundados en el humanismo abstencionista. En cambio, la dominación puede apoyarse en el humanismo intervencionista. Como toda expresión de humanismo abstencionista, las manifestaciones del aislamiento, la coexistencia, la integración y la desintegración pueden extraviarse en el individualismo, y como toda expresión de humanismo intervencionista la dominación puede desviarse en el totalitarismo.

En cuanto a las exigencias del régimen humanista, el aislamiento y la desintegración se caracterizan, en diversos sentidos, por el especial vínculo con la unicidad; la dominación sacrifica la unicidad de los dominados en aras de la unicidad de los dominadores; la coexistencia de unidades independientes significa una fórmula de unicidad, igualdad y cierta comunidad, y la integración tiene también estos tres elementos relativamente equilibrados, pero con un orden de preferencia que puede ser comunidad, igualdad y unicidad.

ch) Horizonte de política general

29. El aislamiento, la dominación y la desintegración dependen -en diversos grados- de la política de seguridad, en tanto que la coexistencia de unidades independientes y la integración pueden desenvolverse al hilo de diversas ramas políticas que dependen más de la política de desarrollo axiológico, que denominamos genéricamente política educacional.

d) Horizonte histórico

30. La dominación, la integración y el aislamiento son más afines a la idea de cultura; la civilización tiende más a

la coexistencia de unidades independientes y la decadencia sue
le corresponder a fenómenos de desintegración.

IV. Hipótesis: los Estados Unidos de América, respu
ta de aislamiento, coexistencia e integración; Ar
gentina y en general América Latina, ejemplos de
dominación y desintegración.

a) Dimensión normológica

31. Creemos que las posibilidades desarrolladas en el punto III pueden servir para esclarecer el camino de la juridi
cidad americana, y en particular pensamos que puede partirse de la hipótesis de considerar a los Estados Unidos de América como respuesta que externamente recorrió las sendas del aisla
miento y la coexistencia, e internamente el camino de la inte
gración; en tanto que Argentina y quizás toda América Latina se
rían comprensibles, en lo externo, como respuestas de domina
ción, y en lo interno, como casos de desintegración (9).

(9) Sobre América Latina v. por ej. LAMBERT, Jacques, "Amérique Latine", 10a. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1968. América Latina motiva un interés creciente pero no siempre suficientemente profundo e imparcial (recientemente WALDMANN, Peter, "Ensayos sobre Política y Sociedad en América Latina", trad. Ernesto Garzón Valdés y Mónica Delacre de Waldmann, Barcelona/Caracas, Alfa, 1983). Acerca de la "vida autóctona" en Estados Unidos, v. por ej. ORTEGA y GASSET, José, "Sobre los Estados Unidos", en "Artículos (1931-1932)", en "Obras Completas", 5a.ed., Madrid, Revista de Occidente, t.IV, 1962, pág. 372. En relación con América en general es siempre significativo recordar las observaciones y "predicciones" de Hegel (v. HEGEL, G.W.F.; "Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal", trad. José Gaos, 2a.ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982, págs. 169 y ss.; también, en cuanto a "nuestra" América, v. FREI, Eduardo, "América Latina": Opción y Esperanza, Barce

Aunque la juridicidad "norteamericana" tuvo una fase "colonial", en que se formó sobre los fundamentos del Derecho anglosajón, la propia elaboración de su Constitución es una prueba de su capacidad de prescindir "autárquicamente" de los extraños. En cambio la juridicidad argentina, luego de la importante normatividad indiana, recibida en gran parte de la metrópoli, mostró, sobre todo en la constitución y la Codificación posterior, una fuerte tendencia a receptar modelos extranjeros.

En tanto la juridicidad norteamericana resolvió su prolongado problema de "fronteras" mediante la reproducción tempestuosa pero dinámica de su propio estilo básico de vida y la amplia integración de las nuevas soluciones, Argentina encaró su cuestión de "frontera" con normatividades que, si bien se originaron también en las aspiraciones de grupos dominantes de su propio seno, tuvieron carácter más estático y esclerosaron la "frontera", marginando a grupos que fueron total o parcialmente destruidos (10). Encuadrándose en las soluciones de desintegración, Argentina produjo "extranjeros" en su propio suelo que han recibido veladamente el tratamiento de tales. Pueden relacionarse, al respecto, la Codificación y el "llanto" del "Martín Fierro".

(Cont. (9)) Iona, Pomaire, 1977 e IMAZ, José Luis de, "Sobre la identidad Iberoamericana", Bs.As., Sudamericana, 1984

(10) Sobre "fronteras" v. por ej. BILLINGTON, Ray Allen, "Las Fronteras", en WOODWARD, C. van (comp.), "Historia comparada de los Estados Unidos", trad. Agustín Bárcena, México, Letras, 1971, esp. págs. 79 y ss.; LIPSET, Seymour M., "Novedad" de la Nueva Nación", en WOODWARD, op.cit., pág. 74; WOODWARD, C. van, "La Comparación como Prueba", en op. cit., pág. 362. Acerca de la transformación vertical y la expansión horizontal de la vida norteamericana, v. LERNER, Max, "Los Estados Unidos como civilización", trad. Aníbal Leal, Bs.As., Compañía General Fabril Editora, 1960, t.I, pág. 65. También puede v. EISENACH, Eldon J., "The American Revolution Made and Remembered", en "American Studies", Spring 1979, págs. 71 y ss.

Es posible que el desenvolvimiento más "autárquico" y dinámico de la juridicidad norteamericana se deba a su menor apego a las normas generales que, en cambio, fueron convirtiéndose, crecientemente, en una aspiración de la juridicidad argentina.

b) Dimensión sociológica

32. Creemos que, en concordancia con la hipótesis que hemos formulado precedentemente, la vida norteamericana partió de una solución externa de aislamiento, en que afirmó autoritariamente su independencia, pero luego fue incorporándose por vía de autonomía a una coexistencia de unidades independientes con otros espacios jurídicos. Incluso hay un creciente fenómeno de autoridad en su dominación de espacios externos. También en la esfera interna la amplia -aunque no total- integración se desarrolló sobre la autonomía. En cambio la vida argentina continuó las proyecciones españolas en un desarrollo de autoridad externa, que la colocó en situación de dependencia de sucesivos focos de dominación y en un despliegue interno de autoridad desintegradora (11).

La vida colonial norteamericana se desenvolvió con un

(11) Como lo comprendía Francisco García Calderón, América Latina busca aún su ubicación internacional. Acerca de la pregunta de América Latina o hemisferio americano v. GEORGE Pierre, "Panorama del mundo actual", trad. P. Bordonaba, Barcelona, Ariel, 1970. Para América Latina son especialmente significativas las amenazas externas -empresas y partidos trasnacionales, por ej. -e internas- regionalismos- que asedian a los Estados nacionales. (Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas trasnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 43, págs. 1 y ss.).

fuerte predominio de la espontaneidad interna. La independencia se logró con un aislamiento que quebrantó la ejemplaridad internacional, pero los tiempos siguientes fueron de coexistencia por ejemplaridad e incluso de una nueva planificación en marcha que ha colocado al espacio norteamericano como dominador. En la esfera interna la integración se logró también sobre la base de una fuerte ejemplaridad. En cambio, la vida argentina partió de una mayor planificación colonial no siempre en marcha y la planificación gubernamental ha sido además una aspiración creciente y poco exitosa de la vida posterior. Quizás uno de los factores que pueden explicar las diferencias entre la juridicidad estadounidense y la juridicidad argentina sea la mayor facilidad de las raíces inglesas, más apoyadas en la ejemplaridad, para dar vida a un nuevo espacio jurídico con impulso propio, y la menor posibilidad que al respecto brindan los orígenes coloniales hispánicos. Los Estados Unidos fueron hijos de empresas comerciales y Argentina y América Latina lo fueron sobre todo de la actividad militar ansiosa de tesoros y del empeño religioso (12). Quizás pueda decirse que el capitalismo creciente se relacionó con la coexistencia y la integración, en tanto que el no concluido feudalismo influye en la dominación y la desintegración (13).

(12) Sobre la vinculación del gobierno parlamentario en las colonias inglesas norteamericanas con las estructuras capitalistas de la colonización, v. por ej. JENSEN, Merrill, "La Fase Colonial", en WOODWARD, op.cit., págs. 30/31. Sin embargo, el desarrollo capitalista en Estados Unidos al tiempo de la Revolución era limitado (v. PALMER, R.P., "La Revolución", en WOODWARD, op.cit., pág. 56).

(13) Acerca de los caracteres de la colonización española, francesa e inglesa, v. por ej. HOCKET, H. Carey-SCHLESINGER, A. Meier, "Evolución política y social de los Estados Unidos", trad. J.A. Brusol, t.I, Bs.As., Kraft, 1954, págs. 7 y ss.; sobre el feudalismo en las colonias de España y Portugal y la falta de tradición feudal en las "norteamericanas", ver WOODWARD, C. van, "Comparación de la Historia de los Estados Unidos", en WOODWARD, op.cit., pág. 4; JENSEN, op.cit., págs. 23

La conciencia jurídica norteamericana corresponde con relativa nitidez al espíritu anglosajón; en tanto que la conciencia jurídica argentina se ha desenvuelto sobre la escisión de una cultura jurídica comunitarista, de raíces hispánicas tradicionales, y otra cultura de proyecciones francesa e inglesa (14).

c) Dimensión dikelógica

(Cont. (13)) y ss.; BILLINGTON, op.cit., págs. 79 y ss.; v. no obstante BAGU, Sergio, "Estructura social de la Colonia-Ensayo de Historia Comparada de América Latina", Bs.As., El Ateneo, 1952, pág. 43. La preocupación por la comprensión de las diversas regiones de América desde sus orígenes fue frecuente en el siglo XIX: cabe traer a colación al respecto, porej., los nombres de Bello, Alberdi y Sarmiento. V., así, ALBERDI, Juan Bautista, "Peregrinación de Luz del Día en América - Viaje y aventuras de la Verdad en el Nuevo Mundo", en "Obras Escogidas", t. V, Bs.As., Luz del Día, 1953, págs. 131 y ss.; "Discurso pronunciado el día de la apertura del Salón Literario", en "Obras..." cit., t.v, págs. 53 y ss.; "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", en "Obras..." cit., t.I, Bs.As., Luz del Día, 1952, págs. 9 y ss.; "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853", en "Obras..." cit., t.IV, Bs.As., Luz de Día, 1954, págs. 1 y ss., etc.; SARMIENTO, "Ambas Américas" (original y recop.), en "Obras Completas de Sarmiento", t.XXIX, Bs. As., Luz del Día, 1952, esp. págs. 247 y ss.; "Conflicto y armonías de las razas en América", en "Obras..." cit., ts. XXXVII y XXXVIII, Bs.As., Luz del Día, 1953, etc. También v. HOFSTADTER, Richard-MILLER, William-AARON, Daniel, "The American Republic", t. I, 8a.ed., Prentice-Hall, 1965, págs. 14 y ss.

