

ESTUDIOS

FILOSOFIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LAS OBLIGACIONES

Miguel Angel CIURO CALDANI ()*

I. NOCIONES FUNDAMENTALES

1. Como toda rama del mundo jurídico el Derecho Internacional Privado requiere —quizás con especial intensidad— apoyo filosófico (1). En particular cabe señalar aquí que la elección de los “puntos de conexión” para indicar el Derecho aplicable debe hacerse al hilo de la comprensión jusfilosófica de las afinidades significativas entre tales “puntos” y los tipos legales a resolver. El “asiento” del caso está en el lugar indicado por la *conversión “espacial”* del significado del tipo legal. Es más: la propia constitución de los tipos legales se debe hacer

(*) Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(1) Es posible v. BATIFFOL, Henri, “Aspects philosophiques du droit international privé”, Paris, Dalloz, 1956; GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Bs. As., EJEA, 1952/54; “Derecho Internacional Privado”, 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1985; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978; “Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III, 1984, págs. 38 y ss. y 50 y ss.; “Meditaciones trialistas sobre el orden público”, en “Jurisprudencia Argentina”, 13/IV/1977, 1977-II, págs. 711 y ss.; “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado argentino acerca de la validez del matrimonio”, en “Revista Española de Derecho Internacional”, vol. XXXIII, Nº 2, 1981, págs. 573 y ss.; también es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho Privado de la Integración: Derecho Internacional Privado-Derecho Privado Unificado”, en “Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas” Nº 43/45 (1973/76), págs. 95 y ss.; “Lugar de la admisión de las sentencias extranjeras en el Derecho Internacional Privado”, en “Revista...” cit., Nº 46/47, (1977/78) págs. 17 y ss.

en base al significado que en ese sentido espacial se dará a los problemas respectivos.

Dentro del “cuadro general” de los tipos legales y las soluciones de los casos jusprivatistas internacionales, que tiene en su base más profunda la constitución de las personas, principalmente de existencia “física”, y va ascendiendo a otros “escalones”, como el del matrimonio y la filiación, hasta llegar al nivel más “elevado” y “dependiente” que corresponde a la sucesión, hemos de ocuparnos de un problema de nivel inmediato superior al de las personas, que a veces contribuye a su formación (en ciertas personas de existencia “jurídica”), el de las obligaciones (2).

II. LA “TIPOLOGIA” OBLIGACIONAL

2. Mucho se discute sobre cuáles son las “fuentes” de las obligaciones. Sin embargo, creemos que la cuestión se aclara decisivamente cuando se la analiza desde los puntos de vista de las tres dimensiones del Derecho.

Desde el punto de vista *sociológico*, las obligaciones se originan siempre en repartos *autónomos* desarrollados al hilo del acuerdo y realizadores del valor natural relativo cooperación, y en repartos *autoritarios*, desplegados en el curso de la imposición y satisfactorios del valor natural relativo poder. Dicho en términos formales tradicionales: hay obligaciones surgidas de los repartos autónomos expresados en contratos y en manifestaciones unilaterales de voluntad y otras originadas en repartos autoritarios, canalizados en lo que genéricamente denominamos “ley”, abarcando las áreas clásicas de los quasi –contratos, los delitos y los quasi-delitos.

En cuanto al orden de los repartos, las obligaciones que surgen de la voluntad de los obligados son elementos de *renovación*, en tanto que las otras son más frecuentemente vías para la *preservación* del orden existente.

3. En la dimensión *normológica* las fuentes de las obligaciones pueden captarse a través de los conceptos tradicionales, centrados en las figuras clásicas del *contrato*, el *quasi-contrato*, el *delito*, el *quasi-delito* y la *ley*, a las que suelen agregarse otras con relativa “independencia”, como las manifestaciones unilaterales de voluntad.

Algunos de esos conceptos son más “declarativos” (o sea tienen menos “carga” cultural), entre los que se destaca la noción de contrato, y otros son más “constitutivos”, como la ley. Si en las obligaciones contractuales y en las que surgen de declaraciones unilaterales de voluntad prevalecen las relaciones de producción de normas, en las impuestas por la ley ha de prevalecer la atención al contenido.

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones”, en “El Derecho”, 21/II/1983, t. 102, págs. 996 y ss.

4. En la dimensión *dikelógica* todas las fuentes, con sus valores respectivos inherentes a las otras dimensiones jurídicas, deben someterse al único valor absoluto del Derecho, que es la justicia. Dicho en otros términos: la fuente última en base a la cual debe admitirse una obligación es su *justicia* (debiendo rechazarse toda obligación injusta).

Aunque la justicia ha de ser satisfecha en todas las obligaciones, las de carácter autónomo pueden encontrar especial fundamento en la “*infrajusticia*”, en que cada ser humano queda habilitado para elegir los valores de su propia personalización, y en la “*parajusticia*”, en este caso a través de la utilidad (3). Además brindan más posibilidades a los valores fabricados, que pueden ser “auténticos” o “falsos”. En cambio, las obligaciones que se constituyen autoritariamente dependen de manera más directa de su *justicia* y de los valores naturales. Aunque los valores fabricados falsos son especialmente graves cuando penetran en la vida sin autonomía, en las obligaciones que surgen con voluntad de los obligados tienden a ser más frecuentes, como lo evidencian las “sociedades de consumo”.

5. Las obligaciones que se fundan más en la voluntad del obligado (más autónomas) marcan líneas especialmente significativas de contribución de la *cooperación* con la justicia y de posible integración de la justicia con la *utilidad*, que es en particular importante cuando se trata de obligaciones comerciales. En cambio las obligaciones surgidas sin voluntad del obligado suelen tener caracteres más referidos en pureza a la *justicia* (por ejemplo en el enriquecimiento sin causa), a su contribución con la *cooperación* (v. gr. en la gestión de negocios ajenos sin mandato) o con el *orden* (por ej. en las obligaciones por hecho ilícitos) y en la integración con el *amor* (v. gr. en las obligaciones alimentarias).

La época actual se ha caracterizado por una creciente “autonomía” (en el sentido de relativa independencia) de las obligaciones y del comercio respecto de la familia, como reflejo de la creciente “autonomía” de la utilidad respecto del amor y la justicia misma, según lo evidencian el retroceso de instituciones como el beneficio de competencia y la prohibición de contrataciones entre cónyuges. Otra prueba de la “autonomía” de las obligaciones y del comercio, incluso con relación a la misma justicia en sentido pleno, es el limitado recurso que sus soluciones hacen al estado de necesidad (4).

Cuando las obligaciones pretenden apoyarse en la cooperación o el poder sin tener en cuenta la justicia se trata de una subversión de dichos valores contra ésta; si la justicia obligacional no tiene en cuenta la necesidad de contar con cooperación y poder, a los que debe preservar para hacerse realidad, la justicia se invierte contra estos valores, y así como en otros tiempos el amor se arrojó el material estimativo de la justicia y de la utilidad, por ejemplo en las prohibiciones de los préstamos a interés, hoy es frecuente que la utilidad se arroje el mate-

(3) Es posible v. CIURO CALDANI, “Estudios...” cit., t. II, 1984, págs. 168 y ss.

(4) Podrá v. al respecto la investigación que viene desarrollando la becaria del Consejo de Investigaciones de la UNR doctora Noemí L. Nicolau. V. LEONFANTI, Marfa Antonia, “Derecho de necesidad”, Bs. As., Astrea, 1980, págs. 102 y ss.

rial estimativo de la justicia y el amor (5).

Aunque la utilidad que en general caracteriza al marco de las obligaciones puede constituirse fácilmente en denominador común de los otros valores (6), también puede ser no sólo "arrogante", sino también "invertida" respecto de los valores inferiores, como la productividad y el orden en que debe apoyarse, e incluso "fracturante" del complejo axiológico general. Por ejemplo, en sociedades como la argentina la utilidad contribuye a constituir a través de los consensos obligacionales una sociedad capitalista "de consumo", en tanto que en relación con el objeto obligacional y en todos los otros aspectos más profundos de la conciencia tiene escasa proyección, en un medio con caracteres relativamente "feudales". Pese a que todo el mundo "desarrollado" viene evidenciando sus limitaciones, la utilidad —falsificada— actúa en países como el nuestro con rasgos destructivos del complejo axiológico, que acentúan nuestra dependencia: nos hace necesitar cada vez más lo que no podemos producir.

Cada cuadro de obligaciones refleja un cuadro de *vida*, y así como el Derecho de Familia es —o por lo menos ha sido— un ámbito especialmente abierto a la integración de la justicia con el amor, el Derecho de las Obligaciones es —según dijimos— un área particularmente relacionada con la integración de la justicia con la utilidad. Si a través del Derecho de Familia la juridicidad se abre más al mundo del "espíritu", con el Derecho de las Obligaciones se orienta más al mundo "material". Sin embargo, urge estar en guardia contra las radicalizaciones de las ramas jurídicas en uno u otro sentido —que mutilan a la persona integral— y, por otra parte, el Derecho de Familia en particular (7) y todas las ramas jurídicas en general son testimonios de que las obligaciones se convierten cada vez más en el paradigma con que se elaboran todas las soluciones del Derecho (8). En definitiva, el valor de todas las soluciones jurídicas —en este caso obligacionales— trasciende el marco del Derecho para ser estimable con miras a su contribución no sólo a la justicia sino al más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad.

6. La justicia del vínculo obligacional puede tener diferentes fundamentos, relacionados con las diferentes clasificaciones de este valor. En los contratos y en las declaraciones unilaterales de voluntad prevalece la justicia "*consensual*", pero su exageración puede incurrir en el consensualismo, que confunde la justicia con el consentimiento. En las obligaciones establecidas por la ley, genéricamente considerada, prevalece la justicia "*extraconsensual*", pero su abuso puede incurrir en decisionismo. En general las obligaciones, sobre todo las convenciona-

(5) Es posible v. CIURO CALDANI, "Estudios..." cit., t. II, págs. 16 y ss.

(6) Puede v. íd., págs. 205 y ss.

(7) V. por ej. FROSINI, Vittorio, "Il diritto nella società tecnologica", Milano, Giuffrè, 1981, págs. 113 y ss.

(8) V. sin embargo, sobre la historia de la importancia del contrato, por ej. WEBER, Max, "Economía y sociedad", ed. preparada por Johannes Winckelmann, trad. José Medina Echavarría y otros, 2a. ed., 1ra. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, t. I, 1969, págs. 534 y ss. Respecto de la justicia: RAWLS, John, "A Theory of Justice" 10a. ed. Cambridge, Harvard, 1980.

les, son marcos de calidad quizás insuperable para el "diálogo" de la justicia (9), más aún cuando se constituyen por vía negocial (10).

El mantenimiento a ultranza de las obligaciones voluntarias otorga "vida propia" a la voluntad, *fraccionando* así el complejo real y produciendo seguridad, pero a veces a costa de despliegues de valor superior, o sea de manera injusta. Las obligaciones constituyen un magnífico camino para encontrar senderos nuevos de la vida, que —como no somos omniscientes— debemos respetar pese a no compartirlos; pero también en este sentido —sobre todo si tenemos en cuenta la "objetividad" del valor— pueden producirse desviaciones ilegítimas.

7. Las obligaciones del primer grupo, surgidas de la voluntad de los obligados y principalmente del acuerdo, quedan legitimadas desde el punto de vista de los repartidores y los recipiendarios por esa voluntad y ese acuerdo, pero un gran interrogante al respecto consiste en saber si esa legitimación por la voluntad y el acuerdo de los interesados produce sólo una presunción de la justicia del resto del reparto, y en particular del objeto, o si basta con la voluntad y el acuerdo para constituir en legítimo a todo el reparto obligacional. Obviamente, las obligaciones del segundo grupo, al no contar con la voluntad y el acuerdo de los interesados, deben apoyarse en una aristocracia (superioridad moral, científica y técnica) de quienes las establecen (aunque tengan también proyección democrática "paraautónoma"), y han de demostrar su justicia desde los restantes aspectos, sobre todo desde el punto de vista del objeto del reparto. En definitiva se trata de evitar los desequilibrios "patrimoniales" (quizás en última instancia deba reconocerse, "personales") ilegítimos.

Se plantea así, con especial intensidad, la vieja discusión acerca del fundamento "*subjetivo*" u "*objetivo*" de las obligaciones, que el individualismo resuelve en el primer sentido (11), y en el margen de tal discusión está la también antigua polémica sobre la primacía de la "legitimidad de origen" y la "legitimidad de ejercicio". En ambos casos, sin embargo, debe resolverse en última instancia por la preeminencia de la segunda perspectiva, o sea por el fundamento *objetivo* y la "legitimidad de ejercicio".

Desde el punto de vista de la justicia del objeto de las obligaciones, cabe distinguir las obligaciones *de medios* (según Henri Mazeaud, generales de diligencia) y las obligaciones *de resultados* (conforme a Mazeaud, de prestación cierta), reconociendo que las segundas suponen una mayor asunción de responsabilidad por el obligado respecto del objeto (12).

8. Si bien la concepción "subjetivista" tiene apoyo en la exigencia de justicia de respeto a la *unicidad* de cada hombre, affín al liberalismo, en última instancia la unicidad no

(9) Puede v. al respecto el reciente tomo de "Archives de philosophie du droit" "Dialogue, dialectique en philosophie et en droit", t. 29, 1984.

(10) Es posible v. CIURO CALDANI, "Estudios..." cit., t. II, págs. 40 y ss.

(11) V. VILLEY, Miguel, "Seize essais de philosophie du droit", Paris, Dalloz, 1969, págs. 234 y ss.

(12) SALVAT, Raymundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino-Obligaciones en general", 6a. ed., act. por Enrique V. Galli, 1a. reimp., Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, t.I, 1057, págs. 32 y ss. y MAZEAUD, Henri y León-MAZEAUD, Jean, "Lecciones de Derecho Civil", trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, parte II, vol. I, Bs. As., EJEA, 1969, págs. 21 y ss.

puede excluir la *igualdad* ni tampoco la *comunidad*, que también requiere la justicia y conducen al “*objetivismo*”. El “*subjetivismo*” es afín a la protección de l individuo contra el régimen; en tanto que el “*objetivismo*” se aproxima más al amparo del individuo respecto de los demás, de sí mismo y “*lo demás*”.

9. En el *horizonte filosófico* puede advertirse que el apego exagerado a cualquiera de las fuentes de las obligaciones e incluso a cualquiera de sus contenidos es indicio de *idealismo genético*, posición según la cual se cree que el sujeto crea al objeto. En cambio, la búsqueda del justo equilibrio entre las fuentes y entre los contenidos es expresión del acertado *realismo genético*.

A nuestro entender, *en suma*, el consenso es amplia pero no necesariamente legítimo de la obligación, y para afirmar esta idea, basada en la plenitud de la justicia, no es imprescindible recurrir a formalizaciones de “vicios” en el consentimiento como suele hacerlo el individualismo: basta con la injusticia “final” que puede surgir de la gravitación del objeto. Son éstos los marcos en que pueden entenderse plenamente instituciones como la “lesión”, cuyo centro de gravedad es, en este sentido, “*objetivo*”, y del estado de necesidad en el cumplimiento de las obligaciones.

III. LAS SOLUCIONES PARA LOS CASOS JUSPRIVATISTAS INTERNACIONALES

10. El Derecho Internacional Privado fue llevado —por esfuerzos como el de Werner Goldschmidt— a grados de perfección formal intrínseca excepcionales, pero hoy, de resultas principalmente de la crisis de la comunidad internacional a la que se refirió, está también él en crisis. Las dos circunstancias confluyen para hacerle especialmente necesario el auxilio de la *filosofía* y, como hemos dicho, este apoyo debe hacerse efectivo al constituir los tipos legales y elegir los puntos de conexión. Todo lo que hemos señalado en el punto II debe ser tenido en cuenta, a nuestro parecer, para resolver los casos jusprivatistas internacionales obligacionales.

11. En general la vinculación de las obligaciones con la voluntad de los obligados conduce a la preferencia por la “*autonomía universal*” o la *elección autónoma* del Derecho aplicable (13) y a la relación con el *lugar de celebración* o el *lugar de emisión*; en cambio la referencia mayor al objeto de las obligaciones orienta hacia los puntos de conexión *lugar de ejecución*, *lugar del hecho lícito o ilícito o regulación de la relación a que responde la obligación*. En cuanto se precise que en la obligación son importantes los sujetos y quizás la diligencia, cabe inclinarse por la solución y los puntos de conexión señalados en primer término, y cuando se entiende que importan más el objeto y los resultados la opción por los segundos queda más

(13) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable”, en “Juris”, 14/18 y 21/VII/1975, t. 47, págs. D. 29 y ss.

consolidada. Por otra parte, cabe agregar que a veces la consideración del desequilibrio en cuanto a los sujetos hace que los actos de beneficencia se rijan por la ley del *domicilio del beneficiario*.

Como las obligaciones deben fundarse en definitiva en la justicia, la elección de las diversas soluciones internacionales depende, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, de que en última instancia ellas contribuyan a que se realice ese valor mediante el *respeto al elemento extranjero* y, al fin, a lo que podemos denominar *justicia privatista en la comunidad internacional*.

12. Si bien en las áreas predominantemente "civilistas" la justicia exige el "*análisis*" de los casos diferenciando la capacidad, la forma y la validez intrínseca y a veces los efectos de las obligaciones, las perspectivas *comerciales*, especialmente iluminadas por la utilidad y por la celeridad y la seguridad que ella exige, requieren con frecuencia una "*síntesis*" de tales aspectos y, en cambio, en ciertos casos un especial *análisis* territorial. Así, por ejemplo, en la compraventa internacional existe la tendencia a "nacionalizar" la exportación en favor del exportador (14); en el transporte terrestre se tiende a su unidad fáctica y jurídica (15); en la letra de cambio y los papeles análogos la orientación suele ser regir todos los aspectos con autonomía de la ley aplicable a cada acto cambiario (16), y en relación con el cheque la tendencia es favorable a someter todo el régimen a la ley del domicilio del banco librado (17) e incluso —con especial intensidad— a la uniformidad del Derecho interno (18). Si a veces, por ejemplo en la compraventa, en el transporte y en la letra de cambio, predomina la voluntad, en otros casos, como en el cheque, hay una mayor afinidad con la consideración del objeto de la obligación, no tanto por el equilibrio de las prestaciones como por la dificultad para cumplir con la exigencia de celeridad.

13. En el área *laboral* el desequilibrio subjetivo, que hace presumir un desequilibrio objetivo, suele exigir la aplicación de la ley *más favorable al trabajador*, quizás también en cuanto a capacidad y forma, y la importancia del objeto (en este caso el trabajo humano) hace aconsejable optar —cuando no se aplique la regla anterior— por el Derecho del lugar de ejecución. Sin embargo, en cuanto se piense en la validez de la voluntad, cabe tomar en cuenta la ley del lugar de celebración, y es así que también a veces se recurre al "corte objetivo" ("grande coupure"), sometiendo la validez del contrato de trabajo a una ley vinculada directamente con

(14) V. por ej. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., pág. 402.

(15) Id., pág. 403.

(16) Id., pág. 404.

(17) Id., pág. 405.

(18) Puede v. en general LOUSSOUARN, Yvon-BREDIN, Jean-Denis, "Droit du commerce international", París, Soufflot, 1969, también v. BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", Bs. As., Depalma, 1978, págs. 457 y ss.

esa voluntad o al Derecho del lugar de celebración, y los efectos a la ley del lugar de ejecución (19).

14. Si bien el Derecho Internacional Privado Civil exige el empleo del método indirecto complementado con los métodos analítico-privatista (mejor que “análogo” (20))y sintético-judicial, el Derecho Internacional Privado Comercial y el Derecho Internacional Privado del Trabajo muestran otros aspectos de la justicia jusprivatista en la comunidad internacional, menos vinculados —por el espíritu propio de cada una de las materias de que se trata— a los criterios de “análisis” tradicionales y más al servicio de perspectivas crecientemente mundiales, donde lo que en definitiva ha de importar es la respuesta justa al problema obligacional en una comunidad cada vez menos “escindida” en sentido internacional. En un mundo que cada día vuelve más sus ojos a los derechos naturales “universales” del hombre y que se relaciona más desde el punto de vista obligacional y desde la perspectiva económica en general, las diversidades que enseña a respetar el método del “conflicto de leyes” pierden parte —sólo parte— de su significación, aunque su exigencia por las *particularidades internacionales* sigue siendo la razón de ser última de la autonomía de nuestra materia.

El Derecho Internacional Privado es, a nuestro parecer, más que el Derecho de respeto a los elementos extranjeros el Derecho de *respeto a las particularidades internacionales* —sean nacionales o extranjeras—. Esas particularidades existen con especial intensidad en el Derecho Civil y en el Derecho del Trabajo referidos a la materia obligacional y, sobre todo, cuando se procura establecer en cada circunstancia la justicia del objeto de la obligación. En la perspectiva del Derecho Comercial —que en su momento presenció el desarrollo burgués de la formación del Estado nacional— reina mayor simplicidad y se tiende en cambio a una mayor uniformidad, al servicio frecuente de proyecciones mundiales (21).

La cabal inserción filosófica del Derecho Internacional Privado, en este caso obligacional, en el Derecho Privado, puede significar también, a nuestro parecer, un aporte a la *Teoría General del Derecho* entendida como “sistema jurídico” (22).

(19) V. GOLDSCHMIDT, “Derecho... cit., págs. 405 y ss.

(20) Puede v. CIURO CALDANI, “Estudios...” cit., t. III, págs. 32 y ss.

(21) Esto no excluye que, en el horizonte de “publicización” que excede al Derecho Internacional Privado, se desarrolle un fuerte neo-territorialismo.

(22) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para la Teoría General del Derecho (El “sistema jurídico”)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984 (próximamente en “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985).

NOTAS JUSFILOSÓFICAS SOBRE LAS RAICES POPULARES DE LA CULTURA Y LAS "LETRAS" DE LOS TANGOS "SUS OJOS SE CERRARON" Y "CAMBALACHE"

Miguel Angel CIURO CALDANI ()*

Homenaje a Carlos Gardel en el
50º Aniversario de su muerte y a
Enrique Santos Discépolo,
arquetipos de la cultura popular argentina.