(14) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Univ. de Bs. As.", publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.

33. Los Estados Unidos y Argentina son todavía hoy he rederos de las tablas de valores que recibieron de sus raíces en el mundo "viejo" (15). En los Estados Unidos el valor utilidad fue el principal motivo de su primitivo aislamiento, de su co existencia con otras unidades y de su integración interna; pero a veces esa utilidad se ha arrogado el material estimativo de otros valores, e incluso se ha subvertido contra la humanidad. En cambio, en Argentina hay una larga historia de subversión del poder y el orden contra la justicia y también de inversión de este valor contra el poder y el orden, como asimismo de arrogación del material estimativo de la utilidad por la justicia; todo lo cual significa en definitiva subversión contra la humanidad y contribuye a explicar la dominación externa e interna. Asimismo, la presencia de tablas de valores en con flicto, que terminan falsificándose recíprocamente, explica nuestra desintegración interna.

Pese a un período de aislamiento, o sea de justicia ex traconsensual, con acepción de personas, simétrica, monologal, espontánea, "partial", sectorial, de "aislamiento", absoluta y referida a los particulares, los Estados Unidos han desarrolla do con éxito, en la esfera internacional, la coexistencia de u nidades independientes y, en la esfera interna, una significativa integración, que se apoyan en la justicia consensual, sin acepción de personas, asimétrica, dialogal, integral, de parti cipación, relativa y general. En cuanto coexistencia imperan la justicia conmutativa y "partial" y, en cambio, como integra ción predominan la justicia espontánea y gubernamental.

Los Estados Unidos fraccionaron con especial energía las raíces del pasado y constituyen, aún hoy, una sociedad fuer temente "futuriza". En cambio, Argentina es todavía en nuestro tiempo un país con su pasado "no resuelto", con dos "historias"

(15) Los Estados Unidos fueron un "laboratorio para los conceptos dieciochistas" (GRAY, Peter, "El Renacimiento del Siglo XVIII", en WOODWARD, op.cit., pág. 44). América Latina ha intentado asimilarlos muy dificultosamente.

en conflicto, que lo vinculan a una dependencia del pretérito o el exterior.

34. Desde el punto de vista del contenido de la justicia, los Estados Unidos parecen haber dejado marco a la formación de una aristocracia más espontánea, que es el punto culminante de su integración, y esa aristocracia tiene bases más democráticas y más fácil complementación con la democracia. Tocqueville creyó que la igualdad de condiciones era el hecho generador de todos los rasgos particulares de la sociedad norteamericana y, pese a que la realidad muestra muy significativas diferencias de clases, la creencia en esa igualdad es aún hoy un rasgo fundamental de la idiosincrasia estadounidense (16). En cambio, quizás Argentina haya intentado desarrollar -con menos intensidad que otros países latinoamericanos- una aristocracia más planificada y sobre todo más "artificial". Aunque con profundas limitaciones materialistas, la vida norteamericana ha dejado más posibilidades a la actividad creadora, en tanto que la existencia argentina no puede evitar la creciente caída en la rutina. Uno de los problemas fundamentales de la vida americana es, en general, la posibilidad y en su caso el deber de originalidad de su cultura (17). Quizás ese problema sea especialmente intenso en países como Argentina.

35. Los Estados Unidos han practicado más el humanismo abstencionista, afín a la coexistencia y a la integración, en tanto que Argentina ha desarrollado un humanismo más inter-

(16) Puede v. TOCQUEVILLE, op.cit., págs. 27 y ss.

(17) América -sobre todo América Latina- debe seguir el camino de Europa en su capacidad de ser original (v. ZEA, Leopoldo, "América en la historia", México, Fondo de Cultura E co n o m i c a, 1957, pág. 13).

vencionista. En la vida estadounidense se ha puesto especial énfasis en el respeto a la unicidad, permitiendo que cada individiduo promueva su propio mejoramiento; en cambio Argentina ha procurado -muchas veces sin éxito- satisfacer sólo la unicidad de ciertos grupos. Creemos que Argentina ha desarrollado, en cambio, más intensamente la comprensión de la igualdad y, aunque en los hechos la comunidad ("res publica") norteamericana funciona mejor, nos parece que la conciencia comunitaria es todavía mucho más intensa en algunos sectores de la sociedad argentina.

Los Estados Unidos han puesto especial énfasis en la protección del individuo contra el régimen, en tanto que Argentina ha desarrollado más el amparo contra los demás individuos. Aunque indirectamente, Estados Unidos ha tenido más éxito en la protección frente a "lo demás" (miseria, ignorancia, etc.); en cambio Argentina ha tenido un resultado relativamente menor al respecto, pero ampara más contra el propio individuo.

Argentina y América Latina en general no han contado con posibilidades temporales de maduración semejantes a las de Europa Occidental, y al ser evaluadas con los criterios que se aplican para la "desarrollada" sociedad europea pueden ser víctimas de una gran injusticia. Argentina y América Latina deben asimilar las conquistas dikológicas de Europa Occidental adaptándolas a sus propias situaciones, pero hacen frente al riesgo de formar parte de la legión de débiles incomprensidos de nuestro tiempo. Es obvio que entre la incomprensión y la opresión hay influencias recíprocas. Argentina y América Latina figuran en nuestro tiempo entre los grandes necesitados de verdadero resguardo, pero toda verdadera protección tiene como última garantía el amparo de sí mismo. Una de las vías más profundas para la autoprotección es la filosofía del Derecho.

ch) Horizonte de política general

36. La rama política que caracteriza más la vida norteamericana es la política económica, aunque sobre todo el hilo de ella ha desarrollado una importante política de seguridad. En cambio, Argentina tiene menos especialidad en su orienti

tación convivencial, con más papel protagónico de la política jurídica, y en los últimos tiempos ha mostrado una mayor actuación de la política de seguridad.

37. Desde la perspectiva de las "etapas" sansimonianas, los Estados Unidos evidencia en gran medida -como lo ha mostrado Gurvitch- la realización del régimen "industrial" o sea el logro de la fase "positiva". Es más: Gurvitch puntualiza que el movimiento de la "Managerial Revolution" de Burnham está completamente imbuido de sansimonismo (18). En cambio, quizás Argentina -y tal vez más muchos otros países de América Latina- permanece debatiéndose entre las fases teológica y "crítica" o metafísica (19). Saint-Simon observaría, quizás, que Argentina pretende tener un gobierno industrial sin lograr dejar de ser una nación feudal (20), y esto no es normalmente posible. Queda, sin embargo, por reconocer que -como lo advirtió el propio Saint-Simon- una sociedad "industrial" puede tener grandes limitaciones desde el punto de vista moral.

d) Horizonte histórico

38. Los Estados Unidos desarrollaron un estido de vida de cultura que -pese a la civilizante influencia anglosajona- nos parece aún subsistente, en un rasgo que los diferencia de la civilización con ciertos caracteres de decadencia que a

(18) GURVITCH, Georges, "Los fundadores franceses de la sociología contemporánea: Saint-Simon y Proudhon", Trad. A. Goutman y N. Sito, Bs.As., Nueva Visión, 1970, pág. 12.

(19) SAINT-SIMON, "Catecismo político de los industriales", trad. Luis David de los Arcos, 2a.ed., en B.I.F., Bs. As., Aguilar, 1964, por ej. págs. 119/120 y 134/135.

(20) íd., págs. 77 y ss.

veces se presenta en Europa Occidental. Ese estilo de cultura con rasgos de civilización explica su aislamiento inicial, su relativa coexistencia internacional frecuentemente dominante y su integración interna. Argentina -a semejanza de algunos otros países latinoamericanos y a diferencia de otros- desarrolló una cultura que fue cubierta con una civilización trasplantada, sobre todo a fines del siglo XIX, y ahora parece estar en una situación conflictiva, con rasgos culturales relativamente esclerosados que sobreviven, una nueva incorporación civilizante de origen europeo y ciertos caracteres de decadencia (21).

(21) Creemos que, también en el panorama de las doctrinas jusfilosóficas, Argentina cuenta -en este caso a semejanza de lo que ocurre en muchos otros países-, con representantes de orientaciones diferentes con diversos caracteres: el tomismo es una manifestación de "cultura", y la orientación analítica, -que impera, por ejemplo, en Europa, entre otras causas por el deseo de detener todo renacimiento de culturas autoritarias y para evitar discusiones "de fondo"- es una manifestación de civilización. La egología ocupa un lugar intermedio entre la cultura y la civilización, quizás -siempre doctrinariamente- más próximo a la primera.

Uno de los grandes interrogantes de la "prospectiva" jusfilosófica actual es, precisamente, establecer en qué medida una orientación como la analítica, relacionada tan claramente con la circunstancia cultural europea actual, puede penetrar y sobre todo satisfacer las necesidades, en la cultura americana.

El trialismo resulta -a nuestro parecer- la expresión más "perenne" de la jusfilosofía argentina, idónea para la integración de su convivencia y para su asunción del curso de la temporalidad jurídica.