I. LAS RAICES POPULARES DE LA CULTURA

1. Como proyección del hombre a la realización de los valores, la cultura se nutre de todas las expresiones de lo humano. El hombre no puede descubrir su deber ser sino en base y a la luz de todas las expresiones de su ser, en sus despliegues inescindibles individuales y comunitarios. Sin embargo, reflejando la desintegración del ser humano, que suele ser especialmente grave en países como el nuestro, con frecuencia carentes de desarrollo de cultura "auténtica" (1) y orientados a la "recepción" de culturas importadas, correspondientes a otras raíces vitales, muchas veces se escinden (2) la cultura "*popular*" y las manifestaciones "*cultas*", sin tener en cuenta que por aceptación o rechazo los dos niveles expresan perspectivas innegables de la propia humanidad.

Para que los despliegues comunitarios de la humanidad se desarrollen como lo exige la "humanidad" cabal es imprescindible que las dos orientaciones se integren, comprendiendo que ninguna puede desenvolver auténtica creación cultural prescindiendo de la otra. Los despliegues populares deben llegar a los niveles del "espíritu objetivo" y los despliegues "cultos" necesitan nutrirse de la vitalidad popular para no caer en "civilizaciones" artificiales, que no pueden desembocar sino en la *decadencia*. Como los hombres nos realizamos al hilo de los valores, la escisión de la cultura significa importantes perturbaciones, generalmente negativas, en todas las posibilidades de convivencia y también en el Derecho.

(*) Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 152 y ss.

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

2. Cuando los niveles populares y "cultos" están escindidos, la *dimensión sociológica* del Derecho se orienta más al desarrollo de la *autoridad* (con su valor natural relativo "poder") y de la *planificación gubernamental* (con su aspiración inherente al valor natural relativo "previsibilidad"), en detrimento respectivo de las realizaciones autónomas (surgidas del acuerdo y satisfactorias del valor natural relativo cooperación) y de la ejemplaridad (desenvuelta al hilo del modelo y el seguimiento apoyados en la razonabilidad, y satisfactoria del valor natural relativo "solidaridad"). En definitiva, el orden mismo (con su valor natural relativo homónimo) se desintegra, e incluso la posibilidad misma de los repartos (con su valor natural relativo "conducción") disminuye, incrementándose por último o bien la conducción externa, a través de las "centrales" que originan la "cultura" considerada superior, o bien las distribuciones por influencias humanas difusas.

3. En la *dimensión normológica* la escisión de los niveles populares y cultos limita las posibilidades de realización del valor natural relativo *fidelidad* en las normas y el ordenamiento, porque la comunidad posee interpretaciones y voluntades dispares respecto de unas y otro, y significa sobre todo obstáculos para satisfacer el valor natural relativo *exactitud* porque las normas y el ordenamiento encuentran siempre resistencias para su cumplimiento. Desde otra perspectiva, la escisión de los niveles populares y cultos disminuye el imperativo de la *legalidad* y las posibilidades de que la comunidad tenga las claves culturales generales que hacen posible el funcionamiento de los *sistemas*, sean éstos materiales o formales.

4. En relación con la *dimensión dikelógica*, la escisión entre lo popular y lo culto significa necesariamente la descomposición del complejo axiológico, a través de fenómenos de *subversión, inversión o arrogación* de valores, con el consiguiente predominio de valores fabricados falsos, que terminan devorando, en definitiva, a la justicia y a la humanidad cabales. Al producirse la división de las perspectivas del valor se consuma la desintegración de las distintas "clases" de justicia, con la búsqueda de algunas en indebido detrimento de las otras y, sobre todo, se hace imposible una verdadera justicia "integral", de participación, relativa y general (3).

La escisión cultural motiva *fraccionamientos* infundados de la justicia, principalmente a través de cortes indebidos en las consecuencias y en el complejo personal, introduciendo así un exagerado desarrollo de la seguridad jurídica producida por los fraccionamientos. Por otra parte, las dificultades para llegar a las valoraciones completas entronizan *criterios generales orientadores falsos* y no puede sino desembocarse en una *crisis* permanente, más o menos consciente.

Asimismo, la escisión entre lo popular y lo culto obstaculiza no sólo la autonomía, sino la formación de verdaderas *aristocracias* (en tanto se falsifican como tales los niveles

(3) Puede v. CIURO CALDANI, "Estudios..." cit., t. III, 1984, págs. 40 y ss.

"cultos") porque toda superioridad moral, científica o técnica debe estar referida a las circunstancias en que se desarrolla. Entonces se limitan los alcances de la *actividad creadora*, condenando a la generalidad a una *rutina* más o menos evidente, y se dificulta la superación de la *soledad*. Además se impide que se alcancen debidamente las formas justas del proceso y la negociación para llegar a los repartos autoritarios y autónomos, incrementándose, en cambio, la mera imposición y la adhesión. En suma: se debilita tanto la *legitimidad "de origen"* como la "de ejercicio".

Por otra parte, la escisión de lo popular y lo culto bloquea las posibilidades del humanismo, favoreciendo al *totalitarismo* y al *individualismo radical*. Así se traba el reconocimiento de la igualdad y la unicidad de todos los hombres, abriendo posibilidades al *privilegio* y, en especial, se dificulta el desarrollo de la comunidad, promoviéndose la *deslealtad*. En otro sentido, se limitan las posibilidades de la *tolerancia*, forzada a intervenir exageradamente, y se crean vías para la *agresión a través de la cultura*.

5. En el horizonte *político general* la escisión de lo popular y lo culto promueve los conflictos entre las ramas del mundo político, parcialmente falsificadas, y se llevan, sobre todo, enormes dificultades a la *política cultural*. En el horizonte *filosófico general* suele expresarse así el *idealismo genético*, que entiende que el sujeto (en especial el hombre) crea al objeto, desconociendo la complejidad que, en cambio, reconoce debidamente el realismo genético.

6. Sobre estas bases deseamos presentar algunas ideas que nos parecen esclarecedoras para comprender dos expresiones de diferentes alcances —ambas relativamente parciales pero significativas— de la *cultura popular* argentina rioplatense de hace algunas décadas. El tango es en general un veneno no suficientemente aprovechado para comprender nuestra cultura popular que, por otra parte, refleja con frecuencia los rasgos que da a nuestra vida la escisión señalada (4).

Sea cual fuere la realidad de su existencia, por haber permitido la formación del mito que lo envuelve, Carlos Gardel —artífice “inmortalizador” de “Sus ojos se cerraron”— merece ampliamente, en la “metajusticia” (5) histórica, un lugar de primera jerarquía como el que goza en la cultura popular argentina.

Gardel como cantor del amor y Enrique Santos Discépolo —autor de “Cambalache”— como vate del sentido de la justicia y el amor, en una perspectiva del conflicto que les presenta la utilidad, son verdaderos arquetipos de la idiosincrasia nacional, con amplias *raíces universales*. Ha dicho recientemente Silvina Bullrich que “el tango es la expresión de los humildes, de los inmigrantes orilleros, de hombres y mujeres de mala vida, de los cuchilleros, de “las minas”, del “bulín”, de la pieza de conventillo, del arrabal”; pero también ha señalado

(4) Es posible c. CIURO CALDANI, “La escisión...” cit.

(5) Puede v. CIURO CALDANI, “Estudios...” cit., t. II, 1984, págs. 168 y ss.

que los argentinos "no hemos hecho nada más valeadero, más universal, más ingenioso, más descriptivo que nuestros tangos" (6).

La popularidad del tango permite que a través de la ejemplaridad de sus valoraciones se exprese lo más profundo de nuestro ser, que —como debemos asumirlo con todas las responsabilidades correspondientes— es, a su vez, un componente del ser de la humanidad universal. A través del tango se logró un momento de integración de diversos sectores de la cultura argentina y se expresó gran parte de la argentinitud en proyección universal.

Es verdad que las jóvenes generaciones no tienen, no pueden y no deben tener en concreto los mismos problemas vitales que expresa el tango, pero no nos cabe duda que obras como las dos que aquí comentaremos son manifestaciones de nuestras más profundas y permanentes raíces y de una problemática en realidad inherente a la condición humana.

"Cambalache" es en especial una muestra *clásica* de toda crisis de la vida jurídica. El tango en general y "Cambalache" en particular son expresiones insustituibles del siglo XX y de su *crisis*, desde un país especialmente *crítico* (7).

II. LA "LETRA" DEL TANGO CANCION "SUS OJOS SE CERRARON" (MUSICA DE CARLOS GARDEL, LETRA DE ALFREDO LEPERA) (8)

7. En la *dimensión sociológica* la "letra" del tango "Sus ojos se cerraron" plantea un horizonte de creencia en el *destino* y una *limitada posibilidad repartidora (conductora) del ser humano* ("*burlándose el destino...). Se muestra al hombre a merced de las distribuciones, evidenciándose así el *fatalismo* que solía caracterizar a ciertos sectores argentinos (9).*

Los versos de "Sus ojos se cerraron" muestran además el conflicto entre los *móviles, las razones alegadas y las razones sociales* ("*todo es mentira, mentira ese lamento*")

(6) BULLRICH, Silvina, "Gardel es el tango", en "La Nación" Revista, 23 de junio de 1985, pág. 10.

(7) V. FERRER, Horacio, "Alma del siglo XX", en "Clarín" Suplemento especial, 24 de junio de 1985, pág. 3; puede v. CIURO CALDANI, "Estudios...", cit., t. II, págs. 63 y ss.

Acerca del tango en general v. FERRER, Horacio, "El libro del Tango", Bs. As., Tersol, 1980 (3 ts.); "El tango. Su Historia y Evolución", Bs. As., Peña Lillo, 1960; CARRETERO, Andrés, "El compadrito y el tango", Bs. As., Pampa y Cielo, 1964; VILARIÑO, Ideá, "Las letras de tango - La forma, temas y motivos", Bs. As., Schapire, 1965; GARCIA JIMENEZ, Francisco, "Así nacieron los tangos", Bs. As., Losada, 1965; ASSUNÇÃO, Fernando O., "El tango y sus circunstancias", Bs. As. El Ateneo, 1984. En relación con el poder formador del canto, v. por ej. MASSUH, Víctor, "La Argentina como sentimiento". 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1983, págs. 132 y ss.

(8) "Sus ojos se cerraron", ed. Julio Korn. Es posible v. BARCIA, José - FULLÉ, Enriqueta - MACAGGI, José Luis, "Primer Diccionario Gardeliano", Bs. As., Corregidor, 1985; FERRER, "El Libro..." cit., t.I, págs. 338 y ss. y t. II, págs. 458 y ss.; EICHELBAUM, Edmundo, "Carlos Gardel", Bs. As., Javier Vergara, 1985 (ed. Danöel, 1984); GARCIA JIMENEZ, Francisco, "Vida de Carlos Gardel (contada por José Razzaño)", 4a. ed., Bs. As., distr. Crismar, 1951; SPINETTO, Horacio Julio, "Carlos Gardel. Regalo y Permanencia", en "Todo es Historia", N° 218 (junio de 1985) y otros aportes al tema en esa misma publicación.

(9) BULLRICH, op. cit., pág. 10.

propios de una situación crítica. Surgen de ella asimismo los límites necesarios de los repartos, físicos ("*quise abrigarla y más pudo la muerte*"), o por debilidad de la solidaridad "*político social*" (*Yo sé que ahora vendrán caras extrañas/con su limosna de alivio a mi tormento/todo es mentira, mentira ese lamento...). Esta dificultad para relacionarse que evidencia el hombre argentino se relaciona con la soledad del gaucho y de los inmigrantes, especialmente quizás de los italianos meridionales, víctimas de tantos siglos de dominación.*

8. La "letra" del tango "Sus ojos se cerraron" plantea una cuestión de "*parajusticia*" dependiente de la integración de la justicia con el amor. Hay una fuerte referencia a la justicia con acepción (consideración) de personas y una clara expresión de la justicia de aislamiento. Expresa asimismo un deseo insatisfecho de desfraccionamiento del continuo personal y del complejo espiritual de la vida ("*y mientras en las calles/en loca algarabía/el carnaval del mundo...) y un fraccionamiento desesperanzado del porvenir ("*En vano yo alentaba/febril una esperanza*"). Hay, así, una profunda crisis de la justicia por crisis de la solidaridad.*

En cuanto a la justicia del objeto del reparto, se muestra a la vida concebida como alegría ("*se apagaron los ecos/de su reír sonoro*") y dulzura; se evidencia la dificultad para superar —como hemos señalado— la soledad y se refleja la resistencia —propia de los pueblos meridionales europeos— a aceptar la muerte. Además expresa, sin embargo, la injusta idea posesiva en la relación del hombre con la mujer ("*su boca que era mía*" (10)). La idea de unicidad de cada ser humano está rayana en el individualismo.

9. En el horizonte filosófico general el tango "Sus ojos se cerraron" muestra el disloque del hombre en relación con el cosmos, su dificultad para comunicarse ("*hoy esté solo mi corazón!*"). No se halla debidamente resuelta la integración del hombre en la historicidad y en la comunidad, quedando la perspectiva vital limitada a cada individualidad física, y hay una necesidad de trascendencia temporal frustrada.

Pese a la referida concepción de la vida como alegría, hay una fuerte referencia a la crueldad de la existencia y un sabor a maldad de la naturaleza del hombre y el cosmos (quizás "caos": "*la muerte agazapada/marca su compás*"; "*burlándose el destino/me robó su amor*"). Contrastá la riqueza espiritual del personaje con la crueldad que sin embargo atribuye a los demás y al cosmos, dando un claro sentido de tragedia (11).

Planteadas así las cosas, hay una fuerte perspectiva de idealismo genético, en que el mundo queda dividido en "buenos" (el personaje y su amada) y "malos", con claras proyecciones maniqueas; aunque la búsqueda de la poesía tiende con frecuencia a las proyecciones idealistas.

(10) V. DENEVI, Marco, "Gardel ha muerto, muera Gardel", en "La Nación", cit., págs. 6/7.

(11) El sentido contradictorio de la tragedia adquiere especial importancia en tangos como "Arrabal amargo" (v. VILARIÑO, op. cit., págs. 231/232).

III. LA "LETRA" DEL TANGO "CAMBALACHE" ("LETRA" Y MUSICA DE ENRIQUE SANTOS DISCEPOLO) (12)

En cuanto a la *dimensión sociológica*,

10. la "letra" del tango "Cambalache" evidencia un *conflicto* entre los repartos que desearía el protagonista y otras adjudicaciones que critica, surgidas aparentemente de *influencias humanas difusas*. Es notoria la contradicción entre los *problemas* que presenta esa crítica y la *ausencia de soluciones* que superen la mera denuncia de las circunstancias.

Los *límites necesarios* de los repartos tienen también una clara proyección en las *dificultades* para la espontaneidad y el valor *solidaridad*, a raíz del conflicto entre las aspiraciones del protagonista y la práctica social que denuncia, expresándose un *cambio cultural revolucionario* y una *anarquía social, institucional y teleológica*.

11. En la *dimensión dikelógica* se advierte una idea de "*metajusticia*" ("Que allá en el horno/nos vamo a encontrar!"), alimentada en parte por el fracaso de la justicia del mundo jurídico ("IDale nomás!/IDále que val"). El conflicto que advierte el protagonista entre *valores absolutos y relativos*, principalmente el poder, se resuelve en una firme defensa de la jerarquía natural. Es así cómo se denuncia a los "*maquiavelos*" y que vivimos "...en un mismo lodo/todos manoseaos!..." ("Todo es igual!/Nada es mejor!"; "No hay aplazaos/ni escalafón,"). Es firme el rechazo a los valores *fabricados falsos*: ("Si uno vive en la impostura") y, en definitiva, como el propio título del tango lo muestra, se repudia la arrogación del material estimativo de los otros valores, entre los que se encuentran la *santidad y la justicia*, por el valor *utilidad* subvertido, a su vez, contra el valor *humanidad* ("y herida por un sable sin remaches/ves llorar la Biblia/contra un calefón!").

La desorientación valorativa se acentúa por exceso en la referencia a ciertos valores, sobre todo en cuanto son relativos (como lo muestra la caracterización del "*febril*" siglo XX) y los "*grados*" en la realización de cada valor se muestran en el contraste entre don Chicho y Napoleón.

Todo valor genera una legitimidad y exige una lealtad, a la que se refiere el protagonista por ejemplo cuando se solidariza con los "*estafaos*" y denuncia "Hoy resulta que es lo mismo/ser derecho que traidor...!. La *racionalidad* necesaria para el "descubrimiento" de

(12) "Cambalache", ed. Julio Korn. V. GALASSO, Norberto, "Discépolo y su época", Bs. As., Alvarez, 1965; BARCIA, José, "Discépolín", Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1971; FERRER, Horacio, Arturo, SIERRA, Luis Adolfo, "Discépolín", Bs. As., del Tiempo, 1965; FERRER, "El Libro..." cit., t.I, pág. 304 y ss. y t. II, pág. 342 y ss. (v. la relación que expone entre Discépolo, Arlit y Scalabrini Ortiz; C. asimismo SCALABRINI ORTIZ, Raúl, "El hombre que está solo y espera", Bs. As., Tráfico; ARLT, Roberto, "Aguafuertes portefolias. Entre crotos y sabihondos", ed. Edicom, Bs. As., 1969.

(13) Los asaltos contra el valor amor tienen expresión magistral en "Yira... yira", de la misma época que "Cambalache" (v. GALASSO, op. cit., pág. 108).

las valoraciones —principalmente en valores como la justicia— se evidencia en la protesta con que el protagonista aproxima el valor con la razón (“...qué atropello/a la razón!”). A su vez, la importancia de la *moral* y en especial de la “*virtud moral*” para la vida del valor se expresa diciendo “*los inmorales/nos han igualao*,” “y el que no afana es un gil!”. Por otra parte, el tema del *respeto* se presenta nítidamente: “*¡Qué falta de respeto...*”, “*igual que en la vidriera irrespetuosa/de los cambalaches/se ha mezclao la vida*”.

La actitud del protagonista ante la situación que denuncia no es directamente constructiva, pero quizás sí lo es indirectamente, evidenciándose así la dificultad de ciertos sectores argentinos para asumir plenamente su *deber de actuar*, y la indiferencia relativa ante el valor es señalada al decir “*Que a nadie importa/si naciste honrao!*”. La reacción está parcialmente planteada en términos de *desinterés* por la realidad y renuncia al valor (o sea de deserción, de “antiasunción” del valor), como lo muestran los versos “*No pienses más, sentate a un lao!*” y, sobre todo, la presentación de la “*letra*”, que comienza diciendo “*Que el mundo fue y será una porquería/ya lo sé...*” De aquí la mera referencia al carácter “*problemático*” del siglo XX, sin ensayar —como señalamos— una propuesta superadora.

Es clara la *falta de esperanza* y de proyección a la utopía (podría hablarse de “*hiperrealismo*”, en cierto sentido), cuando el juicio negativo del protagonista acerca del mundo es referido al “*quinientos seis*” y al dos mil también; pero sin embargo hay una cierta añoranza del pasado, relativamente convertido en “*utopía*” (14). Asimismo hay una denuncia del fraccionamiento indebido de la justicia, sobre todo de los antecedentes y del complejo real en cuanto a la virtud (ya citamos “*Que a nadie importa/si naciste honrao!*”).

Otro significado importante del tango “*Cambalache*” es la denuncia de la falta de aristocracia (“*da lo mismo que si es cura,/colchonero, rey de bastos/caradura o polizón!...*”; “*Cualquiera es un señor!/Cualquiera es un ladrón!...*”). En cuanto a los objetos repartidores, se hace referencia a la *vida* (“*que el que mata, que el que cura*”); a la *propiedad* (rechazo del “*chorro*”; “*y otro roba en su ambición*”); a la *ciencia* (aprobación del “*sabio*” y del “*gran profesor*”) y a la *actividad productiva* (jerarquización del que “*labura/noche y día como un buey!*”).

En definitiva, la obra presenta una crisis de los criterios de *legitimidad* profundamente enraizada en nuestro pueblo.

12. En la *dimensión normológica* “*Cambalache*” expresa una crisis de la noción de *legalidad* (que motiva el rechazo del que “*está fuera de la ley*”). Esta legalidad es parcialmente concebida como un “horizonte” de legitimidad; aunque toda la “*letra*” (por ejemplo al diferenciar al que mata y al que está fuera de la ley) es una distinción de las realidades *positivas* y el *Derecho Natural*.

(14) La desesperanza se muestra también claramente en “*Canción Desesperada*” y “*Uno*”.

13. En su proyección histórica el tango "Cambalache" muestra al siglo XX, caracterizado por el especial imperio de los valores utilidad y poder, enjuiciado por el complejo de valores más rico que se reconoció en el siglo XIX. El tango en general, y "Cambalache" en un lugar muy destacado, corresponden en particular a un país como Argentina en las primeras décadas del siglo XX, en la que un hombre básicamente comunitario —de raíces meridionales europeas—, que necesita comunicarse a través de valores, pero aislado por causas individuales y sociales, se siente profundamente *solo* y *desorientado*. Pese a las profundas raíces universales del problema, la forma de reacción es propia del hombre argentino de ese momento.

Norberto Galasso, biógrafo de Enrique Santos Discépolo, ha podido decir que "Cambalache" sintetiza el panorama social de la Argentina y del mundo en ese sombrío año 35 (15). Desde entonces nuestra cultura ha buscado *nuevas vías de integración*, incluso en la masificación, el terrorismo y la dictadura, y el mundo se desgarró en la "Segunda Guerra Mundial", que resolvió en cierto sentido las tensiones cargadas por la época (16).

El hombre que se expresó profundamente mediante el tango "Cambalache" ya no existe en la "superficie" de nuestro estilo vital. La gran resistencia del complejo axiológico del tango ha concluido y por lo menos en los últimos años la vida europea ha marcado rumbos de mayor conformidad y "razonabilidad", que parecen estar ingresando en Argentina. Pese al "sabor" a decadencia del clima que denuncia, "Cambalache" es —como el tango en general— una expresión de "cultura" en sentido estricto, pero ahora vivimos en un período de "civilización" o quizás de *decadencia*. No nos cabe duda, sin embargo, que ese modo de ser hombre sigue perteneciendo a lo más profundo de nuestra idiosincrasia nacional, surgida de hondos niveles de la cultura Occidental.

IV. CONCLUSION

14. Las características de soledad y desesperanza reveladas por los tangos "Sus ojos se cerraron" y "Cambalache" evidencian líneas de "desgarramientos" del alma argentina, por lo menos en los sectores populares, y a través de ellas puede penetrarse —como siempre lo permite el arte— en los niveles más profundos de nuestro ser (17). ¡Ojalá que estas notas contribuyan a un mayor desarrollo de las investigaciones jusfilosóficas sobre nuestra cultural!

(15) GALASSO, op. cit., pág. 100. Cuando se derrumba una tabla de valores hay más espacio para los "trepadores".

(16) Podré v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, en especial el esquema orientador para la filosofía de la historia del Derecho "Continental".

(17) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

CULTURA Y SISTEMA JURIDICO

(Perspectiva iusfilosófica del derecho egipcio)

Diego José COLOMINO (*)

I. INTRODUCCION

A) LOS CICLOS DE LA CULTURA EGIPCIA Y EL SISTEMA JURIDICO

Uno de los rasgos más significativos en la evolución del sistema jurídico egipcio lo constituye la repetición de ciclos que ofrecen características muy semejantes entre sí. En estrecha vinculación con la dualidad del contexto geográfico y con la estructura productiva, el esquema de los ciclos sería a grandes rasgos el siguiente. A un régimen de poder político fraccionado y asentado en la propiedad de la tierra, con una estructura productiva cerrada, aislada, y compuesto de una estratificación de tinte señorial, le sucede un período en que fuerzas centrífugas provocan una concentración del poder que termina por aislarse o independizarse del sustento inmobiliario. Paralelamente se generan condiciones de seguridad y posibilidades de comunicación que abren la economía y movilizan la riqueza. A la vez, este proceso centrípeto provoca una transferencia de funciones de las instituciones sociales intermedias (nomos, familia, etc.) en favor del estado centralizado.

La primera parte del ciclo encuentra condiciones de realización y subsistencia en la región del valle ("Alto Egipto"). Los elementos naturales han colaborado en el desarrollo de una estructura agraria cerrada y sin contacto con otros mercados, autoritaria, estratificada, señorial y estática. Impulsaron la creación de un modelo económico donde el grupo es autosuficiente y donde los contactos con el exterior resultan hasta innecesarios. Sin vías naturales de comunicación no presentaba incentivos para la producción o venta de excedentes acumulados. Los cambios aislados y esporádicos se reflejan en figuras jurídicas propias de este estadio socio económico. Pirenne expresa que: "En el valle, ..., la tierra ha agrupado a los hombres sometidos bajo la autoridad de señores terratenientes a la vez propietarios, príncipes y sacerdotes. La sociedad se ha organizado bajo la jerarquía de tierras y personas" (1).

Frente al valle, las ciudades del delta ("Bajo Egipto") comunicadas naturalmente al mundo exterior, encuentran en el intercambio y en el comercio la oportunidad de un desarrollo expansivo. En la zona marítima del delta, al contacto con el mar que les permite la relación con pueblos extranjeros, se forman ciudades. El comercio rompe la solidaridad tribal y libera de su poder al individuo; los intercambios provocan el auge de la civilización. La formación de fortunas en el ejercicio del comercio termina por destruir las antiguas jerarquías sociales, y el nacimiento deja de ser la medida de los hombres. El tráfico y su celeridad, requería por su parte unificación y seguridad. Sólo un estado general y centralizado podía ofrecer tales beneficios; ordenar los canales, construir caminos, puentes y sostener una fuerza militar para defenderla. Era necesaria también la unificación del derecho, y el impuesto real reemplaza a los antiguos tributos feudales locales con el fin de solventar los servicios indivisibles que prestaba.

(*) Investigador Categoría "E" del Consejo de Investigaciones de la U.N.R.

(1) "Historia Universal", trad., de 4ta. edic. francesa por J. Fontanille y M. Tamayo, México, ed. Cumbre S.A., 1978, T. II, p. XIV.

Como señala Wilson: "Establecido un orden nacional todo a lo largo del país, habría paz interior y la posibilidad de concentrar los esfuerzos en ese progreso agrícola, y un gobierno único regularía el uso del agua y de la tierra prohibiendo torpezas y abusos y estimulando la extensión del riego y de las plantaciones, a fin de imponer tributos más altos. El comercio se desarrollaría con más libertad, aumentaría el número de centros urbanos para la distribución de los artículos, y sería mayor el mercado y creciente el volumen de las mercancías" (2).

Como se advierte, el esquema centralizado, apto para encarar la progresiva desecación de los pantanos, irrigación de nuevas tierras, aumento de cosechas y especialización del trabajo, resultaba sumamente simpático a los sectores que vivían del intercambio y de la civilización urbana, pero terminaba por resquebrajar todo el esquema político y la estructura económica de la nobleza.

Sin embargo la coexistencia de ambos esquemas totalmente independientes no se prolongaba indefinidamente, y paradójicamente, la reunificación de las mismas bajo un poder único fue emprendida en dos oportunidades por lo menos, y por imperio de las armas, por familias feudales en condiciones de imponerse a las demás. Los señores del valle debieron aceptar la sumisión al "primus inter pares", y el estado nacional se organizaba siguiendo el modelo de las ciudades marítimas sobre las que se recostaba el gobernante en busca del poder financiero que el comercio podía ofrecerle. La realidad económica terminaba por imponer el modelo. Primero fue Menes perteneciente a una familia gobernante del "Alto Egipto" quien celebró el ceremonial de la "Unión de las Dos Tierras", sometiendo a los otros señores feudales y a las ciudades autónomas del valle (Reino Antiguo). Siglos después una familia poderosa de Tebas, ciudad sin ninguna ventaja comercial apreciable y de economía puramente rústica, habría de imponerse a los principados del Sur y emprender la conquista del Norte (Reino Medio). Idéntico camino se habría recorrido en la formación del "Imperio Nuevo". El gran resurgimiento nacionalista que acompañó a la lucha contra los "hicsos" aniquiló el patriotismo local y con él el poder de los nobles. En su mayoría los "monarcas" se opusieron a la ascensión de Tutmosis. El triunfo de éste hizo insostenible la situación de aquellos y no les quedó más remedio que renunciar a la soberanía y a los privilegios e inmunidades tributarias (3).

En el mismo momento en que se produce la unificación del estado y se transfiere la soberanía al faraón, las autonomías urbanas del norte y feudales del sur quedan reducidas. Al movilizarse la riqueza y abrirse la economía a los mercados exteriores los siervos logran la libertad, y las relaciones descansan más en los pactos que en el estatuto feudal. El hombre en su relación con las cosas las extiende a los bienes muebles, a la vez que las hace más fugaces. Los derechos personales sustituyen a las estáticas y casi eternas relaciones señoriales. La mujer se emancipa e iguala al hombre, y la supresión de la solidaridad familiar permite a los hijos

(2) WILSON, John A. "La cultura egipcia", trad. de Florentino Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 99.

(3) BURNS, Mcnall Edward, "Civilizaciones de Occidente, Su historia y su cultura", trad., Luis Echaverri y María M. de Martínez, Buenos Aires, Peuser Edic., 1970, p.51.

prescindir bien pronto de la tutela paterna. La patria potestad se atenúa y la familia comienza a reducirse al grupo de sangre. El estado centralizado y orgánico impone su autoridad igualitariamente y sobre todos los habitantes.

Interesa en este punto de la evolución, referir en qué momento y de qué manera actúan las fuerzas centrífugas que habrían de arrastrar al estado unificado a un posterior estadio feudal. Concretamente, el ciclo ascendente que acabamos de representar culminaba con una monarquía que profundizando la centralización del poder (político y religioso) evolucionaba hacia el absolutismo. La multiplicación de funciones asumidas por el estado y la complejidad de las mismas produjo con el transcurso del tiempo una excesiva proliferación del funcionariado. Wilson estima en tal sentido que la unión dinástica y la organización del estado produjeron una situación de seguridad y prosperidad que hicieron aumentar la población rápidamente, lo que trajo un repentino desajuste entre la capacidad del aparato económico en producir bienes y la demanda de los mismos. En tal caso, el estado, para paliar la crisis habría ampliado las obras públicas, por ejemplo la construcción de pirámides, a fin de dar trabajo a miles de campesinos alojados y alimentados a expensas del erario público. Pero el estado, enteramente dependiente del fisco sólo podía subsistir con los tributos. Hay que agregar que paralelamente, una poderosa oligarquía administrativa había arrancado al erario un régimen preferencial de exención impositiva. Compelido por los mayores gastos, y limitado por las inmunidades; el faraón aumentó la presión tributaria, y comenzó a ceder el monopolio fiscal a ciertos ciudadanos ricos y poderosos, otorgándoles en compensación privilegios sociales y políticos. Pronto estas funciones se convirtieron en hereditarias y al funcionariado remunerado y dependiente de la voluntad real siguió una nueva nobleza. Las condiciones estaban dadas para que esta oligarquía suplantara al estado centralizado, quien por falta de recursos, le abandonaba la autoridad. Los nobles habían descubierto sus propios poderes y comenzaron a asumir las prerrogativas que anteriormente eran exclusivas del rey y convertirse en dioses después de la muerte. Han llegado en tal sentido hasta nosotros, y principalmente de fines del "Reino Antiguo" cartas de inmunidad, decretos que promulgaba el faraón para conceder una ventaja excepcional a ciertos templos. Por lo general los eximían de los tributos de mano de obra y del secuestro arbitrario de sus bienes o de su mano de obra. Además, la exención de cualquier entidad bastante poderosa para ser un soporte efectivo del trono, inevitablemente producía un traslado de mayor presión sobre los menos afortunados. Tal distribución trajo aparejado el empobrecimiento de los pequeños propietarios, a lo que se sumaba el estado de inseguridad y anarquía ocasionados por el desmantelamiento del régimen central. No les quedaba otra alternativa que entregar sus tierras al poderoso terrateniente y vivir bajo la protección de su principado.

Desde el mismo momento en que el poder del rey se debilita y los nobles se hacen más fuertes, se halla quebrantada la solidez del estado. Cuando su economía se halla erosionada por la mano muerta de las fundaciones mortuorios y las cartas de inmunidad que le arranca la nobleza, se dan las condiciones para el cataclismo y quiebra de la unidad. La oligarquía acaba por desmembrar a la monarquía y el estado unificado se fracciona en una pluralidad de

principados feudales por un lado ("Alto Egipto") y un conjunto de ciudades independientes por otro ("Bajo Egipto"). La autoridad del estado se dividirá entre los terrenos convertidos en señores y la propiedad individual desaparece, porque los propietarios preocupados por su seguridad entregaban sus tierras a los señores, para volver a tomarlas en régimen de dependencia perpetua e inalienable. De tal manera, los templos en Egipto —lo mismo que los monasterios de la Edad Media en Europa— pasan a ser los más poderosos señores patrimoniales. En ellos la costumbre reemplazará al derecho escrito, la justicia adquirió un carácter formalista y verbal donde el registro de las actas fue sustituido por el juramento de las partes; el derecho individualista e igualitario de las épocas imperiales dio paso a un régimen de familias cuyas principales características eran la autoridad paterna, el derecho de primogenitura y el privilegio de la masculinidad.

B) RELEVANCIA DE LA RELIGIOSIDAD EN EL MARCO DE LA CULTURA

Un aspecto relevante de la cultura egipcia es su impronta religiosa. La influencia de la religión sobre la vida en Egipto es completa. Ha dejado su huella en casi todos los aspectos o manifestaciones de la actividad humana. El arte era una expresión del simbolismo religioso. La literatura y la filosofía rebasaban de preceptos religiosos, y en lo específicamente jurídico, la teoría del poder, fundamentalmente en el "Reino Antiguo" descansa en una concepción teocrática en la que el faraón se desempeña como el mismo dios. Tal espectro ha hecho decir a Dilthey que, la influencia del motivo religioso propia de la metafísica de los pueblos primitivos, ha mantenido en los pueblos orientales su dominio hasta la madurez y hasta su misma decadencia. Es cierto que la confianza en dios y la espera consoladora del destino más allá de la muerte, se unen a las experiencias de la conciencia moral, de la responsabilidad y fundamento de la imputación.

"Así en estos pueblos dirigidos por sacerdotes y personas sagradas, que también ponen sus leyes jurídicas en relación con Dios, penetran otros conceptos religiosos: el de una ley divina, el de la función judicial de Dios, el de los castigos que según el orden jurídico implica inmediatamente la violación de la ley, el de los medios para liberarse de estos castigos" (4).

Por nuestra parte reconocemos que el fundamento de estos conceptos lo constitúa la relación efectiva entre religión, moral y derecho que se daba en estos estados influídos por sacerdotes, pero no es menos cierto que el estrecho parentesco que Dilthey encuentra entre el sistema egipcio y los códigos "brahmanes" resulta tentadoramente discutible. Por otra parte la asfixiante actitud religiosa que Dilthey atribuye a la cultura egipcia es riesgosa si no se

(4) DILTHEY, Wilhelm, "Hombre y Mundo en los siglos XVI y XVII", trad. Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 13.

advierte previamente que nuestro conocimiento de la antigua cultura nilótica es desproporcionadamente grande en lo que se refiere a testimonios materiales de sus creencias mortuorias y del culto formal del templo, y pequeño en materias tan importantes como el trabajo, el gobierno, la economía y la organización social. La opinión de que los egipcios se interesaban excesivamente en la muerte y en el otro mundo, está condicionada por la circunstancia de que los restos materiales relativos a la muerte y a la vida en el otro mundo han llegado hasta nosotros protegidos por las arenas del desierto, mientras que los restos relativos a la vida en este mundo estaban principalmente en el fértil suelo aluvial, sujetos a la acción de la humedad, a la destrucción química y al desgaste, por eso no han sobrevivido. Además, la influencia de la religiosidad en la cultura egipcia no conduce de ninguna manera al predominio de concepciones místicas o de anhelos trascendentales. Antes bien, la religiosidad egipcia se compagina con un sentido vigoroso de la vida y sus alegrías. A diferencia del hindú, que entenderá la salvación como aniquilamiento de la existencia individual, el egipcio lo concibe como prolongación de la existencia individual y precisamente en las condiciones más idénticas a las de la vida presente (5). "La creencia egipcia en una vida después de la muerte, especie de inmortalidad que repetía los mejores aspectos de la vida en este mundo, fue uno de los elementos más extraordinarios de aquella cultura" (6).

Formuladas estas dos aclaraciones corresponde reconocer que de la misma manera en que la actitud religiosa hace apoyar el conocimiento en la revelación divina, en el plano jurídico lleva a apoyar el derecho en una ley de dios. Así pues, según los términos de la ley, el beneficiario puede disponer de los bienes de modo soberano, pero la ley no expresa en ellos todo el derecho. Fuera de ella existen obligaciones y límites que se imponen al hombre y que proceden de la solidaridad humana y voluntad divina. Pirenne reconoce en tal sentido que junto al individualismo "El título de gloria más bello de Egipto es el haber formulado, casi tres mil años antes de los evangelios, ...frases tan simples..." (7) que revelan una civilización saturada de idealismo donde la caridad y el no empleo de la fuerza constituyen los principios superiores de su moral.

Frente a la actitud voluntarista y pragmática de los romanos que separaron el derecho de las leyes religiosas y morales, la profunda vocación religiosa de los egipcios recomendaba en boca del moralista lo siguiente:

"Si eres grande después de haber sido pequeño, si eres rico después de haber sido pobre, no seas avaro de tus riquezas, puesto que te han sido concedidas como un don de Dios".

"Si cultivas tus campos, fructifican y Dios te da abundancia; no llenes tu boca sin tener en cuenta a tu prójimo".

(5) TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Madrid, Alianza Edit. S.A., 1978, t.I., p. 24.

(6) WILSON, John, ...op. cit., p. 101.

(7) PIRENNE, Jacques, "Historia de la civilización del Antiguo Egipto", trad. Dr. Juan Moluques de Motes, Barcelona, Edit. Exito, 1963, t. I, p. 189.

O la confesión de misericordia grabada en las tumbas egipcias:

"Di de comer al hambriento, di de beber al sediento, vestí al desnudo, ayudé a atravesar el Nilo al que no tenía barca, enterré al que no tenía hijos".

En esta cultura tan influída por el aspecto religioso el control del culto pasó a ser una cuestión vital, ya que monopolizado el mismo ofrecía a quien lo detentare un poder casi pleno sobre la vida jurídica de la sociedad. No es casual que la cuestión religiosa siga una evolución paralela con los ciclos históricos descriptos precedentemente. En la etapa feudal cada ciudad o señorío tenía sus deidades locales, que eran los dioses tutelares de la comunidad o personificación de fuerzas naturales. La unión del país en el Reino Antiguo trajo consigo no sólo la unificación territorial, sino también la fusión del culto. Todas las deidades tutelares se fundieron en el Dios Sol, Re o Ra. Posteriormente en el Reino Medio, cuando la unificación es llevada a cabo por la dinastía tebana, ese dios recibe el nombre de Amón o Amón Ra, que era el dios principal de Tebas. Esta circunstancia explica también que en el momento en que la monarquía evoluciona hacia el absolutismo, el rey se propone inmediatamente la dominación del clero. Así pues, los reyes de la cuarta dinastía consiguieron mediante una profunda reforma religiosa fundada en el monoteísmo acentuar el poder central. Keops reunió todos los cultos en torno al del Dios Ra, de quien se propagó al mismo tiempo vástago y encarnación.

La necesidad de que el faraón autócrata tuvo de justificarse ante el Dios supremo, Ra, para lograr la inmortalidad, además de tener que recurrir al ritualismo mágico, suponía un progreso moral con respecto a la fase anterior del ritualismo mágico exclusivo. Otro paso progresivo lo constituyó la extensión a las distintas capas sociales del privilegio de la inmortalidad pues sólo entonces fue posible para los egipcios una piedad personal. Todo el que aspirase a una gloriosa inmortalidad había de rendir cuentas de sus actos ante el tribunal de los muertos, presidido por Osiris.

C) INCIDENCIA DEL CONTEXTO GEOGRAFICO

La comprensión de la evolución de la cultura egipcia se halla facilitada en tanto se meritúe la profunda incidencia del marco geográfico sobre ella. Tal afirmación no importa sin embargo otorgar al contexto natural un efecto determinante y absoluto sobre el producto humano. Pero lo que no se puede ignorar es que el mencionado "ciclismo" o "repetición" de etapas en general semejantes, era posibilitado en gran medida por la permanente subsistencia de dos esquemas naturales, que, favoreciendo o estimulando formas de vida diversas (y a veces antagónicas desde el punto de vista económico) mantenían en letargo las condiciones de revitalización de una de ellas aún en los momentos más prósperos de desenvolvimiento de la opuesta. Precisamente, aquella denominación que el egipcio antiguo daba a su país, el de "las Dos

Tierras", expresaba la realidad geográfica aludida (8). Y esta realidad geográfica se emparentó con dos estilos jurídicos también diferentes, los que cada uno a su hora eran impuestos por los grupos dominantes de la comunidad.

El "Alto Egipto" se halla en contacto directo con los desiertos acantilados que lo encierran y atornillan económicamente. Su riqueza agrícola conserva vestigios de un pasado en el que el mayor interés residía en la ganadería, y su producción sólo tenía salida a través del Delta donde inexorablemente debía tributar a la clase urbana profesionalizada en el intercambio con otros pueblos. El "Bajo Egipto" mira al Mar Mediterráneo a Asia y a Europa; su riqueza agrícola suscita vivos intereses comerciales, y la profesionalidad del comercio despertó en ellos el sentido del lucro. Mientras que en valir la tierra siguió siendo el bien de producción por excelencia, en el delta las "mercancías" terminaron por importar más que los fondos. Mientras que en el valle la producción se estructuró en torno a la familia patriarcal, el delta asentó la unidad de producción sobre el trabajo de terceros (esclavos o mano de obra libre remunerada). En tanto el valle se cerraba en la autarquía y carecía de contactos con el mundo exterior, el delta hizo del intercambio con otros pueblos y hasta con el mismo valle la base de su sistema de vida.

II. ANALISIS TRIALISTA

A) DIMENSION NORMOLOGICA

a.1 EL ORDENAMIENTO NORMATIVO EN GENERAL

1.1. A MODO DE ADVERTENCIA

El conocimiento del ordenamiento jurídico egipcio se encuentra obstaculizado en primer lugar por un factor no humano. Como hemos adelantado, la mayor cantidad de restos conocidos procede de las arenas protectoras del "Alto Egipto", la parte más provinciana, mediterránea y conservadora del país. Los restos del "Norte" han perecido bajo los efectos del suelo húmedo y factores químicos. De tal manera, la zona que mantuvo contacto más intenso con otras civilizaciones vía Mediterráneo, es la que menos nos dice a través de sus documentos. Ella ha sido sin embargo desde el punto de vista jurídico la más dinámica y activa. Quizás su incidencia hubiere sido menos importante en los primeros tiempos, pero cuando bajo el gobierno de las dinastías XI y XII se lanzó al agua una "nave de Biblos" que permitía la navegación de altura, las rutas caravaneras que por el desierto llegaban al mar Rojo fueron eclipsadas, y el delta monopolizó en adelante todo el contacto con el exterior. Sin embargo, como ha dicho Eduard

(8) WILSON, ...op. cit., p. 101.