Desde otra perspectiva, nos parece significativo destacar que, por lo menos hasta ahora, América, y sobre todo América Latina, no se muestran tan impregnadas por la preocupación por los derechos humanos, que parece ser -sobre todo desde las

V. Horizonte general de Derecho Comparado

39. El "vacío" que Europa consideró existente en América significó el comienzo de una expansión creciente de la "familia" jurídica Occidental -con sus "subfamilias" anglosajona y "continental"- sobre diversos "espacios" jurídicos, que resistieron a su influencia en diferentes grados. Se trata de un "momento" de un largo ciclo cuyas partes deben diferenciarse -distinguiendo, por ejemplo, la influencia europea en América, en el Extremo Oriente o en Africa Negra- pero, también, idóneas para esclarecerse entre sí. América es, a nuestro parecer -sea dentro de la "subfamilia" anglosajona o la continental- una parte claramente identificable de la "familia" Occidental. Su formación jurídica es uno de los acontecimientos más dramáticos de la vida del Derecho de Occidente. Las diversidades jurídicas que corresponden en líneas generales al Atlántico y al río Grande o Bravo del Norte, son ejemplos claros de las diferencias que existen entre espacio geográfico y espacialidad jurídica.

Estas cuestiones pertenecen a uno de los interrogantes que puede contribuir a resolver nuestra investigación: el de la ubicación jurídica de América en Occidente y en el mundo.

Creemos que queda a la Filosofía del Derecho acentuar su aporte para desarrollar la humanidad en y desde la situación americana.

(Cont. (21)) circunstancias de Europa Occidental- el "ethos" de nuestro tiempo (puede ver al respecto, por ejemplo; BRUGGER, Winfried, "Max Weber and human rights as the ethos of the modern era", en "Philosophy & Social Criticism", vol. 9, N° 3/4, págs. 257 y ss.; también: "Social Philosophy & Policy", vol. 1, N° 2, spring 1984, "Human Rights"; "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", vol. LXX, N° 3; "Anuario de Derechos Humanos", Universidad Complutense, etc.).

CULTURA Y SISTEMA JURIDICO
(Perspectiva trialista del Código de Hammurabi)

Diego José COLOMINO (.)

Sumario:

I. INTRODUCCION

- a) Marco cultural y derecho.
- b) El reino de Babilonia y el "Código de Hammurabi".

II. ANALISIS TRIALISTA

a) Dimensión normológica

- a.) El ordenamiento normativo en general.
 - 1.) Análisis estructural.
 - 2.) Código o recopilación?
- a..) De las materias en particular.
 - 1..) Derecho Administrativo y Derecho Económico.
 - 2..) Derecho Penal.
 - 3..) Derecho privado patrimonial.
 - a) De las obligaciones civiles y comerciales.
 - a.) Compraventa; b.) Arrendamiento; c.) Locación de servicios; d.) Depósito; e.) Mutuo; f.) Transporte; g.) Sociedades comerciales; h.) Cesión de derechos.
 - b) De los derechos reales.
 - 4..) Derecho de familia y sucesiones

b) Dimensión sociológica

- a.) Los repartos aislados.
- b.) El orden de repartos.

c) Dimensión dikelógica

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

- a.) Justicia, utilidad y otros valores del mundo político.
- b.) La justicia de las distribuciones.
- c.) Los otros valores del mundo jurídico.
- d.) Las clases de justicia.

I. Introducción

a) Marco cultural y derecho

Por razones metodológicas corresponde en primer lugar precisar las notas características de lo que hemos de entender como "civilización o cultura abierta" y "civilización o cultura cerrada".

En tal sentido seguiremos la hipótesis ensayada por Jacques Pirenne (1) según la cual desde los tiempos más remotos la humanidad desarrolla dos tipos de civilizaciones o culturas. La de los pueblos replegados en sí mismos y la de las comunidades abiertas decididamente al mundo exterior. La distinción se construye caracterizando a las primeras por ser comunidades con mercados cerrados, basadas desde el punto de vista de la producción en la actividad agrícola casi exclusivamente, donde la propiedad de la tierra (principal medio de producción) constituye la fuente de la autoridad sobre el resto del grupo. Se conforma sobre tales presupuestos toda una estructura socio política que conocemos como "estado feudal", "latifundista" o "señorial".

Como contrapartida, se desarrolla otro sistema económico signado por el contacto marítimo de la comunidad, contacto que conduce a la apertura del sistema productivo, a la su-

(1) "Historia Universal", trad. de 4ta. edic. francesa por J. Fontanilla y M. Támara, México, ed. Cumbre SA, 1978, t. VIII, p.xii y ss.

peración del monopolio agrícola debido a la alternativa mercantil y al debilitamiento del poder emanado de la propiedad de la tierra. El comercio se convierte en ellas en un elemento dinamizador de las manifestaciones superestructurales (costumbres, derecho, filosofía, etc.).

Más gráficamente, respondiendo a la llamada del mar, los campesinos se convierten en pescadores, piratas o mercaderes, y este nuevo o diferente modo de ganarse la vida traduce su impronta en el pensamiento, en el derecho, y hasta en los mismos criterios orientadores de la comunidad (2). Para "dedicarse al comercio es preciso poder desplazarse con libertad, disponer de la propia persona, no depender de nadie, poseer bienes propios y contar con ciertos medios de fortuna" (3). Además, como para poder comprar hace falta vender, la vivencia del cambio y la transacción desarrolla el sentido de la utilidad bajo la empírica insinuación de la diferencia, con lo cual aquel valor se sobrepone y sustituye (4) a los que resultaban a fines a la estructura económica cerrada. No cabe duda que el afán de lucro que se despierta y estimula a partir de esta práctica comienza a imponer un sello individualista a las relaciones, una propuesta más egoísta que termina por debilitar la solidaridad del grupo familiar y la piramidal estructura social característica de la comunidad "señorial".

Volviendo a Pirenne: "La economía cerrada es substituída por una economía comercial en la que se produce, no solamente para el consumo propio, sino también para vender, y a la solidaridad impuesta por la tierra se le añade la noción de lo

(2) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de filosofía jurídica y filosofía política", Rosario, Fundación para las Investigaciones jurídicas, 1984, t. II, p. 63.

(3) PIRENNE, J. op. cit., p. xiii.

(4) CIURO CALDANI, Miguel Angel, op.cit., p. 16 y ss.

provechoso. La necesidad obliga a dar al derecho un carácter individualista" (5).

Tal parece haber sido en síntesis, el orden económico, social y político que predominó en las ciudades nilóticas, sumerias, asirias, cretenses, egeas, fenicias y griegas de la antigüedad. Y siguiendo la constante histórica ha sido también el esquema bajo el cual se habrían desarrollado las ciudades rusas de los siglos IX a XI de nuestra era, más tarde las ciudades italianas, las comunidades flamencas, españolas, francesas inglesas y alemanas de los siglos XI a XV. En todas partes, estas ciudades o colonias de mercaderes constituyen, en medio de la población agrícola que vive bajo el derecho feudal auténticos islotes de derecho individualista, donde la libertad sustituye al servilismo y el individuo al grupo familiar.

A nuestro entender la hipótesis del historiador galo es perfectamente aceptable en tanto queden aclarados los siguientes puntos. Que el mentado carácter individualista afín al sistema jurídico de las civilizaciones marítimas no es sólo un producto del contorno físico (contacto marítimo o ubicación estratégica mediterránea), ni mucho menos un efecto inmediato del mismo. La causa inmediata y directa de uno u otro sistema (individualista o supraindividualista) se integra además, por el modo en que la comunidad produce sus bienes, lo cual por su puesto no importa desconocer los efectos que sobre él ha de ejercer el contorno físico. La solidaridad que Pirenne encuentra como constante de las comunidades mediterráneas se halla de terminada por la producción agrícola sólo ejecutable en las economías primitivas de manera colectiva. Ello imponía una comu nidad de trabajo cuyo modo más directo de integración era el grupo familiar, y da como resultado una estructura doméstica con vínculos más intensos y estables. Toynbee (6) ha señalado

(5) PIRENNE, J. op.cit., p.xiv.

(6) TOYNBEE, Arnold, "La Historia. Los grandes movimientos de la historia a través del tiempo, las civilizaciones

que los primeros sistemas de regadío exigieron un nivel de cooperación, solidaridad y coacción social jamás alcanzado con anterioridad, modificando con carácter permanente las relaciones de los hombres entre sí y con su contorno físico. Pues bien, tal grado de coacción no había tenido lugar precisamente en la estructura del cazador anterior al "Neolítico".

Por otra parte, la apertura al mundo exterior que suele caracterizar a determinadas culturas obedece a la fuerza expansiva que se genera en ellas a raíz del descubrimiento o experimentación de nuevas técnicas de producción. Concretamente muchas de las civilizaciones abiertas de la historia antigua y que tomaron la delantera respecto a otras, debieron su aceleración al conocimiento que tomaron sobre la fundición y laboreo de ciertos metales o aleaciones más simples. El laboreo del hierro por ejemplo, metal que se encontraba en mayores cantidades que el cobre, trajo consigo una profunda transformación económica. "Este material democrático proveyó de herramientas más eficientes al artesano, de materiales de construcción más fuertes al constructor de naves, de mejores implementos al campesino; dio un ímpetu poderoso a las fuerzas productivas de la industria y la agricultura" (7) saturando así los mercados interiores cerrados, lo que determinó la salida marítima o fluvial. Estas innovaciones o adelantos técnicos crearon nuevas fuerzas sociales, y significó con el tiempo una reorganización de la comunidad. La esclavitud patriarcal de la Mesopotamia y Egipto es suplantada en gran medida con la esclavitud comercial, y al poder de los terratenientes se opone el poder de la clase mercantil asentada en los centros urbanos (8).

(Cont. (6)) y las religiones", trad. Vicente Villacampa, Barcelona, Ed. Cayfosa, 1975, p. 47 y ss.

(7) NOVACK, George, "Los orígenes del materialismo", trad. Alba Naiman, Bs. As., Ed. Pluma, 1975, p. 57.

(8) Ibidem, p. 58.

b) El reino de Babilonia y el "Código de Hammurabi"

Calificado el reino de Babilonia por Pirenne como "civilización o cultura marítima", el análisis del famoso "Código de Hammurabi" y la reconstrucción del régimen jurídico permitirá ratificar o negar la aludida correspondencia entre civilización abierta y sistemas jurídicos individualistas.