Meyer (9), el acceso del historiador a los testimonios históricos está siempre y en todas las partes merced al azar, de modo que no hay correspondencia racional entre la importancia y el interés intrínseco de un hecho histórico determinado y la cantidad y credibilidad de los testimonios históricos con que contamos para su estudio. Sin embargo, a nuestro entender, en la materia que nos ocupa, del hecho providencial de que el suelo reseco del "Alto Egipto" rinda al excavador moderno una gran riqueza de papiros se ha pretendido identificar la vida jurídica de todo el pueblo egipcio a partir de las minuciosas informaciones que sobre los métodos de agricultura, manufactura, comercio, gobierno, tenía la zona del valle, sin reparar en la sustancial diferencia que debe presumirse tenía la vida jurídica del delta. Tal deformación se ha visto a su vez ampliada en segundo lugar por un factor humano. Me refiero al predominio de concepciones reductoras de la juridicidad al plano estrictamente normativo, y más especialmente a la idea de norma formalizada. Aquí los riesgos de tal posición se ven sumamente intensificados. Como en la zona del Delta el accidente climático mencionado habría destruído toda especie de formalización, la consecuencia ha sido negar la existencia de derecho en el delta y transferir al mismo las estructuras jurídicas que se encuentran en el valle. En idílico romance "papirología" y "normativismo" se constituyen en sólidos obstáculos para el cabal conocimiento del sistema jurídico egipcio.

1.2. FORMALIZACION

Es indudable que si comparamos el grado de formalización que desarrolla la cultura egipcia con otras de su tiempo, el mismo resulta insuficiente, comparado también con el tiempo de vida. Qué razón explica la diferencia con la cultura mesopotámica y hasta con la del mismo pueblo hebreo. Aún a riesgo de trabajar con los elementos recuperados, para el derecho público se ha intentado dar la siguiente explicación. Como el principal apoyo ideológico del poder del faraón era el de que su persona era un dios (canonización del sistema nacional) (10) resultaba superflua la exigencia de un sistema político escrito y detallado. No se necesitaba formalización donde el estado se compendiaba en la persona de un dios, siempre presente para proclamar los fines y la práctica del estado por su divina palabra. Por tal caso no hubo codificación de leyes, impersonalmente concebidas y aplicables por los magistrados con independencia de la corona. Como expresa Wilson, el derecho consuetudinario del país se consideró como la palabra del faraón, sujeto siempre a su voluntad divina, dentro de la interpretación de "ma'at" y de sus funciones como dios. Se ha señalado también para explicar la ausencia de formalización que la autoridad de las leyes codificadas importaba una potencial colisión con la autoridad personal del faraón, quien ante su ausencia se vio libre de tales ataduras. En Egipto el faraón es el mismo dios, en cambio el legislador babilónico reconoce expresamente: "...entonces Anum y Enlil me

(9) De la cita de Arnold Toynbee en "Estudio de la Historia", trad. de Jaime Perriaux, Bs. As., Emece Editores, 1953, Vol. I, p. 29, nota 1).

(10) WILSON, ..., op. cit., p. 74.

señalaron a mí, Hammurabí, príncipe piadoso, temeroso de mi dios, para proclamar el derecho en el país, para destruir al malvado y al perverso,...” (de la columna I del “Prólogo” del Código de Hammurabi). El derecho mosaico es comunicado a los hebreos por dios a través de un mortal.

Ha conspirado también contra la reconstrucción del ordenamiento normativo egipcio la idea de que la formalización sólo pertenece al mundo jurídico en tanto la misma se exprese en lenguaje imperativo. Sin embargo no puede desconocerse el sentido profundamente jurídico de los criterios de reparto plasmados en textos como los siguientes:

De la “Instrucción del Faraón al Visir” (Dinastía XII, período de unificación del Reino Medio), grabado en la tumba del visir Rekmara y su familia:

“Cuando venga un demandante del Alto o del Bajo Egipto..., mira que todo se haga conforme a la ley... Atiende al que conoces como al que no conoces; al que llega personalmente a ti como al que está lejos de tu casa... No descartes a ninguno sin haber acogido su palabra. Cuando un demandante se halle ante ti, quejándose, no rechaces con una palabra lo que te diga; más, si has de desatender su súplica, haz que vea por qué la desatiendes”.

Como se advierte la preocupación fundamental o criterio con que ha de reparar este funcionario público es la de una rectitud insobornable en el desempeño del cargo.

El “Alegato del campesino elocuente” (Dinastía XI), relata la historia de un campesino a quien ha robado un funcionario inescrupuloso. La víctima apela a los superiores del funcionario, quienes, a instancia del faraón, lo animan a que se alivie de la carga de las injusticias sufridas exponiendo su concepto de la justicia administrativa. El campesino declara en su alegato que los funcionarios del estado tienen los siguientes deberes: actuar como padres de los huérfanos; esposos de las viudas y hermanos de los desamparados; evitar el robo y proteger a los desdichados, castigar a los que lo merecen; juzgar imparcialmente y no mentir; y fomentar la armonía y la prosperidad para que nadie sufra de hambre frío o sed.

Como acota Burns, pocas veces han expuesto los filósofos políticos ideas más nobles con respecto a las funciones de los gobernantes y no debe suponerse que los criterios expresados fueren en realidad del campesino, es indudable que éste hablaba por un faraón inteligente (11).

Paralelamente, como hemos de ver más adelante, la formalización habría tomado dimensión relevante en materia de derecho privado. La venta de ciertos bienes (inmuebles por ejemplo) habría requerido un “acta auténtica registrada” y su posterior registro en la sección correspondiente. Con éste requisito el acta se transforma en un “acta real” a partir de cuyo momento el rey se convierte en garante de la ejecución o cumplimiento del pacto. También se formalizaban y registraban las “fundaciones funerarias”, las donaciones, contratos de prestación

(11) BURNS, ... op. cit., p. 155.

de servicios y muy posiblemente los testamentos. Consecuentemente el estado unificado organiza el archivo de actas y según Pirenne una especie de registro civil. También formalízase el procedimiento en tanto el mismo pasa a ser totalmente escrito. Cada tribunal tiene un escribano cuyos archivos están confiados a magistrados especiales.

a.2 DE LAS MATERIAS EN PARTICULAR

2.1 DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ECONOMICO

El cumplimiento de las funciones transferidas al estado centralizado trajo como consecuencia el despliegue de una actividad y organización administrativa de forma marcadamente piramidal en la que el faraón estaba por encima de sus ministros nacionales, los cuales estaban por encima de los gobernadores de provincias, y éstos, a su vez, estaban por encima de los alcaldes de las aldeas. En un principio el faraón actuaba en el Norte a través de la figura del "canciller", y en el Sur habría tenido que tolerar la ingerencia de los nobles aglutinados en el cuerpo colegiado llamado "Diez Grandes del Sur". Pero, rota la resistencia feudal, las instituciones empleadas en el Norte acaban por imponerse a todo el país y el "Consejo de los Diez Grandes" se transforma en un consejo de gobierno formado por altos funcionarios. Esta evolución, semejante a la que lleva a cabo Hammurabi en Babilonia, importa la sustitución de los príncipes locales (representantes del poder feudal) por funcionarios remunerados. Los testimonios existentes indican que los agentes de la administración, aún los de mayor jerarquía eran funcionarios del rey, y que sus cargos estaban sujetos a la divina gracia del faraón. Pero además se encontraban sometidos a un riguroso escalafón que debía ser recorrido desde el escaño más bajo. La autobiografía del arquitecto Nekhebu lo atribuye todo al faraón: "Cuando me conoció Su Majestad era yo un constructor corriente. Su Majestad me confirió los cargos sucesivos de oficial constructor, maestro constructor y maestro del gremio. Después Su Majestad me confirió los cargos sucesivos de Constructor y Arquitecto Real, Agregado Real, y Real Constructor y Arquitecto...". Certo Uni empezó modestamente sus servicios como guardián de un almacén del gobierno, después fue guardián de los terrenos destinados a la pirámide real; y después de haber recorrido otras instancias del escalafón fue general de campaña en Asia, y más tarde gobernador del Alto Egipto.

De la realidad expuesta, es indudable que el estado unificado habría necesitado preceptos y reglamentos para el procedimiento administrativo. Aunque las formalizaciones que han llegado hasta nosotros son escasas, como surge del contenido de las instrucciones dadas por el faraón al visir (Dinastía XII) y del "Alegato del campesino elocuente", los criterios con que debían repartir los funcionarios posiblemente estuvieran plasmados en las más diversas fuentes formales.

Una muestra de la compatibilidad que guarda el desarrollo del derecho administrativo con la evolución centrípeta de formación del estado nacional lo constituye la discrecional división administrativa del reino en 42 provincias, destruyendo de tal manera la configuración feudal precedente.

Pronto apareció una oficina censataria central estrechamente vinculada con el servicio de tributación. Desde la primera dinastía se empadronaba la población en todos los nomos del delta, y bajo la segunda, el censo se extiende a todo el país y comprende en articular la "lista del oro y de los campos" (en los que se detallaban bienes inmuebles y muebles). Tales censos servían de base al impuesto que gravaba la renta, y la lista se realizada cada dos años.

2.1.1 CONCEPTOS. MATERIALIZACIONES REALES Y PERSONALES

La "*Casa de los Impuestos*" centraliza todas las operaciones fiscales, y su trascendencia radica en que los tributos conforman la base de toda la política real en el estado centralizado. El constante desarrollo de todos los servicios y el aumento del número de funcionarios retribuidos imponían al estado cargas cada vez más pesadas. Los impuestos se calculan de acuerdo con la renta y todo cambio en la propiedad de los bienes debía ser registrado mediante inscripción en los registros de los archivos, donde a cada una de las partes interesadas se les extiende un documento, "*escrito real*", para que le sirva de título de propiedad. Los impuestos se pagan en especie, pero no tardó en aparecer un patrón único, el "*shat de oro*", que servía de base a todas las operaciones de contabilidad. Vinculado a la percepción de impuestos aparece la figura del "*tasador*", categoría especial de funcionario que en razón de los poderes especiales que reciben, son dependientes de la jurisdicción contenciosa, la que en cada nomo corresponde a un "*juez tasador*" encargado de resolver los pleitos que puedan surgir entre el fisco y los contribuyentes, relativos al valor atribuido a los bienes.

Este modelo de centralización administrativa y fiscal propio del Reino Antiguo se recompone en gran parte bajo la dinastía tebana (Reino Medio), y vuelve a reconstituirse en el "Imperio Nuevo" bajo el reinado de Amenofis I, Tutmosis I y Tutmosis II (1557-1505 aC) etapa ésta última en la que los impuestos ya se oblan en moneda según Pirenne (12).

Pero el frondoso aparato administrativo era completado además por la repartición destinada a la "*Administración del patrimonio real*", integrada por los dominios reales explotados por lo general a través de prisioneros de guerra. La "*Administración de las aguas*", estaba compuesta por el funcionariado encargado de atender la irrigación del país, mantenimiento de canales, vados y pantanos. Bajo su dirección se proyectaron grandes obras de irrigación, en el Fayum por ejemplo (durante dinastía XII, Reino Medio) construyeron un dique gigantesco para hacer un gran depósito de agua, habiendo aumentado en unas once mil hectáreas las tierras laborales ubicadas en sus cercanías. Debe agregarse el "*Departamento de los trabajos del rey*" dirigido por la persona del "*arquitecto real*" o "*maestro de todos los trabajos del rey*", cuyas tareas se dividían de la siguiente manera: a) "*Servicio de construcciones del palacio real*"; b) *Servicio de construcciones navales*". Corresponde referir asimismo al funcionariado militar dependiente de la "*casa de las armas*". Como puede advertirse a esta altura, el

(12) PIRENNE, J., "Historia de la civilización...", t.I., p. 193

ordenamiento administrativo no sólo se limitaba a describir el orden de repartos, sino que a través de las normas realiza una auténtica tarea integradora.

El cuadro administrativo se vio ampliado en tanto el estado tomaba una protagónica ingerencia en la vida económica. En el Reino Antiguo el faraón practica una auténtica economía estatal con ciertos países lejanos. La "administración de obras públicas" y la de "hacienda" organizan, de consumo, el envío de expediciones por el Mar Rojo hacia las tierras del Ponto. El movimiento de caravanas a Nubia y el Sudán, y el pasaje de barcos de Egipto a las zonas productoras de cedro en Fenicia, eran empresas reales. La explotación de las minas de turquesas y de cobre en el Sinaí fue desde la primera dinastía en adelante, una empresa real

2.1.2 LA ADMINISTRACION Y LA CRISIS DEL ESTADO CENTRAL

Cuando se inicia el descenso del ciclo y el estado central se fracciona las formalizaciones propias del derecho administrativo nos muestran al sistema en notorio desmantelamiento. Las famosas inmortalidades tributarias que los señores poderosos consiguieron del faraón han quedado plasmadas en los siguientes extractos:

- a) Decreto de Pepi I, de la Sexta Dinastía en beneficio de un remoto antepasado Snefru y a favor de dos poblaciones de pirámides, es decir, de las aldeas agrícolas que suministran personal e ingresos para el servicio de dos pirámides de Snefru. "Mi Majestad ha dispuesto que esas dos poblaciones de pirámides queden exentas para él y por toda la eternidad de hacer cualquier trabajo de Palacio, de hacer cualquier clase de trabajo obligatorio para cualquier parte de la Residencia Real por toda la eternidad, o de hacer prestación por mandato de quien quiera que sea, por toda la eternidad".
- b) Inmunidad concedida al templo del Dio Min en Koptos, Alto Egipto. "El Profeta Jefe y el Profeta Subalterno... todos los siervos de la actividad de la casa de Min, los acólitos, ..., los hombres de taller, y los dos arquitectos de este templo, no permite mi Majestad que se les exija ninguna actividad del rey, ni rebaños de ganado mayor, ni rebaños de asnos, ni rebaños de ganado menor..."

Así, con el intento de ganar apoyo de sacerdicios poderosos para apuntalar el titubeante trono, los faraones en realidad perjudicaban a la economía del país y ponían en pie elementos poderosos que disponían de riqueza y fuerza suficiente para desafiar al gobierno del rey (13).

(13) WILSON, op. cit., p. 155.

2.2 DERECHO PENAL

A diferencia del derecho penal babilónico cuyo arcaísmo ha llamado la atención de los historiadores (comparado por supuesto con la evolución que el derecho había logrado en otros aspectos), el derecho represivo egipcio era muy poco severo. Pirenne señala que “Durante los mil años que dura el Imperio Antiguo, no hay noticia de ningún relato ni representación de la pena de muerte”.

Sin embargo, cuando el régimen notaba síntomas de desorden, la planificación acentuaba sus rasgos autoritarios a través del derecho penal. En otras palabras, insuficiente el aparato administrativo o por sus propios vicios, concurría en su ayuda el derecho penal. Ejemplos de esta severidad lo constituyen el “Edicto de Har-em-hab”, y el “Edicto de Seti I”. Ambos corresponden a un estadio de desorden, más concretamente en el momento en que el “Nuevo Imperio” se desliza hacia la descomposición definitiva. La severidad de los castigos en ellos establecidos contrasta notablemente con los que imponían las disposiciones o decretos antiguos. Hagamos la siguiente comparación. Una ley de la quinta dinastía (Reino Antiguo) encaminada a proteger el sacerdocio de Abidos prevenía que el funcionario culpable sería despojado de su cargo, se le prohibía ocuparse en cualquier otra clase de trabajo, y sus sirvientes y propiedad eran confiscados. Un decreto de la sexta dinastía en beneficio del templo de Koptos castigaba sólo con la cesantía. Si volvemos ahora a los edictos mencionados precedentemente observamos que la mayoría de las penas estaban destinadas a corregir abusos de los funcionarios de la administración en perjuicio del tesoro real o de los administrados. El delito o falta consistía en la extorsión de bienes o de trabajo contra los contribuyentes por parte de los funcionarios o soldados, y la distracción por las mismas autoridades de bienes y servicios del estado. Los castigos entonces son extremadamente graves tanto para el pillaje como para el cohecho. Helos aquí. Si alguien se lleva la barca empleada para entregar los tributos “se le aplicará la ley cortándole la mariz y mandándolo a Tjaru” (lugar de reclusión inhóspito ubicado en zona fronteriza con Suez). Si los miembros de un destacamento militar hubieren golpeado y exprimido a los campesinos y ello impidiere la recepción de los tributos “esto también constituye un caso graves, y será tratado en consecuencia”. Al acusado “se le aplicará la ley dándole cien azotes hasta producirle cinco heridas abiertas, además de quitarle las pieles (tributo que había robado) que se haya llevado, considerándolas robadas”.

2.3 DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

a) De las obligaciones civiles y comerciales

El estudio de los documentos correspondientes al primer período unificado (Reino Antiguo) refleja la frecuencia de las transacciones. La existencia de una propiedad inalienable, libremente disponible y sin trabas feudales constituía el presupuesto de su movilidad. La frecuencia de los cambios y la necesidad de facilitarlos condujo pronto a la búsqueda de una una unidad de medida.

"Aunque las transacciones se hacían por permuta, ya había un medio de cambio por referencia en el Reino Antiguo, un "trozo" de metal y un peso fijos; no era aún una moneda, porque no estaba acuñado, ...había pues, una unidad de valor fija y generalmente aceptada para las cotizaciones de los precios, aunque las transacciones se hicieran con géneros en especie y sin que ninguna de las dos partes usase para nada los "trozos" a que se referían. Constituyó eso un progreso económico, y la unidad de valor fue precursora de la moneda propiamente dicha, que no apareció hasta dos mil años después" (14).

Pirenne cree que para el tiempo del imperio menfita (Reino Antiguo) los egipcios habían superado ya la idea del trueque primitivo y en consecuencia es necesario "admitir que ya existía en Egipto la economía en especie, iba acompañada de unos patrones de valor que establecían la existencia paralela de una economía monetaria. Por otra parte sería difícil admitir que una civilización tan desarrollada jurídicamente, que conocía la venta de rentas —lo que supone una noción muy avanzada del crédito—, que poseía un sistema inteligente y complicado de impuestos, y un derecho contractual muy desarrollado, hubiera conocido simplemente un régimen de trueque sin marcos fijos de valor..." (15). Estas circunstancias lo llevan a aceptar la tesis formulada por Chassinat de que el Imperio Antiguo sino una verdadera moneda en formas de anillas de metal, por lo menos un patrón de valor que daba suficiente agilidad a las transacciones parece hacer posible la vida económica y en particular el comercio internacional en las ciudades del delta.

Concluyendo, esta economía monetaria, aunque la textura muy embrionaria constituyó presupuesto suficiente para un notorio desarrollo de las obligaciones.

a.1 Compraventa.— El estudio de la biografía de Meten, por ejemplo, obliga a admitir que la venta inmobiliaria se practicaba corrientemente. Un documento formaliza la venta que hace el escriba Tjenti de su casa a favor de un sacerdote, próxima a la Gran Pirámide, y por la cual habría recibido diez trozos. Lo que en realidad parece recibir es una cama, valorada en cuatro trozos, y dos cargas de lino, valoradas en tres trozos cada una. A ambos conjuntos de bienes se les asigna un valor, diez shat. Como el acta se acompaña con cláusulas de garantía que aseguran su ejecución estricta, la misma está sugiriendo la existencia de una posible venta a crédito (signo de una acentuada evolución jurídica). La autenticidad de la operación se adquiere por su transcripción en un registro oficial, el que lleva un sello de la autoridad y numerosas firmas de testigos. Con la evolución posterior y en tanto la economía se monetariza los rasgos de la compraventa se acentúan en tanto el precio toma una auténtica representación dineraria.

b.1 Arrendamiento (de cosas y servicios).— Los arrendamientos de predios rústicos en el período centralizado han sido también numerosos y frecuentes. Generalmente hechos por un año —las crecidas del Nilo no imponen la rotación de cultivos— también debían registrarse.

(14) Ibídem, 130.

(15) PIRENNE, J., "Historia de civilización...", t.l., p. 193 y ss.

Para el período centralizado del Reino Medio, en la carta que un propietario (Heka-nakht) trasladado a la zona del delta, dirige a su hijo mayor que permanece administrando un fondo en el valle, le comunica que "Heti" bajará (al valle) "para cultivar dos tierras en arriendo. Cobrarán su alquiler de la tela que han tejido aquí".

En una época tan temprana como el año 3.000 a C., ya se dedicaba gran número de personas a las empresas industriales desempeñando los más variados oficios. Posteriormente se establecieron fábricas que empleaban a veinte y más personas bajo un mismo techo y con una rudimentaria división del trabajo. Cabe destacar que en el Egipto Antiguo y Medio la mano de obra esclava era excepcional, ya que los prisioneros de guerra eran destinados a cultivar y trabajar en las obras públicas (o patrimonio del faraón). Los particulares, y fundamentalmente en la zona del delta debían recurrir a la mano de obra libre. En tal caso el "contrato de alquiler de servicios o de trabajo" debía registrarse.

c.1 Donación.— La donación podía ser tanto de bienes muebles como de inmuebles. Podía tener por objeto un derecho de crédito, el derecho de recibir una renta pagadera por el tesoro por ejemplo. También puede ser hecha bajo determinadas condiciones e imponer un estatuto jurídico particular a la cosa dada. De la misma manera que la venta y otros contratos se exigía un acto de registro. Pero el carácter auténtico que le impone el sello real, la hace irrevocable. Ni el mismo faraón puede desdecirse de una donación ya registrada.

d.1 Testamento.— Salvando la cuestión sistemática tratamos al testamento en este punto pues el mismo era asimilado a la donación. Como todas las actas que invocan una transferencia de derechos sobre cosas, lleva el nombre de "imit per". Para testar era necesario estar sano de cuerpo y de espíritu. "Derecho sobre sus dos pies, sin enfermedad, respetado por todos". Bajo tales condiciones el testamento constituye una orden que se impone a los herederos. Puede ser registrado como las actas de venta, y en tal caso toma fuerza obligatoria y tiene la misma función que un título regular de propiedad.

e.1 Otras formas contractuales.— Aunque no han llegado hasta nosotros formalizaciones, es razonable presumir que el tráfico internacional desarrollado por el mar Mediterráneo o por el mar Rojo exigía el consiguiente traslado de mercaderías, presupuesto del contrato de transporte marítimo y terrestre (en las llamadas rutas caravaneras que cruzaban el desierto). No es arriesgado suponer que la posibilidad de realizar negocios con otros pueblos distantes habría generado estructuras asociativas embrionarias con fines de lucro (en algunas ciudades fenicias habría habido por ejemplo barrios de comerciantes egipcios, para quienes se construía hasta sus propios templos).

b) De los derechos reales

La teoría según la cual el estado egipcio era propietario de todas las tierras puede considerarse como totalmente falsa y errónea. En los períodos de estado centralizado

Egipto conoció una noción de propiedad individual casi tan absoluta como "el dominium romano", por supuesto morganerada por la profunda vocación religiosa y sentido de caridad a los que aludimos anteriormente. Pero dentro de este marco, la propiedad individual e inviolable, que se vende, se dona, se alquila, se parcela, depende entera y exclusivamente del propietario.

Una imagen de los derechos reales nos llega por medio de los censos realizados por el faraón periódicamente. De la naturaleza de los bienes censados para el período centralizado (Reino Antiguo), se advierte la relevancia económica que han tomado los bienes muebles (oro, sementales, barcos, y mercaderías). Hay representaciones que muestran el recuento de grandes cantidades de ganado vacuno en el momento de embarcarse para ser trasladado y puesto a la vista del funcionario real.

Con referencia al grado de adhesión o extensión temporal del dominio, la periodicidad de los censos o su frecuencia (cada dos años) insinúa que las relaciones han sido más bien fugaces y cambiantes, a diferencia de la estabilidad y quietismo que acompaña al dominio señorrial.

Con relación a la extensión o superficie de las propiedades fundiarias, la misma también queda reflejada en censos y catastros. "La propiedad privada, así mueble como inmueble, es inalienable, y el régimen no cesa de fraccionarla. Domina la pequeña propiedad. Las grandes propiedades escasean y no rebasan el centenar de hectáreas" (16). En primer lugar, la propiedad inalienable constituye un rasgo típico de los regímenes abiertos o dinámicos, con intensa movilidad de la riqueza. El propietario debe tener la libre disponibilidad de los bienes la cual no se encuentra comprometida a los intereses del grupo o de la familia. Tales características son frontalmente antagónicas con las que identifican al régimen feudal en el que la propiedad se halla sujeta a una serie de vinculaciones con miras a la conservación de la unidad económica del grupo (fideicomisos, sustituciones, mayorazgos, etc.). Pirenne reconoce que "La institución de las fundaciones como modo de afectar un bien para el culto familiar indica a las claras que los derechos reales no podían vincularse tan fácilmente" (17).

Además, el intenso fraccionamiento no sólo surge de los censos. El hecho de que las más importantes fortunas se integra por una pluralidad de pequeñas fracciones situadas en lugares distantes unas de otras. Hay donaciones realizadas al faraón (y que se consideran muy importantes) cuya superficie no excede las tres hectáreas.

Resumiendo, propiedad mueble, inalienabilidad de la propiedad raíz, libre disponibilidad, periodicidad en el disfrute de las cosas, son signos elocuentes de una economía abierta.

Cuando Egipto se desliza hacia el feudalismo tales características desaparecen. Impotente el estado central, la situación de los habitantes de los dominios inmunistas, que dependían del gran sacerdote o señor feudal a quien pertenecía el patrimonio donde estaban instalados.

(16) Ibídem, p. 192.

(17) Ibídem, p. 191/192

lados, era preferible a la del pequeño propietario aislado. Este, amenazado por los grandes terratenientes que querían extender sus dominios, empobrecido por la quiebra del comercio (desaparición de mercados, falta de seguridad, desatención de caminos y canales, etc.) y agobiado por la presión fiscal que pretendía compensar en ellos las inmunidades otorgadas a los poderosos, acababa por aceptar la autoridad del señor, entregarle la tierra y comenzar a producir en ella bajo el esquema servil. Esta evolución, que concentra la propiedad en provecho de los grandes va acompañada necesariamente de una modificación del estatuto de los derechos reales. El señor feudal usurpa al faraón el poder fiscal, organiza la seguridad en su feudo y la tierra deja de ser un medio de producción y pasa a ser fuente de poder político, cuya permanencia se asegura con el plexo de vinculaciones jurídicas de los bienes.

2.4 DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

La unidad social básica es la familia monógama. Aunque sólo al faraón le estaba permitido tener más de una mujer de ciertos documentos se desprende la existencia de "concubinas". Lo importante es que la mujer ocupa una posición enviable en el esquema familiar, podía poseer y heredar propiedades, administrar sus bienes y realizar negocios. Concluyendo, la familia rigurosamente monógama descansa sobre la igualdad jurídica de los cónyuges. No existe potestad marital ni patria potestad y las hijas mujeres tienen el mismo lugar que los varones.

Ya en tiempos del Reino Antiguo el derecho sucesorio no conoce ni el privilegio del mayorazgo ni el del varonía; el testamento es libre y las reglas de la herencia son las mismas para hijos e hijas. Cuando el gobierno central se forma, el rey implanta el absolutismo haciendo desaparecer todo poder hereditario, excepto el suyo, y así suprimió toda distinción entre las antiguas clases sociales para no dejar en pie, ante sí, más que súbditos iguales en derecho.

B) DIMENSION SOCIOLOGICA

a.1 REPARTOS Y DISTRIBUCIONES

Importantes segmentos de la vida jurídica egipcia se hallaban encaminados a la superación de dificultades provenientes de la naturaleza. En otras palabras, el hombre enfrentaba las adjudicaciones de esta especie mediante una secuencia de repartos generados como respuesta a su estímulo. El modo más positivo para su éxito fue enlazar tales repartos a través del esquema de la planificación. En un estadio en que la naturaleza llevaba todas las de ganar en su lucha contra el hombre como consecuencia de la debilidad y carácter rudimentario de los bienes empleados, sólo cabía una alternativa heroica para dar la respuesta civilizada: la acción colectiva. La vertebración de esfuerzo al hilo del esquema modelo-seguimiento fue difícil hallarla en un principio. No todos podían comprender la razonabilidad de los repartos que otros empre-

dían en su lucha contra la naturaleza, y posiblemente operara como obstáculo la creencia animista de que los desastres naturales tenían su fuente en la voluntad divina, y era un acto de soberbia humana pretender alterar su ley de desenvolvimiento. Estas circunstancias demuestran que sólo el orden logrado en la planificación gubernamental era capaz de ofrecer la seguridad necesaria para tener a raya los desbordes de la naturaleza. No es casual que hayan sido los períodos de estado centralizado los más propensos para el desarrollo de la riqueza y los más ricos en obras de contención y control. (presa del Fayum por ejemplo).

El "Alto Egipto" es tanto más próspero cuanto más irrigado está, y tanto más irrigado cuanto el esfuerzo hecho en común es mayor. Por lo tanto, será más rico cuando el poder central sea más rico y organizado. Los imperios egipcios al excavar canales y construir presas, han multiplicado el área de tierra laborable. Entonces reinaba la seguridad, cada uno estaba seguro del mañana (previsibilidad). Como en el delta la tierra producía mucho, y puesto que el rey se encargaba de hacer subir el agua, todos podían vender el excedente de sus cosechas sin cuidado. Tal esquema llamaba al desprendimiento de los bienes, al desarrollo de la riqueza, impulso comercial y consecuentemente desarrollo de la pequeña propiedad. Por el contrario, el esquema conservador se encuentra determinado por la inseguridad del futuro. El hombre se aferra a los bienes, reserva sus cosechas y no se predispone a venderlas o permutarlas.

Pero además, en la vida jurídica egipcia habrían operado adjudicaciones provenientes de fuerzas humanas difusas. Para contrarrestarlas también se habría recurrido en gran medida a la planificación. Las conclusiones más modernas indican por ejemplo que la construcción de las pirámides fue el medio de lograr ocupación y subsistencia para grandes masas de la población. Efectivamente, según esta opinión, la seguridad, prosperidad y desarrollo que trajo aparejada la organización del estado central provocó un repentino aumento de la población generando un desajuste entre ésta y la cantidad de bienes producidos. Frente a la crisis que se desencadena el faraón da como respuesta la ampliación de las obras públicas (conducta repartidora a través de planificación), es decir la construcción de pirámides, a fin de dar trabajo a miles de campesinos, que eran alojados y alimentados a expensas del gobierno.

b.1 LOS REPARTOS CONSIDERADOS AISLADAMENTE

A nuestro entender el predominio de la autonomía por un lado, y del autoritarismo por el otro, encuentra su correspondencia cada uno de ellos en el estadio de comunidad unificada y estadio feudal respectivamente. Aunque parezca paradójico el proceso de concentración de poder en la persona del faraón traía como consecuencia un vaciamiento o desmantelamiento de las estructuras sociales intermedias (características del régimen feudal) que conducía a una liberación del individuo en todo el segmento que designamos como de "derecho privado". Precisamente este proceso que Pirenne señala como de afirmación del "individualismo", constituyó el presupuesto para que en todo el ámbito referido el reparto autónomo ganara notorio predominio con respecto al reparto autoritario. Del estudio del derecho bajo la III y IV dinastía (Reino Antiguo) debemos concluir que el individuo, constituyó la verdadera entidad jurídica y

social. La sociedad fue sólo la reunión de individuos independientes unos de otros y sometidos a un derecho único para todos. Potencializado el individuo, su interés personal se independiza de las imposiciones e intereses locales y sólo admite vinculaciones fundadas en el consentimiento. Así, el acuerdo, quinta esencia del reparto autónomo pasa a ser la fuente de casi todas las obligaciones propias del derecho privado. La solidaridad del grupo se doblega a los intereses de cada uno de sus miembros, y aparece consecuentemente una estructura familiar menos monolítica en la que la mujer se halla en pie de igualdad con el hombre y donde la potestad paterna se atenúa. Desprovisto de tales poderes el esposo debe convenir con su mujer y otorgar márgenes de libertad mayor a sus hijos (autonomía). El contrato, a diferencia de las autoridades formas feudales de repartir, se constituye en el camino razonable para la consecución de bienes y servicios de terceros (18).

En tanto la autonomía predomina en el ámbito del derecho privado los enclaves del "poder" se transfieren al ámbito del derecho público. Y estos rasgos contribuyen a explicar nuestra idea expuesta en otro trabajo (19), en el sentido de que con relación a los mecanismos empleados para repartir la potencialidad de los bienes, los sistemas económicos habrían desarrollado dos variantes. Una de ellas, sustentada en la "cooperación" es característica de las sociedades o culturas con mayor movilidad de riqueza (predominio del contrato), mientras que los rasgos autoritarios consustanciados con el "poder" identifican a las estructuras señoriales (predominio de los derechos reales).

c.1 MODOS CONSTITUTIVOS DEL ORDEN DE REPARTOS

Planificación en el régimen feudal y en el estado centralizado. El primero se integra por una yuxtaposición de planificaciones locales cada una de ellas con sus propios criterios y supremos repartidores. Esta organización limitaba la previsibilidad a las fronteras de los señoríos y principados feudales, esquema en el cual los sectores vinculados al intercambio carecían de la seguridad, unidad, y fluidez necesarias. Al período unificado en cambio, le corresponde una planificación única en la que el supremo repartidor es el faraón quien se encuentra en el vértice de la pirámide administrativa. En esta nueva estructura los planes regionales que sostienen los antiguos príncipes y señores feudales han sido arrasados. Prácticamente, el símbolo de la pirámide, con una piedra única en la cúspide, puede servir para representar el estado. Weber ha creído ver tanto en el estado babilónico como en el egipcio un excesivo desarrollo de la planificación que hizo de estas civilizaciones una enorme masa de siete u ocho millones de

(18) En cuanto a los enclaves "autonomía-autoritarismo", "ejemplaridad-planificación" puede verse CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Estudios de Filosofía Política y Filosofía Jurídica", Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, t. II, p. 205.

(19) Puede v. COLOMINO, Diego José, "Cultura y sistema jurídico (Perspectiva trialista del Código de Hammurabi)", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filos. Jur. y Filos. Soc., pub. de la F.I.J., Rosario, 1984, p. 59 y ss.

hombres, donde la reglamentación llegaba a sujetarles hasta su último nervio vital (20). Constituían a su entender una especie de organización de prestaciones y cargas vecinales, enormes, gigantescas, de las que podríamos decir que tenían las dimensiones de un mamut.

Sin embargo, los alcances e incidencia de la planificación en la ordenación de los repartos variaba sustancialmente en cada una de las etapas. En el estado unificado los enclaves de la planificación se desplazaban al vértice de la pirámide, pero a la vez dejaba en la capa inferior un vacío que permitía un desarrollo más individualista del derecho privado. Recíprocamente, en la instancia feudal o señorial, el grupo (nomos, familia, etc.) a falta de la planificación general cumple funciones de cohesión en los escalones intermedios de la pirámide social.

Por otra parte en orden social no habría descansado como opina Weber sólo en la planificación impuesta verticalmente. Efectivamente todo el sistema tributario que conforma la vertiente fiscal de recursos del estado encontraba en la ejemplaridad su bastión fundamental. En otras palabras el orden se basaba en muchos aspectos no en la imposición vertical de la planificación sino en el engarce motivado por la conformidad o razonabilidad del reparto precedente. Así, mientras los recursos fueron empleados por el faraón en obras de irrigación (presa del Fayum por ej.) o en expediciones comerciales el régimen tributario funcionó normalmente, pero cuando comenzaron a emplearse en la mantención de obras y servicios improductivos (construcción de pirámides, tumbas, fundaciones mortuorias, etc.), comenzó a faltar la "razonabilidad" del reparto tributario, la ejemplaridad desapareció como soporte de la planificación y se originó una cerrada protesta contra semejante arrogación de los recursos nacionales. Wilson refiere en tal sentido: "Puede haber ocurrido que, con el transcurso del tiempo, los gobernantes provinciales a quienes se requería para que enviaran trabajadores con destino a las tumbas reales, empezasen a retrasarse y a evadir esa obligación, procurando retener a sus agentes para emplearlos en las obras de la propia provincia" (21)

d.1 LA QUIEBRA DEL ESTADO CENTRAL: EL DESORDEN

Desde el mismo momento en que se inicia el resquebrajamiento del estado central la sociedad egipcia entra gradualmente en una situación anárquica. Cuando la nueva "oligarquía administrativa" comienza a disputar y arrebatar la suma del poder concentrado en el faraón, los repartos autoritarios superiores de la pirámide fracasan. Las situaciones convenidas naufragan frente a los efectos de la crisis. La ejemplaridad como hemos visto, desaparece como esquema ordenador de los repartos, y la ruptura y desmantelamiento del plan general termina con los últimos vestigios de previsibilidad (22).

(20) WEBER, Alfred; "Historia de la Cultura", trad. Lluís Recasens Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 33 y ss.

(21) WILSON,..., op. cit., p.

(22) GOLDSCHMIDT, Werner; "Introducción al Derecho", 3ra. Edic. Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 102.

El primer período intermedio (destrucción del Reino Antiguo) ha dejado un considerable volumen de literatura que refleja el aturdimiento y la desesperanza con que los egipcios veían el trastorno de su mundo, antes sólido y estable.

El profeta Ipu-wer dice: "Verdaderamente, el país gira como el torno de un alfarero... Verdaderamente, los caminos no están vigilados. Los hombres se ocultan entre los matorrales hasta que llega el caminante descarrilado, para quitarle la carga y robarle lo que lleva. Es tratado a golpes... Si van tres hombres por el camino, pronto serán dos: el número mayor mata al menor... Todos estos años son de guerra civil: un hombre puede ser muerto en su propio tejado, mientras vigila los lindes de su casa".

El profeta Nefer-rohu agrega ésta su versión: "Este país está trastornado, y nadie sabe el resultado... Te muestro el país revuelto... Te muestro el hijo como un enemigo, el hermano como un adversario, y un hombre que da muerte a su propio padre... Los hombres le quitan a un hombre su propiedad y se la dan a uno de fuera... El país está completamente destruido, de suerte que no queda nada, ni siquiera el negro de una uña sobrevive de lo que estaba predestinado".

C) DIMENSION DIKELOGICA

a.1 JUSTICIA, UTILIDAD Y OTROS VALORES DEL MUNDO POLITICO

Volviendo sobre categorías empleadas en trabajos anteriores (23) podemos adelantar que el pueblo egipcio pudo lograr un avanzado equilibrio entre los diversos valores del mundo político. Es lo que Ciuro Caldani ha denominado relación de integración entre valores diferentes por coadyuvancia recíproca. Ello supone por ejemplo y por aplicación a nuestro caso, la integración de la justicia con la salud, la utilidad, la verdad, el amor, la santidad, etc., mediante la referencia al valor superior humanidad. Concretamente, es cierto que el "motivo religioso" condicionaba en gran medida las diversas manifestaciones de la vida en Egipto, pero, a diferencia de lo que ocurre en el pueblo "hindú" y por ello disentimos con la clasificación de Dilthey, la "santidad" o "religiosidad" del egipcio no constituyó un valor que anulara los otros. En otras palabras la profunda vocación religiosa a que aludimos en el punto respectivo no fue obstáculo para el desarrollo de valores como la "salud", la "utilidad" y hasta la misma "belleza". Con referencia a la "salud" a diferencia del derecho babilónico donde se encontraba en cierto modo eclipsada por la justicia impidiendo de tal manera el desarrollo de la medicina interna y la cirugía, Egipto conoció desde principios del Reino Antiguo una rudimentaria medicina que nos llega a través del "Papiro Quirúrgico de Eswil Smith" y en una obra filosófica, "La teología Menfita". Tanto el primero de ellos como el "Papiro Médico de Ebers" se caracterizan

(23) CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit., p. 40.

por el escaso empleo o recurso a fórmulas mágicas.

También la "utilidad" encontró márgenes aceptables para realizarse. Ya hemos dicho que la subsistencia de la sociedad fue asegurada mediante todo un programa de obras tendiente a regular las crecidas del Nilo, desecar los pantanos e irrigar superficies no inundables. Es cierto que desde el punto de vista individual la religión indicaba que la propiedad de los bienes le había "sido concedidas como un don de Dios", y que el "rico debe ayudar al pobre", pero el sentido de utilidad aparece sin embargo equilibrando el imperativo religioso en preceptos como el siguiente: "Si eres próspero, debe asentar tu casa y amar a tu mujer como es adecuado. Llénale el vientre; vístela; el unguento está prescripto para su cuerpo. Alégrale el corazón mientras vivas, porque es una heredera provechosa para su señor".

Desde otro punto de vista, la religiosidad del pueblo egipcio condice perfectamente con un sentido vigoroso y pleno de la vida. La manifiesta preocupación del egipcio respecto de la muerte (religiosidad) puede dejar la impresión de que era un pueblo enfermizo, obsesionado por ella. "Nada más lejos de la verdad. Gastaba extraordinaria cantidad de tiempo y energías en negar la muerte y engañarla, pero su espíritu no estaba poseído de tétricos sentimientos" (24). Durante el Reino Antiguo vemos al campesino egipcio sin exigencias, descuidado, de genio vivo, jovial y aficionado a la alegría. "En las fiestas periódicas, danzaba y se divertía con energía animal y se atiborraba en el banquete que ofrecía el amo" (25).

b.1 LA JUSTICIA DE LAS DISTRIBUCIONES

Con relación a la respuesta dada a las distribuciones provenientes de la naturaleza, las mismas fueron afrontadas como pudimos ver con métodos característicos del derecho público. En otras palabras, la prevención, así como la reparación de los perjuicios por ellas provocados, fueron distribuidos colectivamente a través de la planificación. Es más, ha quedado perfectamente demostrado que la respuesta dada a distribuciones originadas en fuerzas humanas difusas fueron genuinamente instrumentadas con criterios propios de la justicia de las distribuciones (por ej. construcción de las pirámides como medio de ocupar mano de obra ociosa provocada por la repentina explosión demográfica). Ninguna pista hemos hallado donde concretamente se extiendan criterios de justicia propio de las distribuciones a los repartos. Tal rastreo no puede sin embargo excluir sin más la posibilidad de que los hubiere. Por el contrario, en un estadio cultural donde muchas acciones del individuo encontraban su explicación en fuerzas extrahumanas desafíos o venganzas grupales, es muy posible que la reacción contra ellas no haya sido estructurada exclusivamente dentro del ámbito de la justicia de los repartos.

(24) WILSON, J., op. cit., p. 123.

(25) Ibídem.

c.1 LAS CLASES DE JUSTICIA

Con referencia a los repartos considerados en forma aislada y a las clases de justicia observamos que en la etapa del estado centralizado la ubicación de las mismas en los diversos ámbitos del mundo jurídico, corresponden con bastante precisión a las de una economía abierta y dinámica. Con idéntica nitidez, para el período feudal se observa la promiscua convivencia de las diversas clases en un mismo sector del mundo jurídico, lo que por otra parte contribuye a desdibujar la mentada división. Concretando, mientras existe el estado nacional centralizado, queda a los individuos una gran franja del mundo jurídico (derecho privado) en la que sus intereses se regulan casi exclusivamente al hilo de la justicia "consensual". En esta instancia la justicia "extraconsensual" queda confinada al ámbito del derecho público (donde el faraón ha organizado un sistema de justicia oficial) y a la que recurren los particulares sólo en caso de que fuere insuficiente la justicia "consensual". En el período feudal en cambio, se borra paulatinamente la igualdad entre los individuos (presupuesto elemental del acuerdo) y al consensualidad tiende a desaparecer. El nacimiento, la ubicación en la estratificación social y otros privilegios hereditarios terminan por encumbrar a determinadas personas en el marco de repartidores aristocráticos dispuestos a realizar justicia "extraconsensual" en los diversos escalones de la pirámide jurídica.