El marco histórico, señala efectivamente que la formación del reino fue resultado de la unificación del mapa mesopotámico bajo el poder de Babilonia, tarea que concluyó en el reinado de Hammurabi, sexto rey de la dinastía amorrea. La empresa consistió en unificar bajo la autoridad monárquica a las ciudades sumerias y al Accad señorial feudal y terrateniente. Parece sin embargo que la impronta jurídica del imperio unificado habría de provenir de las primeras, comunidades en las que desde el tercer milenio se venía practicando el préstamo con interés, el depósito, la asociación con fines mercantiles, y una rudimentaria organización bancaria que había ensayando mecanismos de pago y crédito semejantes a la letra de cambio.

En este contexto, por el año cuarenta de su reinado Hammurabi promulgó un conjunto de leyes que para su mejor conocimiento mandó grabar en estelas de piedra y repartirlas por las capitales de su imperio. Las mismas venían a sancionar en parte la jurisprudencia anterior, fundamentalmente las señaladas prácticas y leyes de las ciudades sumerias. Fueron en parte modificadas y actualizadas para ajustarlas a las características de su Imperio, formado por elementos humanos y culturales muy diversos. Tal lo que conocemos como "Código de Hammurabi". Como lo adelantamos, trataremos de comprobar tomando como piedra de toque esta legislación, si la extensión de la economía mercantil provoca la evolución individualista del derecho.

II. Análisis trialista

a) Dimensión normológica

a.) El ordenamiento normativo en general

1.) Análisis estructural

El Código de Hammurabi ha seguido una estructura tripartita, rasgo común a las legislaciones sumerias y acacias que le precedieron. En la primera parte o "prólogo" se realiza un acabado relato de las campañas militares del rey legislador, como así también de todas las ventajas que su reinado significa para las ciudades sometidas a la unificación. Viene luego la parte dispositiva propiamente dicha, la cual ha sido dividida por los estudiosos en doscientos ochenta y dos artículos; y cierra al código, un "epílogo" que constituye toda una argumentación tendiente a justificar lo relatado en el prólogo. Contiene además una serie de exhortaciones llamando al cumplimiento de sus directivas, insinuando el escarmiento a que se exponen quienes lo desobedezcan.

2.) Código o recopilación?

Desde el punto de vista literal, la legislación hammurabiana está muy lejos de conformar un verdadero código. La estela, en realidad sólo nos aporta un cuadro incompleto del derecho babilónico, y su carácter meramente compilatorio queda claramente reflejado en la serie de contradicciones, secuencias oscuras o lagunas que se aprecian a lo largo de su articulado. Sin embargo, en tanto el mismo código dejaba a la jurisprudencia el llenado de tales vacíos, el ordenamiento pasaba a funcionar como un genuino sistema jurídico.

a..) De las materias en particular

1..) Derecho Administrativo y Derecho Económico.

No es arriesgado afirmar que el arco superior del ordenamiento babilónico se integra por normas consideradas como propias del Derecho Administrativo, y otras no menos importantes, que por su inmediata ingerencia en la actividad económica de los particulares, podrían ubicarse dentro del ámbito del Derecho Económico.

Corresponde aclarar sin embargo que la fuente formal

del Derecho Administrativo no se agota en el Código de Hammurabi, sino que la misma se complementa con ordenanzas reales y edictos que suplían los vacíos de la recopilación.

La importancia de la materia se debe a que la política de unificación y centralización llevada a cabo por Hammurabi debió valerse de un aparato administrativo estructurado verticalmente en el que se advierten dos sectores bien marcados. Por un lado, el funcionariado propiamente dicho, y por el otro la existencia de tropas en permanente estado de servicio militar para mantener y controlar la paz interior y realizar las campañas exteriores.

El primer segmento se hizo necesario en tanto la política de unificación se basó en la eliminación de los príncipes locales y regionales, sustituyendo con funcionarios designados por el rey las estructuras político administrativas de los anacrónicos estados "señoriales". Desplazamiento que Pirenne describe con estas palabras: "El país fue dividido en distritos bajo la férula de gobernadores reales; todos los poderes hereditarios desaparecieron en la parte señorial del país, ante el funcionarismo; ..." (9). Así por lo menos ocurrió en las ciudades-estados de Súmer y Akkad, situación sin embargo a la que no se allanaron totalmente la región Este y Norte, donde el rey tuvo que tolerar la permanencia de los príncipes locales, aunque como vasallos suyos.

El funcionamiento de la pirámide administrativa se encontraba supervisado por un primer ministro (isaku) que controlaba una compleja burocracia en la que se escalonan, vicarios, gobernadores, alcaldes, funcionarios, etc. El gobernador ha sido la persona más importante después del rey, y vino a sustituir como ya afirmamos la figura de los príncipes locales. Eran los representantes del rey con amplísimas atribuciones de orden administrativo y jurídico. A este funcionario alude el artículo 23 cuando establece que si el perjudicado por un delito no

(9) PIRENNE, Jacques, op. cit., t.I, p. 34.

consigue reparación del bandido, la ciudad y el "gobernador" en cuyo territorio y jurisdicción se cometió el bandidaje, le compensarán de su propiedad perdida.

No menos protagónica ha sido la figura del "recaudador de impuestos". La importancia que para la corona tenían estos funcionarios estaba dada por el meticuloso control catastral que llevaban de las propiedades privadas del reino sujetas a determinados tributos. Pero a ello hay que sumar otro factor que provocaba el sobredimensionamiento de la administración pública. Tanto la labor de estos funcionarios como la de la clase militar era recompensada por el estado mediante la entrega de inmuebles, "feudos" o "parcelas" que eran explotadas bajo una estructura semejante al "colonato" y de cuya producción el rey obtenía un porcentaje. Tal circunstancia redoblabla la necesidad de control administrativo engrosando la pirámide burocrática.

No es casual entonces que el código contenga expresas disposiciones tendientes a salvaguardar esta estructura económica administrativa:

"El campo, el huerto y la casa de un oficial, de un especialista (militar) o de un recaudador de impuestos no pueden ser vendidos" (art. 36);

y,

"Si un señor ha comprado el campo, el huerto o la casa de un oficial,..., o de un recaudador de impuestos su tablilla (contractual) será rota y perderá su plata. Campo, huerta o casa volverán a su dueño". (art. 37).

Y el artículo siguiente vuelve juntamente con el número 41 a consagrar la inalienabilidad de la propiedad del rey.

El vertebrado aparato administrativo se consolidaba en virtud de la sobreprotección que el derecho penal brindaba a los bienes del dominio público en relación a la propiedad privada. Signos elocuentes de ello son los artículos 6 y 7.

Pero también se vio engrosado el aparato administrativo desde el momento en que la política de Hammurabi se inclinó por la sustitución de los antiguos funcionarios sacerdotales,

por magistrados y jueces nombrados por él mismo, desplazando de tal modo la presencia del clero, el cual hasta entonces había disfrutado de las prerrogativas de administrar justicia.

Por último en la franja de penumbra que separa el Derecho Administrativo del Derecho Económico se encuentran numerosas normas que denotan la ingerencia del gobernante en la actividad de los particulares, preferentemente la actividad económica. Cabría aludir en primer lugar al famoso "Edicto de Ammisaduqa", que, aunque anterior al reinado de Hammurabi representa un modelo bastante fiel al que éste hubo sancionado en el año dos de su reinado. Por medio de disposiciones de su estilo, se realizaba periódicamente un reordenamiento o redistribución de la riqueza social a fin de impedir una excesiva acumulación en pocas manos. De los preceptos conocidos del aludido edicto, los mismos se refieren; anulación de deudas privadas provenientes de préstamos, anulación de impuestos retrasados que algunos funcionarios adeudaban; prohibición a los funcionarios de obligar a los feudatarios a realizar trabajos a cambio de anticipos de jornal; renuncia del rey a cobrar los retrasos de gabelas, etc.

Pero además, el código contiene numerosas normas en las que el gobernante fija el valor de los servicios, salarios, renta del capital, etc. El artículo 88 fija el monto del interés que ha de percibir un mercader por el préstamo de grano o plata. El artículo 90 establece una sanción (pérdida del capital) para el mercader que "haya aumentado el interés más allá de un sexto de ciclo,...". El artículo 121 establece lo que se ha de pagar por el depósito de cereal en un granero. En el artículo 215 se fija el precio del servicio de un médico. El 224 lo hace con el del veterinario. El 228 lo establece para los albañiles, el 234 para el barquero, el 257 el jornal de un cultívador, el 258 el salario de un vaquero. Por último el artículo 274 refiere una larga lista de remuneraciones por prestación de servicios (artesanos, ladrilleros, tejedor, grabador de sellos, fabricante de arcos, metalista, carpintero, guarnicionero, cestero, constructor, etc.).

Además, en la medida en que los templos y palacios fueron acumulando grandes masas de riquezas, el estado se convirtió en un instrumento regulador de la economía a través de cré

ditos y condonaciones de deudas. Ello parece haber agregado un nuevo sector administrativo encargado del control, registro y percepción de remesas.

Esta situación de la civilización babilónica explica la evolución anotada por Pirenne para quien la excesiva pujanza del estado y "el desarrollo exagerado de su administración, le condujeron a un doble peligro; por una parte al acrecentamiento del fisco, que absorbe todos los recursos del país para ponerlos a disposición del Estado que, a su vez, los inmoviliza, y por otra, a la formación de una oligarquía administrativa que, acaparando el poder..." (10) termina por anular el derecho individualista y somete al país a una nueva jerarquía social.

2..) Derecho Penal.

Para determinar la punibilidad, lo mismo que para la responsabilidad patrimonial por daños, se tenía en cuenta no sólo la acción sino también el daño producido y la intencionalidad del sujeto. Para ser imputable un delito, éste debía ser cometido concientemente. Lo que conocemos como caso fortuito (lo casual y la fuerza mayor) no eran punibles. Este era un rasgo que recepcionó Hammurabi de las ciudades sumerias, para quienes el rey Shulgi había promulgado un código que marcaba un estado avanzado del derecho, fijando ya para la materia del derecho privado la responsabilidad subjetiva.

En el prólogo se proclama el principio de la competencia penal del estado por cuanto Hammurabi ha sido "señalado para proclamar el derecho en el país, para destruir al malvado y al perverso, para impedir que el fuerte oprimiera al débil..", Es además el "que hace prevalecer la ley", el "encargado de administrar justicia a las gentes", etc.