En el período en que el faraón borra todas las diferencias fundadas en el nacimiento, la justicia "sin acepción de personas" señaorea casi exclusiva en el ámbito del derecho privado. Sólo los funcionarios públicos, sostenidos por la divina gracia del faraón son acreedores de tratamientos especiales. La "justicia con acepción de personas" queda monopolizada entonces por el derecho público. En el período feudal en cambio, donde el nacimiento adquiere relevancia, las mismas relaciones del derecho privado vense teñidas por la "justicia con acepción de personas".

Bajo el régimen centralizado la "justicia simétrica" más afin con el derecho privado refleja notorios síntomas de tensión. Efectivamente, en la medida en que la sociedad vive o experimenta una intensificación de los cambios, la naturaleza de los bienes intercambiados resulta cada vez más heterogénea y difícil de medir. Con el fin de salvar las dificultades de tal asimetría surge una acuciante desesperación por encontrar un común denominador a los valores ínsitos en la diversidad de los bienes. Tal situación es el origen de la moneda. Sin haber desarrollado una economía dineraria Pirenne entiende que Egipto logra una economía monetaria rudimentaria. Por el contrario, cuando desaparece el estado unificado los cambios resultan cada vez menos importantes y más esporádicos y la sociedad vuelve a la simetría originaria o natural fácil de conseguir entre los pocos y escasos bienes intercambiados.

A mi entender la búsqueda de la moneda como medio de simetrizar los cambios es consecuencia o resultado del presupuesto siguiente. La mayor parte de las relaciones por la que se adjudican bienes o servicios se realizan al hilo de la "justicia comutativa". En otras palabras, la búsqueda de la proporcionalidad casi exacta sólo se explica en las relaciones sinalagmáticas. Posiblemente, frente al predominio de la justicia comutativa en el ámbito del dere-

cho privado provocada por el desarrollo capitalista, la “justicia espontánea” quedaba relegada exclusivamente a los postulados de la religión egipcia que llamaba a la caridad y al disfrute compartido de los bienes privados.

Desde el punto de vista de las clases de justicia vinculadas con el orden de repartos, en tanto se mantiene el estado centralizado bajo cuya corteza se desarrolla un régimen de economía abierta, la contratación predomina sobre los derechos reales, y todo el material propio del derecho privado se muestra propicio para el desarrollo de la justicia parcial, sectorial, de aislamiento, relativa y particular. Por oposición, cuando Egipto se desliza hacia el régimen feudal, la economía se vertebraliza sobre los derechos reales, y aparece una creciente afinidad con la justicia gubernativa, integral, de participación, absoluta y general.

VISION HUMANISTA DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.

ACERCA DEL PAGO, EL BENEFICIO DE COMPETENCIA Y EL TERMINO DE GRACIA

Noemí Lidia NICOLAU ()*

1. Emprender el estudio del derecho de las obligaciones supone penetrar en una de las ramas fundamentales del derecho (1) pero a su vez una de las más abstractas, a veces considerada como la expresión de la lógica jurídica (2). Su abstracción, unida a su carácter eminentemente patrimonial, quizás dificulten la comprensión de mi propuesta: el objeto central del derecho obligacional debe ser la persona humana. Entiendo que esta rama no puede estar ajena al fin del derecho que es la realización de la justicia, la que, "en su forma colectiva, consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convertirse de individuo en persona, en otras palabras, de "personalizarse" "(3). De lo cual se deduce que, en última instancia, el principio supremo de justicia está subordinado a la realización de otro valor superior, el valor humanidad: la realización plena del hombre como persona (4).

En este tiempo, la necesidad más apremiante del derecho occidental es contribuir a la personalización del hombre. Es posible que en la actualidad, no interese tanto el gran problema filosófico planteado acerca de la relación moral-derecho, sino que los esfuerzos deban encaminarse a obtener los medios jurídicos más aptos para el desarrollo pleno de la persona humana. De este modo se supera la tradicional polémica moral-derecho, generada posiblemente por una filosofía individualista, que pretende excluir de la consideración jurídica todo aquello que deriva de los valores justicia y humanidad, fin que obtiene fácilmente si logra incluir dichos derivados como material de la moral y luego excluye a ésta del ámbito jurídico.

Del mismo modo como el debate moral-derecho se planteó en la órbita del derecho privado patrimonial, destacándose por un lado Savigny, quien sostuvo enfáticamente que

(*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la U.N.R.

(1) En ese sentido p.v. TARDE, G., *Las transformaciones del derecho*, traduc. Adolfo Posada, edit. La España Moderna, Madrid, pág. 194, donde expresa: "La teoría de las obligaciones en jurisprudencia, es lo que la teoría del valor en economía política: el problema central, con el que se enlazan todas las discusiones, lo que no quiere decir que sea el punto de convergencia necesario e inevitable de todas las evoluciones".

(2) RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, 4º edic., Librairie Générale de droit et de jurisprudence, pág. 4. LAFAILLE, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, Ediar, Bs. As., 1947, tomo VI, pág. 11.

(3) GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Bs. As., 5º edic., 1976, pág. 439.

(4) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho y Política*, Depalma, Bs. As., 1976, pág. 33.

el mismo no contiene ningún elemento moral (5), y por el otro, Ripert que produjo su célebre estudio acerca de la regla moral en el derecho obligacional (6), demostrando cómo la técnica jurídica es más firme cuando se toma conciencia de la influencia de la moral en el derecho, así, en el presente, debe llevarse a la esfera del derecho de las obligaciones la cuestión de la personalización del hombre.

2. A ese fin corresponde precisar cuál es la idea de persona que se comparte. La persona "es el ser humano que se desenvuelve con arreglo a la autonomía y con miras a valores" (7); en la medida en que es pura persona, es un ser individual y único, distinto de cualquier otro, su valor es también individual y único (8).

La realización del valor humanidad que atribuyo al derecho, implica entonces obtener la realización de ese ser individual y único, para lo cual debe reconocerlo y darle un marco adecuado de realización. Debe acordársele un ámbito de libertad donde la persona se desarrolle de manera autónoma, lo cual no puede lograrse aisladamente, desde un puro egoísmo. Es por ello que una concepción individualista del derecho no permite alcanzar el valor humanidad. Se hace necesario un derecho personalista.

La lucha por el personalismo no implica restablecer el individualismo. El individualismo es pura dispersión y avaricia, es la disolución de la persona en la materia (9). Por el contrario si se inserta al individuo en un tipo de unidad social que le permita comprender que tiene una alta dignidad como persona individual y única y por tanto es responsable por sí misma y también por las otras personas individuales y únicas y por el cuerpo social, se obtiene una persona plena y una persona total independiente, espiritual e individual (10). Cuando el hombre comprende esta misión entiende el fin último de su vida: la realización del principio de solidaridad salvadora. Sin duda éste no es el hombre preocupado por la igualdad y la libertad, quizás en función de su propia utilidad y olvidado de la fraternidad, pero tampoco es el hombre del colectivismo marxista, que lo ignora como persona individual y única exigiéndole la entrega a un "orden moral del universo" sobrepersonal y sobreindividual o al Estado (11). El hombre, según lo pienso, es el hombre del humanismo personalista, con su eminente dignidad,

(5) SAVIGNY, M.F.C. de, Sistema del derecho romano actual, F. Góngora y Cía., Madrid, 1878, tomo I, pág. 245; Garófalo en su célebre Criminología sosténia que el derecho civil es ajeno a lo físico y moral de los individuos, según cita de José D'Aguano, La reforma integral de la legislación civil, tradic. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, pág. 48.

(6) RIPERT, Georges, op. cit., nota 2.

(7) GOLDSCHMIDT, Werner, El humanismo y su complemento, en el Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, La Plata, nov, 1984, pág. 2; MOUNIER, Emmanuel, Manifiesto al servicio del personalismo, Taurus, Madrid, 1965, pág. 71.

(8) SCHELER, Max, Etica, nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético, traduc. H. Rodríguez Sanz, Revista de Occidente, Madrid, 1942, tomo II, pág. 317.

(9) MOUNIER, Emmanuel, op. cit., pág. 80.

(10) SCHELER, Max, op. cit., pág. 345.

(11) MOUNIER, Emmanuel, op. cit., pág. 84.

libre de las barreras que lo oprimen, en unidad con otras personas independientes, individuales y espirituales.

Esta nueva perspectiva del mundo jurídico resulta quizás más comprensible en el ámbito del derecho público y relativamente más compleja en el derecho privado, el cual aparece con una mayor tendencia al individualismo, que debe ser superado y encuentra una vía de superación a través de las valoraciones de Kant y Scheler. Ambos reconocen la existencia de una persona jurídico estatal, el ciudadano, y una persona social particular, la persona económica, sujeto del derecho privado. En esta relación, la que tiene mayor valoración es la persona ciudadano, y a ella debe someterse la persona económica, porque es el Estado, en definitiva, quien regula racionalmente la vida y distribuye los bienes de la vida en la comunidad de un pueblo (12). Scheler, a partir de estas consideraciones se aparta de Kant y avanzando, afirma que sobre ambas personas está la persona individual-espiritual, superior a las otras dos y superior a todo Estado.

En síntesis, si se admite la existencia en todo hombre de una persona económica, situada en un escalón inferior; de una persona ciudadano, ubicada en el lugar superior, y en la cúspide de la valoración se sitúa a la persona individual espiritual, es claro que la persona de la que se ocupa el derecho privado patrimonial, tiene la menor valoración en la ética, y es la que menos contribuye para la personalización del hombre.

Es por eso que en las ramas no patrimoniales del derecho privado, como el derecho de familia, se observa con más claridad esa personalización, es más fácil la realización de valores y virtudes (13). No obstante, D'Aguano, hace ya varias décadas expresaba que la gran reforma del derecho civil sería lograr la integración de la persona en sus relaciones morales y económicas, lo cual modifica el criterio de libertad porque de ese modo se la concibe con criterios de mayor armonía en el todo ético (14).

Pretendo demostrar que, aún cuando la persona económica tenga un valor relativo inferior, es imprescindible atender a la misma, porque las desviaciones en este terreno influyen notablemente en la vida de las personas individuales espirituales y en las de la persona total.

La humanización del derecho obligacional debe producirse a partir del concepto mismo de obligación, más el presente se limitará a observar, desde una perspectiva humanista personalista, el cumplimiento de la obligación, por ser ésta la etapa en la que se evidencia de manera notable la despersonalización del derecho privado patrimonial.

3. El cumplimiento de la obligación , denominado generalmente pago,

(12) SCHELER, Max, op. cit., pág. 317.

(13) SAVIGNY, M.F.C. de, op. cit., pág. 245; RIPERT, Georges, op. cit., pág. 3; CIURO CALDANI, Miguel A., Meditación sobre la virtud en el derecho, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y filosofía social, N° 3, año 1984, pág. 27.

(14) D'AGUANO, José, La reforma integral de la legislación civil, traduc. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, pág. 163. Asimismo en n/derecho se ha afirmado la supremacía de la persona en el derecho obligacional: p.v. BARBERO, Omar U., Desindexación de deudas financieras, LL. 1983-A, pág. 956.

(15), vocablos que emplearé indistintamente, es una etapa importante en la vida de la obligación, es la actuación o realización de su contenido, y produce el efecto de extinguirla y liberar al deudor. Este puede cumplir voluntaria y personalmente las prestaciones a su cargo, mediando entonces el cumplimiento en sentido estricto porque se satisface el interés del acreedor por la actividad personal del deudor (16). En caso contrario, el ordenamiento normativo acuerda al titular del crédito, diferentes medios coactivos para vencer su resistencia y obtener el cumplimiento, en sentido amplio, quedando el deudor librado al derecho de agresión del acreedor, que tiene tutela judicial.

Es precisamente en las instituciones que regulan los medios acordados al acreedor para constreñir a su deudor, donde plasmó a través del tiempo y en los distintos sistemas jurídicos, el aspecto más deshumanizante del derecho obligacional. En el sistema occidental, varios siglos transcurrieron bajo el rigor de la "partis secanto" de la ley romana hasta llegar a la ley Poetelia Papiria que liberó a la sufriente clase deudora. Perduraron otras penas corporales muy graves, hasta que, suprimidas esas penas, se mantuvo por largo tiempo la prisión por deudas (17). Abolido también este medio de coacción, se obtiene el avance más notable en la humanización del derecho obligacional al receptarse la teoría del débito (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*) en el cumplimiento de la obligación. Esta no es sólo una relación personal, sino que tiene otro elemento, la responsabilidad del deudor, que se limita al ámbito patrimonial; se reconoce que el vínculo jurídico obligacional existe entre las personas, acreedor y deudor, pero sus efectos sólo se ejercen sobre el patrimonio.

En ocasiones el deudor padece dificultades económicas que determinan el incumplimiento de su obligación, se trata de una imposibilidad relativa o subjetiva que, en general, no lo exonerá de cumplir (18). Sin embargo, cuando la situación económica particular es tan seria que, someterlo al pago realizando un esfuerzo suplementario implique condenarlo a no poder a subvenir a sus necesidades básicas, parece un injusto sometimiento de la persona individual espiritual del deudor a la persona económica del acreedor. Ya Pothier admitía expresamente que el principio de la integridad del pago sufre una excepción cuando, en consideración a la pobreza del deudor, el juez establece por sentencia el pago parcial (19).

Existen ciertas instituciones de antiguo origen que tratan de atenuar la severidad propia del cumplimiento de la obligación, por ejemplo el "término de gracia" o moratoria

(15) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, tomo IV, Vol. 1, pág. 160, opina que son conceptos distintos, el pago es el acto final del cumplimiento, pero adscribe a la terminología tradicional; en igual sentido BELTRAN DE HEREDIA, José, El cumplimiento de las obligaciones, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 16.

(16) BELTRAN DE HEREDIA, José, op. cit., pág. 44.

(17) Una interesante y erudita historia de la evolución de la obligación p.v. en LO VALVO, José, La obligación y el vivir social, en L.L. t. 140, pág. 951, y ss.

(18) MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, traduc. Santiago Sentís Melendo, EJEA, Bs. As., 1971, tomo IV, pág. 223.

(19) POTIER, Tratado de las Obligaciones, traduc. S.M.S., Barcelona, tomo I, pág. 203.

judicial (20) y el beneficio de competencia, ambas fundadas en la buena fe, equidad y humanidad (21), cuyo fin es evitar la consecuencia más grave, dañosa y poco airosa del concurso del deudor (22). Quizás la solución más humanitaria sería reconocer el estado de necesidad como causa de justificación del incumplimiento, lo cual no es admitido por la doctrina, salvo algunas excepciones (23).

Para establecer el grado de personalización del derecho obligacional actual, parece interesante entonces estudiar comparativamente en sus tres dimensiones jurídicas el cumplimiento, el beneficio de competencia y el término de gracia.

DIMENSION NORMOLOGICA

4. El pago fue regulado por nuestro codificador como un medio de extinción de las obligaciones, encontrándose las normas generales relativas al mismo en los artículos 725 a 755 del Código Civil. A nuestro estudio interesan particularmente las normas relativas a lo que se debe dar en pago (arts. 742 y 744), al tiempo en que debe efectuarse (arts. 750 a 755), las que responden fielmente al pensamiento del legislador: el deudor debe cumplir íntegramente su prestación (art. 742 CC), del modo convenido (art. 740) y en el tiempo convenido (art. 750).

El tiempo del pago es esencial en la última etapa de la vida de la obligación, y así lo entendió Vélez Sársfield, quien fue extremadamente riguroso, pues cuando pudo flexibilizar el pago a través, por ejemplo del plazo de gracia, hizo alusión a esa institución regulada en el art. 1244 del Código Francés (24) pero no la incluyó en nuestro ordenamiento normativo (25). Esta severidad constituye, sin duda, un factor deshumanizante, y hace que, bajando a la

(20) Esta institución se encuentra ya en el derecho romano en Papiniano (L. 16 parágrafo L D, De compensación, XVII), Ulpiano L. 21 D, De judicis. El Código Napoleón la regula en el art. 1244, y era ya conocida en Francia desde 1669-1672 a través de las "lettres de répit", admitiéndose por dichas lettres un plazo adicional para el pago si por caso imprevisto o fortuito el deudor se encontraba en imposibilidad de pagar. P.v.: BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L. Trattato teorico-práctico di diritto civile, con addizione de Nicola Stolfi, Vallardi Milano, 1915, Vol. II, pág. 585. El término de gracia no se encuentra regulado en los códigos alemán, suizo, brasileño, italiano, uruguayo y chileno.

(21) El plazo de gracia se acordaba al deudor en el derecho romano "humanitatis gratia". BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, L., op. cit., pág. 585.

(22) LEGÓN, Fernando, Beneficio de competencia, en JA. T. 48, pág. 454 Nº 1.

(23) MOSSET ITURRASPE, Jorge, Medios compulsivos en Derecho Privado, Ediar, Bs. As., 1978, pág. 29, en especial nota Nº 52; LEONFANTI, María Antonia, Derecho de necesidad, Astrea, Bs. As., 1980, dice: "Pero es evidente que quien está obligado a cumplir dos deberes que colisionan ante el estado de necesidad, el deber apremiante es el que debe cumplirse, en detrimento del otro, aun cuando normalmente sea de categoría superior. Queda "suspendido", diría Márquez", pág. 68. PUIG PEÑA, Federico, op. cit., pág. 291, estima que el estado de necesidad no determina una imposibilidad absoluta sino que genera una prestación que puede ser exorbitante.

(24) En la Nota al art. 755 de nuestro Código Civil.

(25) Parece haberla desecharlo por ser una cuestión muy debatida entre los juristas franceses. PLANIOL, M. y G. RIPERT, Traité pratique, de Droit civil français, Librairie Générale de Droit et Jurisprudencia, París, 1931, tomo VII, pág. 325, la consideran excesiva porque viola la ley del contrato.

realidad, se tornen inexactas las normas referidas a la integridad y puntualidad del pago, las que devienen inexactas sobre todo en determinados períodos de crisis económicas, pues no pudiendo cumplirse con el rigor del Código Civil, y no existiendo remedios intermedios, se obliga al deudor a peticionar su concurso, con mayor perjuicio propio, de sus acreedores y de la sociedad en general.

Respecto del beneficio de competencia, las normas contenidas en los arts. 799 y 800 del Código Civil, que tienen como fuente próxima los arts. 1625 y 1626 del Código Civil Chileno y como fuentes remotas la ley 173 Digesto y ley 1 título 15 Partida V., describen fielmente la voluntad del legislador y puede afirmarse que, en su momento, fueron por lo menos parcialmente exactas, si bien algunos autores sostienen que ni siquiera inicialmente resultaban útiles, porque la misma función se cumplía con el régimen de los alimentos (26), afirmación que no comparto en razón de que el beneficio se extiende también a quienes no son acreedores alimentarios (inc. 4 a 6 art. 800 CC.). Quizás podría admitirse una inexactitud subvenida. Según algunos autores actualmente se han tornado ineficaces, porque su finalidad tutiva se cumple de manera más amplia a través de las reglas de la inembargabilidad, bien de familia y otros institutos incorporados al derecho obligacional con posterioridad a la sanción del Código Civil (27). En mérito a esas razones se ha sostenido que es un remedio legal que debe suprimirse; por mi parte estimo que, pudiendo aplicarse más allá de los bienes inembargables, aún cuando sea un recurso insuficiente, es válido mantenerlo vigente hasta tanto sea reemplazado por otro más eficaz.

5. El salto de las fuentes formales a las fuentes materiales indica que las normas referidas al beneficio de competencia han caído en desuso, por su insuficiencia, mientras que el plazo de gracia ha mantenido su vigencia a través del tiempo.

6. Las normas relativas al pago son supletorias, mientras que las concernientes al beneficio de competencia y al plazo de gracia son normas coactivas y por tanto no pueden derruirse convencionalmente (28).

7. Con respecto a la interpretación de las normas relativas al beneficio de competencia contenidas en nuestro derecho positivo vigente, se plantea el problema de conocer si el

(26) LEGON, Fernando, op. cit., pág. 456.

(27) LAFAILLE, Héctor, Derecho civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Vol. I, Ediar, Bs. As., 1947, pág. 374; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, tomo II-A, pág. 755.

(28) BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, op. cit., pág. 592, consideran que las normas del art. 1244 CC. Francés son una atribución del poder judicial, responden a consideraciones de interés general, humanidad y orden público. El derecho del acreedor, simple derecho individual, entra en conflicto con el derecho social y debe darse preferencia a este último. En igual sentido PLANIOL-RIPERT, op. cit., pág. 326. Entendemos que estas normas hacen a la versión moderna del orden público económico (p.v. GARCIA AMIGO, M., Condiciones generales de los contratos, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 260 y ss.)

único beneficiario es el deudor, o bien, éste y su familia. Atendiendo a una interpretación literal, el beneficio alcanza sólo al deudor. De este modo lo ha interpretado nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria, extendiéndolo a la familia en casos excepcionales (29). Pienso que ese resultado no se compadece con la voluntad del legislador, para quien la persona se encuentra unida a su familia por estrechos lazos de parentesco, por lo cual su voluntad debió ser la protección del deudor y su hogar, debiendo entenderse entonces que deberá dejársele el mínimo indispensable para su subsistencia y la de quienes, viviendo con él, en su hogar, reciben alimentos (30).

Por otra parte, hay divergencias con respecto a cuál debe ser la interpretación que debe darse al art. 799 cuando expresa "lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias". Entiendo que la interpretación literal nos hace conocer realmente el querer del legislador: ha querido dejar al juez la facultad discrecional de apreciar lo indispensable para cada uno de acuerdo a sus propias circunstancias personales (31), de tal modo que deberá respetarse los niveles sociales y culturales de cada deudor. Allí se agota la interpretación de la norma, más como el resultado no parece justo porque, frente a una situación límite que obliga a enfrentar el derecho del acreedor de percibir su crédito con el del deudor de reservarse lo mínimo para una modesta subsistencia, no puede privilegiarse a éste reservándole bienes más allá de lo que cualquier persona necesitaría para atender a sus necesidades vitales: debe entonces producirse una carencia dikelógica y elaborarse la norma adecuada, disponiéndose que lo indispensable es aquello que objetivamente se considere tal para que el deudor pueda vivir (32).

Respecto a la extensión del beneficio de competencia a deudores no expresamente enumerados en el art. 800, ella no es factible atendiendo a una interpretación literal, pero resulta posible producir una carencia dikelógica que puede superarse mediante la autointegración de la norma (por medio de analogía), extendiéndose, en ciertas circunstancias excepcionales, a deudores no expresamente incluidos. No es ésta la opinión predominante en nuestro país, pues se considera que la enumeración es taxativa (33), aún cuando Colmo estimaba que podía ampliarse (34).

En cuanto a los deudores beneficiarios expresamente previstos en el art. 800 se

(29) BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, tomo I, Abeledo Perrot, 4º edic. 1976, pág. 633.

(30) LEGON, Fernando, op. cit., pág. 454.

(31) BOFFI BOGGERO, Luis María, Beneficio de competencia, Enciclopedia jurídica Omeca, pág. 132, tomo 2; COLMO, Alfredo, De las obligaciones en general, Abeledo Perrot, Bs. As., 3º edición, 1961, pág. 506.

(32) LEGON, Fernando, op. cit., pág. 460.

(33) LEGON, Fernando, op. cit., pág. 464; ACUÑA ANZORENA, Arturo, Algunas consideraciones sobre el beneficio de competencia en el Código Civil, en L.L. tomo 22 pág. 922; SALVAT, Reymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, La Ley, Bs. As., 1946, tomo IV, vol. 2, pág. 211; CAZEAX, Pedro y Félix Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, Platense, La Plata, 1980, tomo 3, pág. 198; LIAMBÍAS, Jorge, op. cit. pág. 758.

(34) COLMO, Alfredo, op. cit., pág. 509.

encuentran, en primer término, los ascendientes y descendientes del acreedor, entendiendose aplicable tanto al parentesco legítimo como al extramatrimonial (35). Creo que también se hace extensivo al parentesco por adopción; de tal modo, que, si la adopción es plena, los beneficiarios sólo serán los sujetos unidos por el parentesco adoptivo, ya que al producirse el desplazamiento de estado determinado por la filiación consanguínea, se extingue el parentesco por consanguinidad. Si la adopción es simple, la situación es diversa: la obligación de concederlo existe sólo entre adoptante y adoptado y, al no extinguirse el vínculo consanguíneo es aplicable el beneficio respecto del adoptado y su familia de sangre.

La institución se extiende más allá de la órbita familiar en el inc. 4º, al admitirse como beneficiarios a los consocios, respecto de las deudas que tengan con la sociedad y no entre sí. Los beneficiarios de este reparto son los socios de la sociedad civil y creo que también pueden serlo los de las sociedades comerciales denominadas "de personas" (36).

El inc. 6º, de gran importancia dado su ámbito de aplicación, para algunos autores ha dejado de tener vigencia después de la sanción de las leyes de concurso y sus reformas, ya que el deudor concursado no puede ser perseguido por sus acreedores concursales por las deudas anteriores, obtiene su rehabilitación inmediata y los bienes que adquiera no podrán ser perseguidos. Otros opinan que aún continúa vigente, y juega mientras no se haya operado la extinción de los remanentes por rehabilitación y respecto de los bienes adquiridos por el concursado hasta ese momento y a posteriori de la apertura del concurso.

15. El ordenamiento normativo capta un orden de repartos: se compone de las normas que captan los repartos que describen e integran el orden de repartos (37). Las normas del ordenamiento normativo deben guardar entre sí una relación horizontal de significado a fin de realizar el valor concordancia (38). El problema de la relación horizontal de significado se suscita entre las normas relativas a la inembargabilidad de determinados bienes y las relativas al beneficio de competencia. Estas normas parecen tender a fines coincidentes. En un caso determinado se excluyen o se pueden sumar? O dicho de otro modo, respecto de la porción embargable de los bienes del deudor se puede invocar el beneficio de competencia? En principio parece que, por concurrir ambos a iguales fines, no es posible acumularlos, pero excepcionalmente podría admitirse si el sueldo íntegro del deudor o la totalidad de sus escasos bienes fueran imprescindibles para una modesta subsistencia (39).

(35) BOFFI BOGGERO, Luis María, op. cit., pág. 131; SALVAT, Reymundo, op. cip., pág. 594.

(36) El instituto no está previsto en la ley mercantil, pero dado su profundo sentido humanitario creemos puede ser aplicado en virtud de los arts. 2º y 267 del C. de Comercio.

(37) GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción... pág. 323; CIURO CALDANI, Miguel A., Derecho... pág. 91.

(38) CIURO CALDANI, Miguel A., Derecho... pág. 91.

(39) LEGON, Fernando, op. cit., pág. 461, sólo cree que podría acumularse excepcionalmente; SALVAT, Reymundo, op. cit., pág. 584.

DIMENSION SOCIOLOGICA

16. La obligación es un reparto de potencia para el acreedor e impotencia para el deudor; el pago, por el contrario, no es un nuevo reparto, no puede ser considerado como un negocio jurídico, según se ha pretendido (40), sino simplemente como la dinamización del reparto primitivo obligacional, el beneficio del acreedor por la impotencia del deudor.

Un nuevo reparto, distinto a la obligación se origina cuando el legislador, supremo repartidor, interviene adjudicando una impotencia al acreedor, obligándose a conceder un plazo para el pago o a admitir un pago parcial. En estos casos el beneficiario es el deudor y el sujeto gravado el acreedor.

En virtud del beneficio de competencia, legislado en los arts. 799 y 800 CC. argentino, ciertos acreedores resultan gravados con una impotencia: están impedidos de exigir el cumplimiento íntegro de su prestación al obligado si éste, pagando, no pudiera subsistir modestamente. El deudor beneficiario, ve reducida su carga de impotencia: paga lo que buena-miente pueda y el saldo de la obligación, que no se extingue, queda a mejor fortuna (41); no queda liberado definitivamente, pues subsiste una obligación civil condicional (42).

El "término de gracia", no incorporado a nuestro derecho positivo, supone también un nuevo reparto que impone al acreedor una impotencia: debe suspender el cobro de su crédito hasta tanto venza el plazo adicional para el pago establecido por el juez. Puede ser beneficiario de este reparto cualquier deudor de buena fe, salvo excepciones especialmente pre-vistas (43).

(40) ENNECERUS, Ludwig, Derecho de las Obligaciones, rev. por H. Lehmann, traduc. B. Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1933, tomo II, 1º, pág. 299; BARASI, Lodovico, La teoría generale delle obbligazioni, Giuffrè, 1948, Milano, Nº 234 bis; BELTRAN DE HEREDIA, José, op. cit., pág. 47, admite que el pago posee cierto grado de autonomía respecto de la obligación pero que no debe exagerarse esa autonómia sino que es preciso ponerla en relación con el programa de prestación que el cumplimiento trata de realizar. Entiende que el cumplimiento es un simple y puro hecho (pág. 116). P.v. también SALAS, ACDEEL, Obligaciones, contratos y otros ensayos, Depalma, 1982, pág. 150; ORGAZ, Alfredo, Hechos y actos o negocios jurídicos, Zavalía, Bs. As., 1963, pág. 32.

(41) SALVAT, Raymundo, op.cit., pág. 210; LLAMBIAS, Jorge, op. cit., pág. 756. ACUÑA ANZORENA, Arturo, op. cit., pág. 921; BARBERO, Omar U., op. cit., pág. 956.

(42) LEGON, Fernando, op. cit., pág. 457; BORDA, Guillermo, op. cit., pág. 632; FERNANDEZ, Raymundo, Beneficio de competencia. La obligación de devolver y la extinción de las obligaciones de la ley 11077, en LL. 28-744; COLMO, Alfredo, op. cit., pág. 506 opina que es término suspensivo; LAFAILLE, Héctor, op. cit., pág. 322, dice que es término incierto; SALAS, Acdeel, op. cit., pág. 92 en igual sentido. A su vez REZZONICO, Luis María, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, Bs. As.; Depalma, 1964, 9º edic. T.I, pág. 773 con referencia al pago a mejor fortuna dice que es plazo suspensivo incierto porque el crédito existe, lo que se subordina al cambio de posición económica en su cobranza mientras que en la condición la incertidumbre se refiere a la existencia misma del derecho. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, op. cit., pág. 153, entienden que la cláusula "a pagar cuando el deudor pueda", debe ser considerada como término incierto y no como condición.

(43) PLANIOL, M. y RIPERT, Georges, op. cit., pág. 326, excluyen las letras de cambio y créditos hipotecarios.

17. El móvil del legislador en el beneficio de competencia es poner en funcionamiento la cooperación familiar, las personas vinculadas por parentesco deben contribuir a mantener al necesitado. Este es el mismo móvil que el de la obligación alimentaria, de tal modo que ambos beneficios no pueden acumularse: el mismo acreedor no puede ser obligado a pasar alimentos y otorgar el beneficio de competencia (44). La doctrina pretende atribuir otra razón objetiva a este reparto: la protección de la vida del deudor por el acreedor mediante la contribución a su subsistencia. Si esta fuera la razón no se entiende porqué apenas se abre la institución fuera del marco familiar. La diferencia se ve clara cuando se investigan las razones del reparto en el término de gracia: en esta institución puede afirmarse sin duda que es la protección de la vida del deudor, pues todos los acreedores están obligados, cuando así lo disponga la sentencia judicial a acordar la prórroga en el tiempo del pago.

18. La obligación puede ser, según su fuente un reparto autoritario (45), aunque generalmente es un reparto autónomo; acreedor y deudor de su libre voluntad se reparten potencias e impotencias, y el pago voluntario no es más que un último aspecto de esa autonomía.

En este último caso, ante el incumplimiento del deudor, se produce una transformación, se cambia la forma de repartir, ya no hay acuerdo, el reparto autónomo se transforma en autoritario. El acreedor realizando el valor poder obtiene la potencia que se le adjudicara, a través de medios coactivos.

Más, si se dan las razones extraordinarias que generan la aplicación del término de gracia o el beneficio de competencia, el reparto autoritario que había nacido se trasmuda, por cambio de repartidor, el supremo repartidor, el legislador, adjudica nuevas potencias e impotencias generando una transustanciación (46): potencia para el deudor (pagar parcialmente o no pagar hasta tanto no mejore de fortuna) e impotencia para el acreedor: no poder exigir el pago íntegro en el tiempo convenido.

19. Las normas que hacen exigible el cumplimiento íntegro y puntual de la obligación reconocen adecuadamente las leyes político-sociales, y en ese sentido no han fracasado. Sin embargo encuentran límites derivados de las realidades económicas: a veces fracasan por la insolvencia del deudor, en especial en épocas de crisis económicas.

El beneficio de competencia y el término de gracia podrían encontrar un límite derivado de leyes económicas, si mediante su otorgamiento, se produjera un desorden en la economía general de un país. Podría sostenerse que autorizar al deudor a no pagar hasta que mejore de fortuna o en un tiempo posterior al vencimiento de su obligación implica distorsionar el sistema económico. Estimo que esa consecuencia no puede atribuirse a esos institutos

(44) BORDA, Guillermo, op. cit., pág. 631.

(45) CIURO CALDANI, Miguel A., *Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones*, en E.D. tomo 102, pág. 997.

(46) CIURO CALDANI, Miguel A., *Derecho...* pág. 52.

porque: 1) son aplicables sólo en casos realmente extremos; 2) porque igual efecto podría atribuirse a la proliferación de pequeños concursos cuya única finalidad es postergar el tiempo de pago, con consecuencias más gravosas para el deudor, su acreedor y también la sociedad.

Sin llegar a la situación extrema del fracaso del reparto por insolvencia del deudor, hay supuestos en los cuales el legislador ha debido limitar voluntariamente las normas generales. Así, por ejemplo, respecto de las normas relativas al cumplimiento forzado de las obligaciones el legislador puede adoptar dos actitudes: disponer que el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores, y que éstos pueden ejecutar indiscriminadamente todos los bienes que lo integran. En ese caso el deudor pierde un aspecto de su persona, la persona económica, quedando expuesto a la pérdida de su personalidad integral por la indigencia. Puede también el legislador limitar voluntariamente el reparto proyectado, y así se ha hecho en nuestro país en épocas posteriores a la sanción del Código Civil, a través de las leyes especiales de inembargabilidad de bienes determinados y de los Códigos de Procedimientos, que atenuaron los efectos de la acción del acreedor sobre la persona económica de su deudor. Al mismo fin contribuye de modo fundamental el instituto del bien de familia (47).

20. La pobreza o insolvencia del deudor constituyen un asunto cotidiano para la comunidad, si bien son un asunto vital para el deudor. Los asuntos cotidianos deben regularse a través de reglas generales (48), es por ello que parece adecuada la regulación de los arts. 799 y 800 del CC. Cuando un asunto cotidiano se transforma en un asunto vital para la comunidad, en una situación límite, se requiere algo más que una regla general, es necesaria una regla especial que derive de un acto de gobierno trascendente, como son las moratorias legales aplicables a determinados deudores (49).

21. Para comprender la trascendencia de las instituciones que tratan de morigerar los derechos del acreedor debe tenerse en cuenta que la imposibilidad económica subjetiva del deudor, proviene, en numerosos casos, de distribuciones de la naturaleza, ya sea de una enfermedad del deudor o de las personas que tiene a su cargo, ya sea de catástrofes naturales. Asimismo puede provenir de influencias humanas difusas como ser la pérdida de la fuente de trabajo, la dificultad de cobrar sus propias acreencias. Por negar la influencia de las distribuciones antes mencionadas en las relaciones jurídicas (50), muchas veces el legislador va al fracaso en el plan de gobierno.

(47) COLMO, Alfredo, op. cit., pág. 506; LEGON, Fernando, op. cit., pág. 456; BOFFI BOGGERO, Luis Marfa, op. cit., pág. 443.

(48) GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción..., pág. 76.

(49) En nuestro país se han conocido varias moratorias legales: la de la Ley 9478 que prorroga por treinta días las obligaciones para atenuar los efectos de la primera guerra mundial; la ley 11741/33 de moratoria hipotecaria; el decreto del interventor de San Juan dictado el 15-1-44, convalidado por el P.E.N. y que prorroga las obligaciones por treinta días a raíz del terremoto sufrido en esa provincia. Un detalle de las moratorias dictadas en España p.v. en PUIG PEÑA, Federico, op. cit., pág. 173, y en BELTRAN DE HEREDIA, José, op. cit., pág. 251.

(50) REZZONICO, Luis Marfa, op. cit., pág. 204.

22. En la dinámica de la realidad social actual se advierte que el cumplimiento puntual de las obligaciones es una posibilidad no suficientemente lograda y, por otra parte, que el beneficio de competencia contiene una posibilidad y una finalidad objetiva que en nada interesan actualmente, lo que queda demostrado en la escasa cantidad de antecedentes jurisprudenciales registrados en los repertorios respectivos. Por el contrario, el término de gracia, en Francia, por ejemplo, tiene suficiente eficacia, lo cual ha quedado demostrado por el remozamiento que sufrió la institución en la década del cuarenta, evidenciándose de este modo una mayor posibilidad en la realidad actual.

23. La jurisprudencia de nuestros tribunales, que como ya expresara no es abundante, ha sostenido con respecto a las condiciones en que debe encontrarse el deudor: "El acreedor está sujeto al beneficio de competencia sólo cuando su deudor se encuentre en una extrema pobreza y además sea persona de las enumeradas en el art. 800 CC", C. Com. Cap., 12-3-41, autos: "Musso, José c/Musso, Salvador", J.A. 73-791; LL. 22-921. "El deudor debe destruir la presunción de solvencia, acreditando que no tiene bienes suficientes para satisfacer la obligación", CCC. La Plata, S.1º, 19-2-52, autos: "Lifischtz, Juana Litvac de c/Lifischtz, Simón", L.L. 66-810. Por otra parte se ha expresado: "El fundamento del beneficio de competencia se encuentra en evitar que un deudor de buena fe se vea colocado en situación de total desamparo, al tener que dar satisfacción a obligaciones contraídas con un acreedor con el cual media alguna relación especial que obliga, en equidad, a tener cierta tolerancia", CNC. S.F., 17-5-82, M. de I, I c/I.N., ED. 99-671.

Se ha considerado que es condición y no plazo: "El pedido de beneficio de competencia no constituye un pedido de quita ni de donación, sino de plazo para el pago de las obligaciones correspondientes al importe del beneficio. Sólo que, como se trata de un plazo relacionado con un hecho futuro, no necesario, hay aquí condición y no plazo. En suma, el pedir beneficio de competencia es allanarse el deudor beneficiado a contraer una obligación bajo condición suspensiva", CC. 1º Cap., 15-4-42 autos: "AlDAO, María Luisa, Conc.", L.L. 28-744, JA. 942-II-544, G.F. 157-549.

En relación a la extensión del beneficio a la familia del deudor se ha sostenido: "El beneficio de competencia constituye un favor legal y excepcional y, por ello, no puede extenderse a personas distintas a las comprendidas en la enunciación del art. 800 y proyectarse a distintas situaciones de aquéllas mismas personas", CNC. S.F. 9-4-80, autos "Pisani, Florentina c/ Fermar SCA", ED. 88-825. Por el contrario se dijo: "La cónyuge supérstite, que invoca su estado de necesidad y la carencia absoluta de recursos, tiene derecho a obtener por una sola vez la fijación de una suma en concepto de beneficio de competencia entre el pasivo y el activo de la sucesión", CNC. S.C., 18-7-51 autos: "Lifischtz, Juana Litvac de c/ Lifischtz, Simón", JA. 952-I-129; C.F. 205-223.

En cuanto al carácter de la enumeración contenida en el art. 800 CC. es taxativa para los fallos ya transcriptos publicados en ED. 88-825; L.L. 22-921. En sentido contrario se ha expresado: "La enumeración que contiene el art. 800 del Cod. Civ. respecto de los

casos en que procede el pago con beneficio de competencia, no es taxativa, sino que se limita a citar aquéllos en que es obligatorio e ineludible concederlo”, CNC. S.A., 30-12-57, autos: “De Vega, Deogracias, c/ Ferri, Armando”, LL. 91-474.

Por otra parte nuestros jueces han dicho en relación a la aplicación del beneficio a la parte embargable de los bienes: “El concursado no tiene derecho a oponerse al embargo de la porción disponible de su sueldo, invocando el beneficio de competencia”, CC.Cp. S.1º, autos “Pita, Concurso Civ.”, JA.5-236. “En principio, el deudor no puede invocar el beneficio de competencia para excluir de la cesión de bienes a favor de los acreedores la parte del sueldo o salario sujeta a embargo conforme art. 2 ley 9511”, CCCap. S. 2º, autos “Spika-Conc. Civil”, JA. 27-290. En sentido contrario: “En algunos casos se ha admitido dicho beneficio considerándose que la totalidad del sueldo era indispensable para que el deudor subsistiera modestamente según su clase y circunstancias”, CCCap. S. 2º 21-9-23 autos “Paulucci-Concurso”, JA.11-596.

DIMENSION DIKELOGICA

24. Cuando las obligaciones nacen de los contratos el orden de los repartos realiza los valores cooperación y solidaridad; y cuando su fuente es la ley, el delito o el cuasidelito, se alcanzan los valores orden y previsibilidad. En consecuencia el cumplimiento voluntario de las obligaciones hace posibles esos valores; por el contrario se evidencia la relatividad de los mismos cuando se produce el incumplimiento por imposibilidad económica del deudor; en ese caso, aquéllos valores deben ceder ante los únicos valores absolutos, justicia y humanidad. La institución adecuada para lograrlos debería ser el reconocimiento del estado de necesidad, que representa la forma más perfecta de la justicia con acepción de personas. En grado relativamente inferior se encuentra el término de gracia, a su vez más próximo al valor humanidad que el beneficio de competencia, tal como se encuentra legislado en nuestro Código Civil.

Por otra parte en el cumplimiento de la obligación puede realizarse armoniosamente los valores justicia y utilidad. Más cuando se admite el incumplimiento de la obligación por consideración al estado de necesidad del deudor, puede la justicia arrogarse el valor utilidad. Si ello se generalizara en una sociedad podría producirse gran perturbación, razón por la que sostengo que sólo es admisible ese avance en casos excepcionales.

25. Frecuentemente el cumplimiento voluntario de la obligación realiza la justicia correctiva comutativa: el deudor paga porque obtuvo con anterioridad una prestación de su acreedor, restablece de ese modo el equilibrio patrimonial. No obstante otras veces, cuando la obligación tiene su fuente en la ley, por ejemplo, el pago hace efectiva la justicia distributiva. Dado que el cumplimiento no es más que la última etapa en la vida de la obligación puede decirse también que realiza la justicia consensual o extraconsensual, según la fuente de la obligación de que se trate; generalmente logra hacer realidad una justicia sin consideración de personas si las obligaciones derivan del contrato, delito o cuasidelito; pero, a veces, especialmente en las obligaciones legales, se tiene en cuenta la persona (por ejemplo en las obligaciones alimentarias) (51).

El beneficio de competencia y el plazo de gracia realizan en mayor o menor medida la justicia con acepción de personas; en el primero debe tenerse en cuenta, según nuestro Código, "la clase y circunstancias del deudor", aún cuando no se comparta la interpretación absolutamente subjetiva de Colmo, en alguna medida siempre debe apreciarse la situación personal. Por otra parte hay también consideración de persona cuando se valora la conducta del deudor para negar el beneficio si no se ha actuado de buena fe. En cuanto al término de gracia, en Francia, la acepción de persona era esencial, ya que el Código Napoleón atendía a la situación económica personal del obligado, pero después de la reforma de 1936, parece realizar-se una justicia sin acepción de persona, porque para acordar el plazo suplementario el juez debe atender a "la situación económica", interpretada como situación general (52).

Tanto el beneficio de competencia como el plazo de gracia, realizan una justicia extraconsensual y también asimétrica, el legislador admite el mantenimiento de un desequilibrio en los patrimonios, en el primer caso hasta la mejora de fortuna del obligado, en el otro hasta que venza el término fijado por el juez. Es además una justicia dialogal, ya que se comparan ampliamente las razones del acreedor y del deudor.