(10) PIRENNE, J., op.cit., t. VIII, p. xviii.

Tales rasgos evolutivos contrastan sin embargo con la existencia de la venganza de sangre o posibilidad que tenía la víctima de castigar por su cuenta al ofensor. Las penas resultan excesivamente duras. Muchas de ellas están destinadas a asegurar el cumplimiento de los contratos, o castigar falsas dclaraciones en procesos de contenido patrimonial (art. 4).

La propiedad del esclavo se encuentra protegida con dureza extrema. Está prevista la pena de muerte para quien pren-
diendo en campo abierto un esclavo ajeno, lo retiene en su ca-
sa (art. 19). A quien "abre brecha en una casa, delante de la
brecha se le matará y se le colgará" (art. 21). La comisión de
hurto calamitoso significaba la muerte por fuego (art. 25).

No es casual que sorprenda a Pirenne la existencia de
"un derecho penal cuyo arcaísmo pasma si pensamos en la per-
fección de las nociones jurídicas que se propone proteger (11).

3..) Derecho privado patrimonial.

a) De las obligaciones civiles y co- merciales.

La fuente formal refleja una vida contractual bastan-
te intensa. Hammurabi se ha preocupado en regular todo lo ati-
nente a la formalización, cumplimiento y consecuencias del in-
cumplimiento contractual. Para concluir un negocio jurídico vá-
lido era imprescindible la voluntad de las partes y luego la
formación de un documento sin el cual el contrato no era per-
fecto.

La variedad de contratos regulados constituyen un sig-
no elocuente acerca de la importancia del acuerdo en la circu-
lación de los bienes. Se encuentran previstas las siguientes
figuras:

(11) PIRENNE, J., op.cit., t. I, p. 35.

a.) Compraventa. Este contrato que en un principio se concebía sólo como operación de contado fue su friendo una metamorfosis muy particular para terminar en la venta a crédito. En efecto, siendo lo usual la operación de contado, para el supuesto en que el comprador no contaba con el precio, se procedía por un complejo mecanismo a realizar un contrato de préstamo o depósito en el que el precio de la compraventa se suponía paga do y devuelto al comprador a título de préstamo o de depósito por el vendedor. La responsabilidad del vendedor por evicción se encuentra expresamente prevista en el artículo 279: "Si un señor ha comprado un esclavo o una esclava y sobreviene después una reclamación, su vendedor deberá hacer frente a la reclamación". Objeto de la compraventa podían serlo la más varia da clase de bienes, muebles e inmuebles, y también bienes futuros (el artículo 49 prevé un caso particular de venta de cosecha futura).

b.) Arrendamiento. Esta variante contractual parece haber sido uno de los medios más usados para acceder al aprovechamiento de bienes de terceros. La figura está prevista para obtener el uso y goce de la más variada clase de bienes; huertos, casas, predios rústicos, esclavos, animales, carruajes, barcos y construcciones. Podían arrendarse tierras ya cultivadas (art. 42 y 43) o un "campo sin cultivar a fin de ponerlo en producción..." (art. 44), supuesto en que el contrato pasaba a ser trienal. Las casas se arrendaban por período de un año o plazos más cortos a tenor de lo dispuesto en el artículo 78. También se alquilaban graneros o depósitos para cereales, animales para labranza y trilla (art. 268, 269, y ss.). Se regula el arrendamiento de un carruaje con los animales de tiro (art. 271), etc.

c.) Locación de servicios. No obstante la existencia de mano de obra esclava, la ausencia de relaciones "feudales" habría provocado una gran demanda de servicios personales de terceros. Diferentes servicios de otras tantas profesiones quedaban reguladas en el código, en el que se fijaba el importe económico de los mismos. Es significativo el arrendamiento de los servicios de los médicos, veterinarios y arquitectos. Pero también se encuentra establecida la remuneración del barquero (art. 234 y 239), de un cultivador (art. 261), de un cultivador (art. 257). El artículo 273 establece que "Si un señor ha alquilado un peón, desde el principio del año has-

ta el quinto mes, le dará por día...". Por último el artículo 274 fija la retribución o salario correspondiente a numerosas actividades.

d.) Depósito. El código se ocupaba de regular el depósito corriente o voluntario, resultado de la libre determinación de las partes. Tenía por objeto la entrega en custodia de plata, oro, cereales, esclavos o animales a cambio de un precio estipulado. La responsabilidad del depositario era bastante amplia, pues respondía de los daños de todo lo depositado, ocasionado por terceros, así como del daño producido por negligencia o culpa propia, incluso si se hubiesen sus propios bienes juntos con los depositados.

En esta figura se refleja también la dureza punitiva para el supuesto en que el depositario negare el depósito, caso en el que debía reintegrar el doble de lo que recibió.

e.) Mutuo. Era uno de los contratos más comunes. Parece ser que la comunidad babilónica tenía excedentes de capitales acumulados tanto en manos de particulares como del mismo estado. Requeridos a la vez por los agricultores y comerciantes, el mutuo oneroso (por lo general) pasaba a ser el instrumento que ponía a su alcance, dinero (plata), cereales, ladrillos, etc. Tal ha sido la importancia del préstamo que la sociedad gestó todo un sector dedicado casi exclusivamente al otorgamiento de créditos en dinero. Estos eran los mercaderes (*damqarum*), cuya actividad se ocupan de regular los artículos 49, 50, 51, 52, 66, 71, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, etc.

f.) Transporte. Otro contrato que se corresponde a una economía abierta es el que nos ocupa. Y el código también lo regulaba. Y también se advierte la dureza con que se penalizaba la deslealtad o incumplimiento del transportista, pues, si una persona confiaba en el curso de un viaje a otra persona cualquier tipo de objeto para que los transportar se a un lugar determinado, y luego el que lo transportaba se a poderaba de ello, quién había entregado los bienes podía entablar juicio, y el transportista era condenado a la entrega de una cantidad cinco veces mayor que la recibida.

Vinculado a esta figura contractual se encuentra la preceptiva del artículo 237 que establece las consecuencias de la pérdida de un cargamento por hundimiento del barco. El artículo 236 alude a una especie de contrato de fletamento. Y el 271 refiere un contrato por el que se loca un equipo de transporte integrado por "bueyes, un carro y su conductor".

g.) Sociedades comerciales. Parece ser que en las ciudades sumerias desde épocas muy remotas fue cosa corriente la sociedad comercial. Tanto el origen de ellas, como del contrato de transporte, el préstamo de dinero y otras instituciones afines, se encuentra en la estructura económica de la zona, necesitada de infinidad de insumos y materias primas que debían ser obtenidas de otras regiones. Su obtención se lograba necesariamente ofreciendo otros productos o el montante representado en moneda. Esto dio lugar a un intenso tráfico que fue desarrollado en forma profesional y habitual por los mercaderes o damqarum. La sociedad comercial que reunía las características de una comandita, se celebraba entre el "damqarum" o socio capitalista y un viajante comercial a quien el primero le confiaba productos (aceite, cereales, lana, etc.) o dinero para que realizara operaciones de cambio buscando una ganancia dineraria.

h.) Cesión de créditos. Títulos endosables. La ductibilidad exigida por el fragor de las transacciones hizo que en los contratos de préstamo se añadiera la cláusula de pagar tanto los intereses como el capital al portador de la "tablilla", con lo cual el deudor quedaba obligado a efectuar el pago a cualquier persona que le presentase el documento de préstamo. Esta operatoria constituye una auténtica cesión de créditos, y posiblemente sea un antecedente rudimentario de figuras análogas a los modernos títulos valores, a que hace referencia Pirenne.

c) De los derechos reales.

Ante el frondoso desarrollo de los contratos según acabamos de comprobar, el cuadro de los derechos reales contrasta por su limitada cantidad.

El derecho de propiedad se encuentra reconocido con carácter absoluto (12), y se encuentra sometido a muy escasas desmembraciones o limitaciones que sean la de pastura (excesivamente limitada en su especie) (13), de paso sobre el fondo vecino, de muro divisorio y de regadío. Esta, última estrechamente vinculada a la estructura productiva de la tierra y a las condiciones metereológicas de la región recibe alguna atención en los artículos 53, 54, 55 y 56. Sin embargo parece que de la conservación de los canales y acequias mayores se ocupaba el derecho administrativo. El artículo 58 alude al derecho de pastaje que los vecinos tenían sobre los "rastros" de las sementeras.

No se conocen derechos reales de uso y goce. La figura del "ilkum" que vemos prevista en los artículos 27 y siguientes, y por la cual el estado pagaba a sus funcionarios (administrativos y militares) con el uso y goce de bienes inmuebles no tiene connotación feudal, atribuyéndosele en cambio la naturaleza de un colonato (14).

Los créditos se garantizaban muchas veces con la en-

(12) El derecho de propiedad se encuentra intensamente defendido en el Código. El que ha construido en la propiedad ajena (se habla de la de un vecino) sin permiso, perderá lo edificado, que pasa a ser propiedad del dueño del terreno. Otro caso está dado por la posibilidad que tiene el arrendador de dar por resuelto el contrato de locación en cualquier momento con sólo reintegrar el valor locativo percibido.

(13) Al igual que en muchas legislaciones feudales, después de la cosecha y hasta la germinación de la próxima, los rebaños tenían acceso a los campos de cultivo, pero en este caso, siempre que existiera autorización del propietario del fondo.

(14) LARA PEINADO, Federico, "Código de Hammurabi", Madrid, Ed. Nacional, 1982, p. 177. En el comentario del ordenamiento he seguido la edición preparada por este autor.

trega de la producción futura de un predio (art. 49 y 50), estigma de una figura semejante a la "anticresis". Una variante de la prenda mueble se encuentra regulada en los artículos 114 y siguientes.

4..) Derecho de familia y sucesiones.

El régimen matrimonial tenía un carácter eminentemente contractual. La iniciativa la tenía el padre del varón. Hecho el ofrecimiento y aceptado, se procedía a formalizar el contrato, en el que se determinaban los derechos y obligaciones de la esposa, así como las cláusulas indemnizatorias que debía soportar el esposo si resolvía repudiar a la mujer. La formalización habría de ser fundamental para establecer el vínculo, pues "Si un señor toma una esposa, pero no extiende su contrato esa mujer no es su esposa". Del contexto normativo se deduce la existencia de una estructura familiar patriarcal, pero que el derecho sucesorio nos muestra en claras vías de atomización en otra serie de familias más pequeñas. Así por ejemplo, de la distribución igualitaria y equitativa de los bienes entre los herederos se ocupan los artículos 165: "... el resto de los bienes de la herencia paterna lo distribuirán entre ellos equitativamente"; 167: "y en cuanto a los bienes de la herencia paterna, se los repartirán equitativamente"; 170: "... los hijos de la esclava y los hijos de la primera esposa se distribuirán equitativamente los bienes de la herencia paterna". Con ello, y con la consolidación de la pequeña propiedad privada, la gran familia se hallaba condenada a la disgregación.

b) Dimensión sociológica

a.) Los repartos aislados.

La textura de esta dimensión está conformada por una cadena de repartos y distribuciones, vinculadas éstas últimas en múltiples oportunidades con manifestaciones de la divinidad. Ello no es casual, pues puede afirmarse que todo el esquema de los repartos atento al espíritu teocrático del régimen, se desenvuelve dentro de un marco señalado por adjudicaciones provenientes de fuerzas situadas por encima de la potenciali-

dad de los humanos.

Sin embargo, no obstante la protagónica intervención de las distribuciones, el régimen se manifiesta reticente en trasladar a los humanos las consecuencias de estas adjudicaciones. A mi entender este corte es provocado por los sistemas jurídicos individualistas a través del principio de la responsabilidad subjetiva. Efectivamente, en tanto una persona responde sólo cuando haya dolo o culpa de su parte, implícitamente se le exime de las consecuencias provocadas por factores extraños a su conducta conciente. Y el "Código de Hammurabi" presenta en materia de responsabilidad penal y civil, y para su época, una marcada afinidad con el postulado de la responsabilidad subjetiva (15).

Antes de ocuparnos de los repartos en particular conviene que efectuemos la siguiente distinción. Con relación a los mecanismos repartideros de la potencialidad de los bienes, los sistemas económicos han desarrollado dos variantes, muy conocidas por otra parte. Una de ellas se sustenta en la cooperación, mientras que la otra se origina en una acentuada manifestación de poder. En otras palabras, por un lado llegamos al aprovechamiento de los bienes a través de los derechos personales cuya fuente inmediata es la contratación (reparto autónomo); y a la par existe una variante más autoritaria que conocemos como derechos reales. (16).

Hay sin embargo una segunda diferencia entre ellos. El derecho real constituye un reparto a quien le es inherente un sentido de permanencia o proyección temporal. Es un modo de relacionarse con las cosas que resulta suficiente para los siste

(15) Ya veremos más adelante una excepción a este principio.

(16) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los Derechos Reales", El Derecho, Bs.As., 1982, t. 99, N° 5543.

mas económicos cerrados, con transacciones esporádicas. El contrato contribuye a establecer una relación con las cosas menos estable e intensa, y por su ductibilidad resulta el instrumento propicio para los cambios fugaces e instantáneos que se operan en una sociedad abierta. El contrato presenta desde el punto de vista del orden de repartos una propensión a la atomización, generando una masa de relaciones fluída e inestable, mientras que el derecho real por su mayor proyección temporal facilita la planificación.

Pero también, la autonomía y la imposición pueden estar latentes en las relaciones familiares. La familia patriarcal supone una numerosa cantidad de miembros que se relacionan con el jefe por medio de repartos autoritarios. La familia estricta independiente (característica de sociedades más modernas) tiene su predominio en el incremento del individualismo, y sus miembros tienden a relacionarse por medio de repartos autónomos. Bajo idénticos extremos se manifiesta el régimen hereditario. La familia patriarcal necesita para sobrevivir mantener la unidad económica sobre la cual se asienta y al momento de la transmisión el heredero se encuentra obligado a mantener la pervivencia sociológica de la familia. Por el contrario en la familia estricta las partes proceden a la división de los bienes en forma igualitaria y en provecho propio.

b.) El orden de repartos.

Si volvemos nuestra mirada al conjunto advertimos que casi todo el ámbito de relaciones patrimoniales se desenvuelve al hilo del reparto autónomo. Esto condice con la multiplicidad de formas contractuales previstas por el legislador. Por su parte, el derecho real que representa una alternativa más autoritaria en el control y aprovechamiento de los bienes conforma un cuadro enjuto e insuficiente. Tal observación nos está indicando la perfecta correspondencia entre "cultura o civilización abierta" y contratación. Como dice Pound, "en una era mercantil, la riqueza está formada en gran parte por promesas. Una importante porción del patrimonio individual consiste en las ventajas que otros han prometido prestarle o brindarle y en las esperanzas de obtener las ventajas que se le han prometido, que no puede hacer valer contra todo el mundo, sino contra determi

nados sujetos" (17).

En cambio, "El derecho real, sobre todo la propiedad, se establece como una situación de permanencia; continua existiendo aunque se cumpla su contenido. Por eso, la vida jurídica es estática, siempre que preferentemente se funda sobre el derecho real; en cambio, es dinámica siempre que el derecho de obligación constituya su principal fundamento" (18).

Ocurre sin embargo que en vistas a la constitución del orden el predominio de la contratación lo hace depender exclusivamente del modelo-seguimiento. No se nos escapa entonces que al generar la contratación una masa cambiante e inestable de relaciones (por su fugacidad e instantaneidad) puede en cierto momento presentar el riesgo de provocar un desequilibrio en el aprovechamiento, circulación y adjudicación de la riqueza social. Entiendo que un régimen basado casi exclusivamente en el "reparto autónomo" y en el esquema de ordenamiento "modelo seguimiento" resulta a la postre demasiado "fláccido", y su conservación reclama entonces elementos repartideros "autoritarios" y una buena dosis de planificación a fin de vertebrar y dar solidez contrarrestando la laxitud del cuerpo social.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el orden babilónico. Poder y planificación no se hallan ausentes, pero ocurre que sus enclaves no se ubican en el ámbito del derecho privado, sino que se encuentran desplazados al ámbito de lo que denominamos derecho público. No es casual que al ocuparnos del Derecho Administrativo y del Derecho Económico advirtiéramos una cantidad de normas por las que el gobernante tomaba clara injerencia en la actividad económica de los particulares. El es-

(17) POUND, Roscoe, "Introducción a la filosofía del derecho", trad. de Fernando Barrancos y Vedia, Bs. As., Ed. Tipográfica Editora, 1972, p. 173.

(18) RADBRUCH, Gustavo, "Filosofía del Derecho", Ed. Revista del Derecho Privado, 4a. Ed., Madrid, 1959, p. 188.

tado fijaba la renta del capital, el precio de los servicios, de los arrendamientos, llevaba el control de la riqueza por medio de catastro, registros de contratos de préstamos, etc. Referimos la existencia de una frondosa y recargada burocracia ocupada en recaudar los tributos del rey. Por último señalamos la existencia de periódicos edictos (como el de Ammisaduqa) por los que la autoridad realizaba un reordenamiento o redistribución de la riqueza social a fin de impedir una acumulación en pocas manos. Además, recalcamos sobre la existencia de un derecho penal sumamente duro estructurado paralelamente al régimen de propiedad y contratación.

Aquí precisamente se encuentra la clave que nos permite avalar la propuesta de que el sistema jurídico babilónico es el característico de una cultura abierta o marítima. ¿Cuál es esta clave?. La distinción entre "sistema feudal" y "sistema mercantil" se encuentra en la disímil ubicación que en cada uno de ellos tienen los pares "autonomía-autoritarismo", "ejemplaridad-planificación" (19). Podría admitir, aunque con carácter secundario, que la diferencia pueda plantearse como una cuestión de grados, pero la categoría más notoria se encuentra constituida por la disímil distribución de los "denominadores" particulares.

A nuestro entender, en los sistemas abiertos las llamadas ramas del derecho privado se convierten en intensos enclaves de la autonomía y ejemplaridad (la manera más eficaz de estimular los cambios), mientras que los rasgos autoritarios son desplazados (a partir de una notoria separación) al ámbito del derecho público, donde conviven con la planificación. Esta rama constituirá una corteza más fina o más delgada según lo exija la defensa del interés privado.

No es casual que Ciuro Caldani, apoyado en la estructura jurídica de nuestro tiempo haya señalado que "el Derecho

(19) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios...", t. II, p. 205.

Penal y el Derecho Administrativo son ramas jurídicas signadas por los denominadores particulares -repartos autoritarios- y valor poder -comunes entre ellos- y que el Derecho de las Obligaciones, e incluso el Derecho Civil en su conjunto, son, en cambio, ramas jurídicas más impregnadas por los denominadores particulares -repartos autónomos- y valor cooperación" (20).

Así ocurre pues, la laxitud generada por la "autonomía" y la "ejemplaridad" debe ser vertebrada o contrarrestada por estigmas "autoritarios" y de "planificación".

Por el contrario, en el régimen "feudal" o "señorial" los denominadores particulares propios de la dimensión sociológica se hallan promiscuamente diseminados por todo el orden de repartos. Así pues, el ámbito de las relaciones patrimoniales que en los sistemas individualistas se integra y ordena al hilo del reparto autónomo y la ejemplaridad, en el sistema feudal se encuentra sometido a alternativas más autoritarias (derechos reales en lugar de contratos), las que por su mayor grado de permanencia temporal conforman un andamiaje intermedio de planificación. Si se piensa en el modo en que se remuneran los servicios en el régimen feudal se verá que los mismos presentan una gran analogía con los tributos (rasgo autoritario) distanciándose del sentido convencional que vincula al precio. La familia patriarcal señorial constituye también un fuerte reducto del poder y la planificación frente a la atomización a que conduce el convencionalismo de la familia estricta.

Estas circunstancias explican entonces la mentada confusión que se da entre derecho público y derecho privado en los sistemas feudales. En esencia todo se reduce a una imprecisa distribución de los enclaves de los respectivos denominadores particulares. Los sistemas abiertos en cambio, presentan un deslinde mucho más marcado en torno a las regiones en que se reu-

(20) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para la Teoría General del Derecho" (El sistema jurídico). Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1984, p. 13.

bican tales denominadores.

De cualquier modo, el valor natural relativo "orden" que constituye el denominador común más alto inherente a la dimensión sociológica sólo se logra en tanto exista una participación balanceada de los denominadores comunes a que se hizo referencia (21).

a) Dimensión dikelógica

a.) Justicia, utilidad y otros valores del mundo político.

De la justicia como valor absoluto del mundo jurídico y de sus diferentes clases me he de ocupar más adelante. En este punto hemos de atender a valores diferentes (naturales en la mayoría de las veces) con los cuales la justicia suele mantener relaciones de integración y de arrogación (22).

Como la "civilización o cultura abierta" supone el desarrollo de una economía en la que se produce no solamente para el consumo propio, sino también para vender, es razonable predecir como lo adelantáramos en la primera parte de este trabajo, que al hilo de las transacciones comience a desarrollarse el "sentido del lucro". Así pues se dan las condiciones para que la utilidad dispute a la justicia zonas propias del accionar dikelógico (23). Pirenne parece advertirlo cuando señala que "a la solidaridad impuesta por la tierra se añade la no ción de lo provechoso". Y efectivamente sólo en un régimen de estas características (máxime si se tiene en cuenta la etapa

(21) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios..." , t. II, p. 210.

(22) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios..." , t. II, p. 20 y 26.

(23) PIRENNE, J., op.cit., t. VIII, p. xxvii.

histórica) puede el préstamo de dinero estructurarse a partir de la presunción de onerosidad. La tasa de interés parece haber llegado a abusos tales que el legislador dispuso castigar al prestamista con la pérdida de hasta el mismo capital. Las sociedades comerciales se constituían con el fin de "repartirse en partes iguales, delante del Dios, el beneficio o la pérdida que resultaren". Vuelve la ley a referirse más adelante al "beneficio patrimonial obtenido", e insiste que si "el traficante no ha obtenido beneficio". El ocio no es recomendable en el manejo de los bienes productivos pues las consecuencias resultan notablemente duras para quien "no haya trabajado convenientemente el campo", o "para quien no lo haya cultivado y lo ha dejado descuidado", o para quien alquiló un campo para cultivarlo y "lo ha dejado perezoso". Y si un hortelano ha tomado un campo para fecundarlo y permitió la disminución de su rendimiento deberá entregar una renta equivalente a la del huerto del vecino.

Pero a la vez hay casos bien notables en que la justicia (en el conocimiento que se tenía de ella) actuaba eclipsando otros valores, como la salud por ejemplo. Efectivamente, el celo por castigar toda acción conciente que produjera daño a otra persona llevó a reprimir severamente al médico que causare la muerte o la pérdida de un órgano en el paciente. Consecuentemente, a la vista de un legislador tan radical los médicos intervenían únicamente en casos muy claros de alcanzar éxito, y esta legislación motivó que la medicina interna y la cirugía alcanzasen un mínimo desarrollo en Babilonia.

b.) La justicia de las distribuciones.

A nuestro entender el sistema jurídico hammurabiano se ubica en un estadio histórico donde es imposible concebir se previera el manejo de los repartos mediante los criterios de justicia propios de las distribuciones. Tal convicción explica la existencia del principio de responsabilidad subjetiva tanto en materia civil como en materia penal. Esto explica por ejemplo que el propietario no responda "si un buey, al pasar por la calle, ha acorneado un señor y le ha causado la muerte". O que cese la responsabilidad del pastor "si en una majada el golpe de un dios o un león ha matado animales". O que el vecino sólo

responda de los daños ocasionados por la ruina de su edificio si medió advertencia previa del damnificado, etc.

Sólo he advertido un caso en que el criterio subjetivista "relacionado con la justicia de los repartos es ampliado mediante el criterio objetivista más -elástico-, vinculado a la justicia de las distribuciones,..." (24). Me refiero al caso en que no encontrando la víctima posibilidad de reparación en el ofensor "la ciudad y el gobernador" en cuya jurisdicción se produjo el hecho le compensarán.

c.) Los otros valores del mundo jurídico.

Con relación a los valores naturales inherentes a la constitución del orden de repartos puede señalarse lo siguiente. De lo que expusimos al tratar la dimensión sociológica se advierte claramente que los enclaves de la solidaridad y la cooperación se sitúan en el ámbito de las relaciones patrimoniales, lo que es característico de los sistemas abiertos.

Consecuentemente, previsibilidad y poder se encuentran desplazados al ámbito del derecho público. Asignación y deslinde que también caracteriza a los sistemas abiertos, a diferencia de los sistemas señoriales o feudales que contienen una promiscua diseminación de estos denominadores particulares.

d.) Las clases de justicia.

La posición que ocupan las diversas clases de justicia relacionadas con los repartos aislados señalan a mi entender la nítida presencia de un régimen propio de las economías abiertas. El gran desarrollo del contrato en el ámbito patrimonial, y el convencionalismo que anida en el régimen familiar

(24) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios ...", t. II, p. 42.

(en tanto la comunidad evolucionaba de la estructura patriarcal a la familia estricta) señalan el reinado de la justicia consensual en todo el ámbito del derecho privado.

Recíprocamente, sólo hay justicia extraconsensual en el sector del derecho administrativo y del régimen procedimental. Efectivamente en un caso de conflicto los particulares pasaban en forma inmediata a un sistema de administración de justicia basado en repartidores aristocráticos (sacerdotes en los tribunales eclesiásticos y junta de notables en los tribunales estatales).

A diferencia de lo descripto, los sistemas feudales o señoriales desarrollan tanto la justicia consensual como la extraconsensual en una especie de mixtura inescindible.

Con relación al par "justicia conmutativa" - "justicia espontánea", la conclusión que se impone es que la mayoría de las relaciones patrimoniales entre particulares tienen fundamento plurilateral. En otras palabras, el "utilitarismo" que impregnaba la actividad productiva dejaba poco margen para que se realizara la justicia espontánea en el marco del derecho privado. Esto hizo que la mayoría de los préstamos de dinero, el depósito y otras figuras fiduciarias fueren siempre onerosas. Explica también que la donación a "terceros no era corriente ya que la libertad de donar estaba restringida en Mesopotamia". (25).

Prestaciones liberales sólo podían esperarse del mismo estado, quien como se señaló oportunamente, solía por medio de edictos disponer la condonación de deudas, reducción de impuestos, liberación de familiares dados en prenda a particulares por créditos solicitados, etc. Los templos y palacios, por medio de los tesoros en ellos acumulados socorrían a pobres y enfermos.

Este desplazamiento de la gratuidad hacia el ámbito del derecho público es otro de los rasgos característicos de los sistemas con economía abierta.

En la búsqueda de la justicia simétrica, afán desaforado de medirlo todo y que caracteriza a los sistemas abiertos (pues en ellos todos los bienes tienen un valor patrimonial y sirven para ser permutados). El régimen babilónico debía enfrentar en este caso la ausencia de moneda acuñada. De cualquier modo los metales (estaño, plata, y en menor medida oro) fueron el patrón referencial y denominador común en los cambios. Así pues recurriendo a los diversos medios el derecho privado manifiesta el intento de simetrizarlo todo.

Desde el punto de vista de las clases de justicia vinculadas con el orden de repartos, y en tanto el régimen patrimonial se desenvuelve con marcado predominio de la contratación sobre los derechos reales, todo el material del derecho privado se muestra propicio para el desarrollo de la justicia, parcial, sectorial, de aislamiento, relativa y particular. Aquí reside la diferencia pues, con los regímenes feudales o señoriales, los que manejando primordialmente la vida patrimonial a través de los derechos reales, presentan afinidad con la justicia, gubernativa, integral, "de participación", absoluta y general.

Es que, si la impronta al sistema jurídico provino en mayor medida de las ciudades mercantiles asirias, las clases de justicia no podían estructurarse sino de esta manera, ya que como señala Ciuro Caldani, "El comercio es una de las actividades humanas más determinadas por los denominadores particulares de justicia consensual, sin acepción de persona, simétrica, dialogal, conmutativa, "parcial", sectorial, de aislamiento, relativa y referida a los particulares" (26).

(26) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios...", t. II, p. 220.

LA CAUSA JURIDICA EN EL PENSAMIENTO DEL
DOCTOR CARLOS COSSIO¹

(Comentario al libro "La causa y la comprensión
en el Derecho" (1))

En este trabajo trataremos de sintetizar el pensamiento del eminente jurista Carlos Cossio sobre el problema de la causa jurídica. Aunque su libro apareció por última vez en el año 1969, la visita del profesor al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y su gentil donación de un ejemplar para el mismo nos motiva a formular este comentario en su homenaje.

Siendo ésta una labor de síntesis de un análisis previo reviste un carácter conciso y preciso; notas esenciales de este tipo de trabajo.

En el libro de inmediato se enuncia que "están por estudiarse las relaciones de coordinación lógica entre las normas jurídicas de un mismo plano de relación" (pág. 13) (2). El estudio de estas relaciones fue realizado primariamente por Kaufmann y Schreier quienes enunciaron la relación lógica entre el juicio hipotético que establece el deber del juez y el juicio precedente que establece el deber del particular; esta relación lógica ellos la afincaron en el principio lógico de no contradicción. Además ellos se avocaron al estudio de las con-

(1) La causa y la comprensión en el Derecho, Ed. Juárez Editor S.A., Bs. As., año 1969.

(2) Cuando escribimos entre comillas haciendo referencia a la página entre paréntesis, copiamos textualmente del libro que comentamos. Cuando hacemos referencia a la página entre paréntesis citamos la página del libro comentado donde se encuentra la idea expresada por nosotros.

ductas de consecutividad contingente y explicando esa consecutividad necesaria a través de un puro racionalismo representado por una "abstracta causación entre norma y norma" (pág. 26).

Varias cuestiones analizará el Dr. Carlos Cossio: el principio lógico que liga las conductas de consecutividad necesaria, la estructura de las normas relativa a conductas de consecutividad necesaria, porque estas conductas son tales y el amplio espacio de las conductas de consecutividad contingente (delitos, acuerdos contractuales, etc.).

Con relación a las conductas de consecutividad contingente los penalistas y civilistas en una tarea no común han tratado de buscar una causa de éstas. Los penalistas en general han trabajado sobre una vía racionalista o sobre una vía empirista en busca de la causa en los delitos. Los racionalistas han determinado que la causa en los delitos está dada directamente por la imputación normativa, cosa divorciada de la realidad, o han introducido la categoría de autor y la han considerado como una "causalidad racional por no saber ver la egología en la autoría" (pág. 49). Los empiristas han elaborado la teoría de la equivalencia de condiciones para dar con la causa en un delito "dentro de la cadena causal en que ese hecho se encuentra en tanto que hecho de la experiencia natural" (pág. 49): el ejemplo más claro de cómo estas teorías empiristas caen en el absurdo es considerar cuál es la causa en los delitos de omisión. Los civilistas "se han perfilado siempre sin ninguna clase de inclinación hacia la conceptualización causalista de la Naturaleza" (pág. 46): la causa de un acuerdo sobre un viaje no puede verse en la fuerza motriz del vehículo que me transporta. Los civilistas han anclado la causa en el formalismo absoluto del racionalismo estableciendo que la causa es la imputación normativa (lo que hace in fine innecesaria la noción de causa pues no tiene verificación empírica) o han anclado la causa en la finalidad de los actos jurídicos para referirse a la realidad con algo que no fuera la causación mecánica de la naturaleza: la teleología; pero "estano es más que la modalidad orgánica de la causalidad, todo medio para un fin es sólo la causa de un efecto" (pág. 46).

En busca de un denominador común y solución única para civilistas y penalistas se analizan distintos actos jurídicos -lícitos e ilícitos- a través de la teoría egológica que

desplazan el problema de la causalidad a la comprensión del sentido axiológico del acto que realizan los particulares; diluye el Dr. Carlos Cossio el problema de la causa en la hermenéutica de la personalidad humana.

El primer análisis es el de la causa en el contrato de compraventa; adoptando una postura que condice con la finalidad (teleología) en los actos jurídicos, gran parte de la doctrina considera que la entrega del dinero por parte del comprador es el medio para la recepción de la prestación del vendedor que es el fin del acto jurídico en el mismo comprador. La teleología no es más (ver supra) que el desplazamiento de un mismo orgánico a las ciencias sociales en donde el medio no es más que la causa de un fin que es el efecto. Desde Planiol en más, adoptando una postura verdaderamente anticausalista ya se esfuma la causa en el objeto del contrato, siendo este objeto para el comprador la entrega del dinero. La teoría egológica aprehende esta concepción y encuentra que el fin del acto jurídico del comprador es la entrega del dinero propio y que la compreensión de la conducta del comprador desde el ángulo jurídico se realiza captando el sentido -los valores- de los actos mismos en cuanto que valores de conducta bilateral, propios de la filosofía jurídica.

El segundo análisis es el de una sentencia de la Cámara I de Apelaciones de Mar del Plata. El Juez al fallar sobre la nulidad del matrimonio debido a la negatoria de la cónyuge de realizar el acto sexual, fundamenta su decisión con un argumento teleológico: la finalidad del matrimonio es la reproducción. Este argumento va cargado, según el autor del libro que nos ocupa, de tintas sexuales pues no contempla el caso del matrimonio entre ancianos, entre personas impotentes sexuales, etc. Pero la verdadera causa de la disolución del vínculo no la encontramos en el argumento de la Cámara; aplicando la teoría egológica realizamos una comprensión de las conductas humanas y la disolución del vínculo se produce porque la paz conyugal es el sentido valioso de aquel acto sexual (pag. 82), no "siendo" ese valor las conductas de los cónyuges.

Dentro del título referido al examen del matrimonio como fenómeno jurídico el autor realiza otros tantos análisis sobre la nulidad del matrimonio infantil (pág. 97) y la nulidad

del matrimonio entre homosexuales (pág. 100). Tanto en uno como en otro caso fundamenta ésta en la falta de los valores bi laterales de conducta. Referido a la materia civil, además, realiza un análisis del empirismo examinado en el contrato inmoral (pág. 115) y concluye que los valores morales no son fundantes de la nulidad de los contratos sino que cuentan los valores jurídicos.

Con relación a la materia penal en el título "el racionalismo examinado en el delito deportivo" (pág. 108), considera que los argumentos de los racionalistas para no incriminar las lesiones que se producen en el deporte caen en consideraciones de cuestiones de hecho "traicionando su propio punto de vista" (pág. 109). Los racionalistas deducen lógicamente del ordenamiento normativo que las lesiones deportivas no constituyen delitos pues el mismo ordenamiento normativo admite ese deporte o con las limitaciones de las reglas fijadas por las entidades deportivas o lo admite directamente sin indicar limitaciones. En la primera postura el ordenamiento normativo no deduce una solución sino que sobreentiende que existen las limitaciones impuestas por las entidades deportivas, y esto es un hecho. En la segunda postura más claramente se observa cómo el ordenamiento normativo ancla en situaciones absolutamente fácticas. La solución propuesta por el autor condice con la realidad y por ese motivo es sin rodeos: el acto de lesionar que es el substrato de la conducta tiene un sentido que es el valor de la conducta que no es precisamente el sentido que tiene la conducta incriminada por el Código Penal en su precepto referido a lesiones.

Pasando ya al examen de los últimos títulos de su libro es cuando descubrimos más la riqueza de su pensamiento y cuando, utilizando una expresión del autor, comprendemos definitivamente las páginas precedentes.

La conducta humana comprende dos planos, el plano óntico y el plano ontológico. El plano óntico -substrato de la conducta- es el plano de la personalidad o meramente existencial que captamos a través de la intuición sensible. En el título sobre "el juicio de existencia fundamental en el Derecho" (pág. 129) hace referencia al plano óntico de la personalidad y uno de los juicios de existencia fundamental en el derecho

es el derivado del juicio lógico de calidad indefinido descubierto por Kant. De éste el juicio de existencia fundamental en el que el hombre participa en la no modificación del curso natural de los hechos (delito de omisión y obligación de no hacer) de donde probamos que no podemos referir la causación natural al mundo jurídico (3).

El plano ontológico de la personalidad -sentido de la conducta- captado por la intuición emocional es el referido a los valores jurídicos, que son los valores bilaterales de coexistencia: justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad, orden.

La comprensión de la conducta humana se realiza a través de su interpretación y ésta adquiere una significación especialísima en la teoría (4) pues es una modalidad especial de la comprensión: aquella que pasa desde el substrato al sentido. Es pues partir desde el perfil óntico de la conducta que es su exteriorización y descubrir su perfil ontológico que es su valor.

La noción de causa es desplazada por la noción de comprensión de la conducta -hemenéutica de la personalidad- que hace inteligible la solución de los problemas comunes a civilistas y penalistas.

Habiendo ya explicitado la postura del Dr. Cossio co-

(3) El juicio de calidad indefinido kantiano aplicado al Derecho fue realizado según el Dr. Carlos Cossio desprovisto de antecedentes directos en su Teoría Ecológica. Para este tema ver el libro que comentamos en la pág. 132, nota n° 55.

(4) COSSIO, Carlos, La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad. Ed. Abeledo Perrot, 2a. ed., año 1964, Buenos Aires, pág. 72. Creemos encontrar resumido su pensamiento en gran parte en una nota de antología en el libro que comentamos en la pág. 141, nota n° 56.

mentaremos brevemente cuestiones a las cuales ya hemos hecho referencia.

El principio lógico que liga las conductas de consecutividad necesaria enunciado por el autor en las primeras páginas del libro (pág. 21) es el de tercero excluido, en divergencia con Kaufmann y Schreier que determinan el principio de no contradicción. Como no se trata de afirmar dos deberes relacionados -el del obligado a la prestación y el del juez- sino determinar que los dos no pueden ser negados -uno debe afirmarse- al principio correspondiente es el de tercero excluido.

Relativo a la estructura de la norma de los deberes de consecutividad necesaria Kaufmann realiza dos normas: la norma secundaria contiene la representación del deber del súbdito y la norma primaria contiene la representación del deber del juez, a saber, la sanción (pág. 151). La teoría egológica comprende la conducta del particular en una endonorma -que nos establece su deber- y una perinorma -que nos establece la transgresión de ese deber-; pero esta perinorma a su vez es la endonorma que designa el deber del juez de sentenciar: "con la misma extensión lógica -dado el entuerto debe ser la sanción-, podemos hacer dos conceptos normativos según que sea la conducta del transgresor o la del juez el objeto de nuestra representación. Igual extensión lógica, en diferente comprensión" (pág. 152).

Los deberes de consecutividad necesaria deben además determinarnos porque se continúan las conductas y cuales son las conductas que se continúan. Dentro del racionalismo de Kaufmann y Schreier las normas nos determinan cómo y cuándo estos deberes se continúan y para respondernos las otras cuestiones nos remite a la antes referida causación entre norma y norma. La teoría egológica responde a aquellos interrogantes de esta manera: el plano óntico de las conductas nos precisa cuál es la conducta que se continúa -la del juez-; el plano ontológico de las conductas nos precisa porqué se continúa esa conducta: el sentido convivencial del primero (el deber del deudor) como realidad humana, al infringirse, se integra como mismidad en el sentido convivencial del segundo (el deber del juez de sentenciar) que es también realidad humana (pág. 156, lo escrito entre paréntesis es nuestro); "yendo a la realidad humana encon-

tramos sin dificultad, profundamente y con evidencia inmediata, estas unidades de sentido que no son nexos de causa a efecto, sino maneras de vivir" (pág. 156).

Por último con referencia a los deberes de consecutividad contingente podemos decir dos cosas: ya sintetizamos con los ejemplos comentados cómo se diluye la causa en la comprensión de la conducta, las demás conductas jurídicas ahora pueden ser comprendidas gracias a la teoría egológica que tanto ha aportado a la jusfilosofía de realidades; pero traicionar a la misma teoría sería desconocer que ella es un objeto cultural debido a la obra maestra del Dr. Carlos Cossio.

Esteban Luis FRANICHEVICH