26. Aún cuando el beneficio de competencia y el término de gracia tienden a un desfraccionamiento que permite alcanzar una justicia más pantónoma, han sido regulados en los ordenamientos positivos de manera que producen, en definitiva, cortes en la realización de la justicia. Por ejemplo, en el beneficio de competencia, tal como se encuentra en nuestro Código, se ha fraccionado el continuo personal, programándose un reparto justo respecto de determinados deudores (los que tengan con su acreedor vínculo de parentesco, y sólo muy pocos fuera de ellos). En el término de gracia, no se fracciona el continuo personal pero puede fraccionarse el continuo temporal: en la actual legislación francesa el plazo máximo que debe concederse para el pago está establecido en la ley. Opino que el desfraccionamiento que produciría una justicia más pantónoma se obtendría mediante la concesión del beneficio de competencia a cualquier deudor que reuniera las condiciones de extrema necesidad y buena fe propias del instituto, superándose de ese modo el injusto fraccionamiento del continuo personal del beneficio de competencia y también el del continuo temporal producido por el plazo de gracia (53). Es justo tomar como pauta para devolver al acreedor sus medios coactivos "la mejora de fortuna" del obligado al pago.

(51) CIURO CALDANI, Miguel A., *Meditaciones...* pág. 1001.

(52) RIPERT, Georges, BOULANGER, Juan, *Tratado de Derecho Civil* según el Tratado de Planiol, La Ley, Bs. As., traduc. D. García Daireaux, 1965, tomo V, oblig. pág. 372.

(53) COLMO, Alfredo, op. cit., pág. 509; ACUÑA ANZORENA, Arturo, op. cit., pág. 921, quien no obstante pronunciarse por la interpretación restrictiva del art. 800 expresa una opinión que comparto: "Es claro que ello no importa aceptar que la limitación de deudores sea para nosotros el temperamento legislativo que más convenga, si no todo lo contrario, y volvemos con Colmo cuando en base al "moderno solidarismo de la vida" se esfuerza en entender a todos los deudores este favor aconsejado por motivos éticos, jurídicos y económicos".

27. El cumplimiento voluntario de la obligación realiza el principio supremo de justicia: el deudor retorna a su situación de libertad (54) y al acreedor, recibiendo la prestación debida recompone su patrimonio y mantiene su esfera económica de libertad. El incumplimiento, por el contrario, es un acto injusto, antijurídico. La sociedad se resiente de igual modo que cuando se viola una ley (55). El acto injusto se torna nuevamente justo cuando se realiza como consecuencia de una situación de necesidad.

Al efectuarse la valoración de los medios coactivos que el derecho proporciona al acreedor para obtener el cumplimiento forzado, se encuentran numerosos ejemplos de adjudicaciones injustas. Por ello estimo que el beneficio de competencia y el término de gracia constituyen una tendencia en la búsqueda de soluciones más justas. Es muy interesante la encendida defensa del término de gracia efectuada por el Tribuno Jaubert en el Tribunal de Francia cuando se discutía su inclusión en el Código Napoleón (56).

28. El régimen del Código Civil respecto del cumplimiento de las obligaciones revela un humanismo abstencionista, se acuerda a deudor y acreedor una esfera de libertad, pero en ciertas ocasiones se requiere un humanismo paternalista. El legislador debe intervenir obligando al acreedor a dejar a su deudor lo indispensable para una modesta subsistencia. Mediante esta intervención se protege al individuo contra los demás, sus acreedores, y también contra lo demás, la miseria y la soledad. Se ha criticado esta institución porque hace soportar la miseria del deudor sólo a su acreedor, porque se produce una intromisión en el patrimonio de este último. También se objetó que implica la conversión de un deber moral en una obligación civil (57). Considero que el legislador está facultado para imponer a las personas individuales aquellas conductas que derivan de los valores justicia y humanidad.

En el beneficio de competencia, tal como se encuentra legislado en nuestro derecho, se produce el dominio del derecho de familia sobre el derecho obligacional; es un avance del primero que impone sus categorías del derecho patrimonial (58). Se ha afirmado que los beneficios humanitarios y morales sólo deben ser dispensados a quienes se encuentren unidos por vínculos familiares, resultando extraño concederlos a quienes se interrelacionan sólo por

(54) El deudor recupera su situación de libertad y se personaliza en especial cuando "paga lo que debe, sabiendo que lo debe y por la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual su derecho", según expresa Werner Goldschmidt en Introducción... pág. 390.

(55) PUIG PEÑA, Federico, op. cit., pág. 198.

(56) Según BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, op. cit., pág. 591, citando a Fenet XIII, pág. 346, el tribuno Jaubert sostenía que sería excesivamente severo por parte del acreedor no acordarle una dilación al deudor de buena fe, cuya tardanza no le fuera imputable, sobre todo en el caso en que el acreedor no tuviera realmente urgencia de ser satisfecho. Y se preguntaba, es quizás justo, equitativo, natural? La humanidad no tiene sus derechos?

(57) MACHADO, José Olegario, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, Bs. As., 1898, Felix Lajouane editor, tomo II, pág. 632.

(58) CIURO CALDANI, Miguel A., Aportes para la teoría general del derecho (El "sistema jurídico"). Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1984, pág. 13 y ss.

vínculos económicos (59). No parece correcto; la relación entre acreedor y deudor, si bien se apoya en vínculos económicos no es superficial, supone una relación entre personas individuales que pertenecen a una persona total, sociedad, y por tanto son responsables mutuas cada una por la otra y por las demás personas individuales y sobre todo por la persona total. Al respecto resultan elocuentes las palabras de Colmo refiriendo al beneficio de competencia: "Es por tanto, un favor legal determinado por consideraciones de pura humanidad, en cuya virtud se reconoce que por encima de lo económico de las vinculaciones obligatorias y del interés pecuniario del acreedor, están otras cosas más importantes, mucho más importantes: el derecho a la subsistencia del pobre deudor, que antes de tener que pagar a sus acreedores tiene que vivir... Después se pretenderá que el Código Civil sólo regla, en materia de obligaciones, asuntos de carácter patrimonial (60).

(59) ACUÑA ANZORENA, Arturo, op. cit., pág. 133.

(60) COLMO, Alfredo, op. cit., pág. 504.

COMPRENSION HISTORICA DE LAS TEORIAS SOBRE EL OBJETO
DE LA CIENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDANI ()*

1. El objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado ha sido y es motivo de significativas polémicas. Pese a que la “conciencia histórica” de nuestro tiempo no tiene la amplitud deseable y a los frecuentes intentos de marginar la historicidad del Derecho, principalmente a través de la mutilación de su dimensión sociológica, no nos cabe duda que ningún problema jurídico puede ser debidamente comprendido si no en el marco de la respectiva circunstancia histórica (1).

En relación con el objeto de la ciencia jusprivatista internacional se han planteado principalmente la posición *“unitaria”*, predominante en la cultura jurídica alemana, que afirma que el objeto correspondiente a la ciencia jusprivatista internacional es el “conflicto de leyes”; la posición *“bipartita formal”*, que ha imperado sobre todo en la cultura jurídica anglo-sajona, según la cual se trata del conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes; la teoría *“bipartita material”*, conforme con la cual dicho objeto es el conflicto de leyes y el Derecho Privado uniforme; la concepción *“tripartita tradicional”*, de mayor raigambre latina, de acuerdo con la cual se trata de la nacionalidad, el Derecho de extranjería y el conflicto de leyes, y la posición *“tripartita contemporánea”*, de acuerdo con la cual debe hacerse referencia a las normas de conflicto, las “soluciones materiales” y las soluciones de aplicación inmediata (2). Cabe señalar también la posición que vincula al Derecho Internacional Privado la “autonomía universal”.

El Derecho Internacional Privado se produce en el marco de la *comunidad internacional*, para cuya existencia es necesaria la diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y las relaciones económicas, culturales, etc. entre los

(*) Investigador del CONICET

(1) Podrá v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, en especial la parte referida a Historia del Derecho.

(2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 5^a ed., Bs. As., Depalma, 1985, p.74/75

Estados para que se produzca una relativamente significativa regulación jurídica (3). Estas condiciones se dieron por primera vez entre un reducido grupo de Estados de Europa Occidental, alrededor del siglo XVI, época ésta en que se formaron los mismos Estados modernos en los "moldes" feudales intermedios de los poderes reales y en gran medida con el impulso de la burguesía. Los Estados se constituyeron en doble lucha, en el frente externo contra los poderes "universales" del Sacro Imperio Romano Germánico y también, aunque de modo menos directo, de la Iglesia Católica; en lo interno, enfrentando a los señores feudales inferiores. Si bien en un primer momento esa formación de los Estados modernos correspondió a un nuevo "territorialismo", que desplazó al interregionalismo de bases universalistas aparecido en el medioevo, los movimientos cosmopolitas de fines del siglo XVIII y el siglo XIX significaron, a la luz de mayores necesidades de relaciones económicas y culturales, la formación de la extraterritorialidad de la *comunidad jusprivatista internacional*, cuyo ideólogo más encumbrado fue Federico Carlos de Savigny (4).

En la actualidad sin embargo (luego de un rebrote de afirmación de los Estados nacionales producido sobre todo en las primeras décadas de este siglo) y en mucho como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, las grandes unidades económicas y culturales, sobre todo de las empresas y partidos, y la propia planificación mundial surgida principalmente de lo tratado en Yalta evidencian que los Estados nacionales resultan ampliamente desbordados por grandes áreas de influencias, cada vez más semejantes a realidades imperiales, encabezadas respectivamente por los Estados Unidos de América y la Unión Soviética. Desde otra perspectiva, aunque en frecuente relación con las amenazas externas, los Estados nacionales son atacados desde "dentro" por los regionalismos, las luchas de clases, etc. (5). En correspondencia con esta situación se desarrollan con diferentes amplitudes no sólo respuestas extraterritorialistas, sino también territorialistas y no territorializadas de autonomía universal (6) Es en este marco de relación con la comunidad internacional, donde se diferencian los niveles de respuesta "nacional-internacional", radicalmente "nacional" y "universal", que deben ser comprendidas las teorías que nos ocupan.

El "conflicto de leyes" es contenido común de todas las teorías, pero en cuanto a tener en cuenta otros temas y a la identificación de estos otros despliegues las diferencias son muy significativas. La *teoría germánica*, que se limita al "conflicto de leyes", refleja el alto grado de abstracción del pensamiento alemán y, sobre todo el "equilibrio" de la comunidad

(3) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976, pág. 505/506

(4) SAVIGNY, Federico Carlos de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux-Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 137 y ss. (parág. CCCXLVIII)

(5) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 43, págs. 1 y ss.

(6) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978, págs. 5 y ss

jusprivatista *internacional*. La posición bipartita anglosajona, de carácter formal, es una clara expresión de la comprensión de los niveles prácticos de la vida jurídica que caracteriza a tales pueblos, que han advertido, por ejemplo, la influencia decisiva de la posibilidad del “forum shopping” en la suerte del Derecho Internacional Privado” de fondo”, referido al conflicto de leyes. A su vez, la doctrina bipartita material se coloca en dos situaciones históricamente diferentes: en el equilibrio *internacional* que refleja el conflicto de leyes y en el mundo de las grandes unidades, o sea del Derecho unificado quizás preparado por el porvenir.

La doctrina tripartita tradicional, que ha caracterizado al marco latino, corresponde al espíritu de orden estatal abstracto que nuestros pueblos quizás han heredado de Roma. Su referencia a la nacionalidad apunta a un problema indudablemente significativo para el Derecho Internacional Privado, porque sólo puede saberse cuándo un elemento es extranjero en relación con lo nacional (7); sin embargo se trata en ella de la nacionalidad formal establecida en el despliegue normológico, sobre todo a los fines de la participación en la vida pública, y no de la “nacionalidad” sociológica que culmina en el domicilio y es, a nuestro entender, el centro de gravedad de la “nacionalidad” jusprivatista internacional. La consideración del Derecho de extranjería es otra muestra de la preocupación latina por el orden, en que se inserta la atención a la condición de los extranjeros.

La doctrina tripartita contemporánea considera objeto del Derecho Internacional Privado a tres despliegues referidos a diversos niveles de organización: el conflicto de leyes corresponde a la perspectiva *internacional*, las soluciones materiales avanzan con una proyección directa o vicaria de referencia *universal* y las soluciones de aplicación inmediata corresponden a la perspectiva radicalmente *nacional*. En tanto el método de extraterritorialidad para resolver el conflicto de leyes corresponde al mayor respeto a las diversidades internacionales, propio del espíritu civilista, las soluciones materiales encuentran más afinidad con la necesidad de uniformidad que reina en el ámbito comercial, y las soluciones de aplicación inmediata se alimentan del espíritu publicista. Aunque no desconocemos que en los tres casos se trata de fenómenos reales, creemos que considerarlos en el mismo nivel como objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado significa una desviación “sociologizante” que margina el espíritu propio de respeto al elemento particular extranjero, identificadorio de nuestra materia.

La incorporación de la *autonomía universal* como objeto de la ciencia jusprivatista internacional es en general sostenible con miras al mismo respeto al particular extranjero, que llega a hacer sus propias soluciones con prescindencia de los Estados. Sin embargo, en definitiva la autonomía universal se diferencia del conflicto de leyes no sólo por caracteres sociológicos (no territorialización) y metodológicos (método directo), sino porque contribuye a la formación de nuevas unidades de carácter *universal* (aunque sin claro equilibrio del Derecho Privado con el Derecho Público).

(7) Es posible v. CIURO CAIDANI, Miguel Angel, “Reflexiones...” cit.

2. A nuestro entender, el núcleo de la materia Derecho Internacional Privado, que su ciencia debe reflejar con esa misma jerarquía, es el "*conflicto de leyes*" resuelto con solución de extraterritorialidad para respetar a los elementos extranjeros; pero a ese "conflicto" hay que agregarle el "*conflicto de jurisdicciones*" como complemento imprescindible de *Derecho Procesal Internacional Privado* (8).

Creemos que en relación con dicho núcleo cabe estudiar las soluciones *territorialistas, extraterritorialistas y no territorializadas* que en diversos grados, y real o idealmente, "concurren" con él. En cuanto al territorialismo cabe diferenciar sus grados extremos (Derecho Privado común y soluciones de aplicación inmediata) y mitigado (Derecho Privado de Extranjería y Derecho Privado Uniforme, con su máximo grado en la unificación). Al atender al extraterritorialismo es posible señalar el alcance ilimitado del Derecho "receptado", y por su parte la no territorialización es la autonomía universal a que ya nos hemos referido (9). En última instancia, sin embargo, el destino de la materia depende del que corresponda a la *comunidad internacional*.

(8) Puede v. por CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho judicial material: la jurisdicción internacional)", en "La Ley", 16/XII/1974 (t. 1975A, págs. 1047 y ss.)

Sobre el tema tratará el próximo Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

(9) Puede c. CIURO CALDANI, "Métodos..." cit.; también "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979

LA PROBABILIDAD EN EL DERECHO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

Homenaje al Profesor Werner GOLDSCHMIDT
con motivo del 50º aniversario de
la teoría del uso jurídico (**)

I. NOTAS BASICAS

1. En 1935 el profesor Werner Goldschmidt ideó la *teoría del uso jurídico* para exponer el objeto de referencia de la obligación que en justicia corresponde a un juez de un caso jusprivatista internacional llamado a "aplicar" Derecho extranjero (1). Señaló que el juez debe imitar la sentencia que con el máximo grado de *probabilidad* dictaría el juez extranjero y —desarrollando esa idea— se puede afirmar también que corresponde al juez realizar el *equivalente* de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero, por ejemplo imponiendo el pago de intereses complementarios para compensar el "espacio" existente entre el lugar en que el juez extranjero pronunciaría su sentencia y el sitio donde se produce el pronunciamiento real.

Al hacer referencia de ese modo al Derecho extranjero, Goldschmidt se abría, a impulso de una clara exigencia de justicia, a la dimensión sociológica del Derecho en cuanto a *probabilidad*. Aunque el unidimensionalismo dikelógico tiende a veces a marginarla, la probabilidad es un despliegue insoslayable en toda comprensión del Derecho que no mutile los despliegues sociológicos e incluso normológicos de lo jurídico, y cabe señalar así que en 1935 ya estaban presentes en las ideas de Goldschmidt las tendencias a la "apertura" que luego plasmarían en el trialismo.

La probabilidad es una base de constante importancia para comprender los fenómenos jurídicos, y a fin de apreciar acabadamente su significado es útil tener presente que desde el punto de vista dinámico el Derecho puede ser identificado como la actividad descriptible e integrable mediante normas vinculadas al aprovechamiento de las *oportunidades* para realizar la justicia. La noción de probabilidad se vincula estrechamente a la de oportunidad (2).

(*) Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(**) Ideas básicas de la exposición del autor en las "Jornadas sobre la teoría del uso jurídico y la teoría trialista del Derecho" organizadas por el Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario en homenaje al profesor doctor Werner Goldschmidt, que se llevaron a cabo el 19 y el 19 de octubre de 1985.

(1) GOLDSCHMIDT, Werner. "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935.

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 12/13. Acerca del trialismo en general. v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5^a ed., Bs. As., Depalma, 1976.

II. LA PROBABILIDAD EN LAS DIMENSIONES JURIDICAS

a) DIMENSION SOCIOLOGICA

2. La probabilidad es más concreta que la *posibilidad* sobre la que se constituye. Puede decirse que es más "real" y cargada de posibilidades de prueba y que se nutre de cierto modo de la apariencia (3). A su vez la probabilidad y la posibilidad son diferentes, en cambio, de la realidad, la otra categoría extrema de la "estática" jurídico-sociológica y también son diversas de la finalidad objetiva de los acontecimientos que —por su parte distinta de la finalidad subjetiva— es la categoría básica de la "dinámica" respectiva. Puede decirse además que a medida que la probabilidad "crece" tiende a ser reemplazada por la realidad. La posibilidad y la probabilidad son categorías "pantónomas" (pan = todo; nomos = ley que gobierna) que deben ser fraccionadas, produciéndose en sentido positivo *certeza* referida a la realidad y en sentido negativo —de "corte" en la realidad— *contingencia* (4). Al hilo de la diferencia entre probabilidad y realidad se forma el marco de lo "putativo".

3. Entre las adjudicaciones jurídicas, la probabilidad permite reconocer una mayor intensidad en las distribuciones de la naturaleza ("leyes naturales"), que va disminuyendo en las distribuciones de las influencias humanas difusas y tiene su grado mínimo en el *azar*, donde el juego de la probabilidad alcanza, en cambio, las mayores posibilidades. A su vez el reparto, proveniente de la conducción humana y núcleo de la jurística sociológica, tiene los alcances de la "previsibilidad" en el sentido de posibilidad de reconocer los efectos de la conducta, que es afín a la probabilidad. La probabilidad es fundamental para la toma de decisiones que anida en los repartos, y al hilo de ella se comprende la vacilación (5).

Todos los elementos del reparto —repartidores, destinatarios, objeto, forma y razones— se constituyen al hilo no sólo de la posibilidad sino también de la probabilidad. En especial cabe destacar que las ideas de los objetos "potencia" e "impotencia" —o sea de lo que favorece o perjudica al ser, y en los seres animados la vida— son constituidas sobre la probabilidad. Las probabilidades de potencias son "*chances*" y las de impotencias son "*rriesgos*". Es alta-

(3) V. LADARIA CALDENTEY, J., "Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, Bosch, 1952, también por ej. ANDORNO, Luis O., "La teoría de la apariencia", en "El Derecho", 17-10-1985 y STRATTA, Alicia Josefina, "Efectos jurídicos de la apariencia", en "El Derecho", 17-10-1985.

(4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Bases categoriales de la dinámica y la estética jurídico-sociales", Rosario, Instituto Jurídico-Filosófico UNL, 1967; v. COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, esp. págs. 215 y ss. y 96 y ss.; HEIDEGGER, Martin, "El ser y el tiempo", trad. José Gaos, 5a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974, esp. págs. 161 y ss.; AYER, A.J., "Lenguaje, verdad y lógica", trad. Ricardo Resta, Bs. As., Eudeba, 1965, págs. 122 y ss.; "Probabilidad" en FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía". Bs. As., Sudamericana, 1965, t. II, págs. 481 y ss. POPPER, Karl R., "La lógica de la investigación científica", trad. Víctor Sánchez de Zavaleta; Madrid, Tecnos 1962, págs. 137 y ss.

(5) V. HUSSERL., Edmundo, "Investigaciones lógicas", trad. Manuel G. Morente y José Gaos, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1967, t. I, págs. 371 y ss.

mente significativo saber, respecto de una adjudicación, quiénes son recipientes de las "chances" y los "riesgos".

La probabilidad es un grado calificado de la posibilidad de sujeción y coacción, que constituye la *coercibilidad* a veces indicada —con exageración— como identificación de lo jurídico. En el desarrollo de las distintas clases y subclases de repartos (auténtico y autoritario, sea éste ordenancista o directo), la probabilidad está especialmente presente en el reparto autoritario ordenancista.

A su vez la probabilidad se establece siempre al hilo de *órdenes*, sean éstos de los repartos o de las distribuciones, con su valor natural relativo homónimo. Además en base a ella se determinan la marcha del plan de gobierno, que realiza el valor natural relativo previsibilidad, y la razonabilidad, sobre la que se forma la ejemplaridad satisfactoria del valor natural relativo solidaridad. También cabe señalar que la probabilidad interviene en la vida jurídica no sólo como despliegue de *referencia* de los repartidores sino como punto de *remisión*, en este caso según lo muestra la teoría del uso jurídico, donde —como señalamos— el juez ha de imitar la probable sentencia extranjera.

La probabilidad se ilumina con el reconocimiento de los *límites necesarios* de los repartos, que surgen de la naturaleza de las cosas, permitiendo a su vez una mejor orientación en los límites voluntarios de los repartidores.

b) DIMENSION NORMOLOGICA

4. En la dimensión normológica la probabilidad se convierte con frecuencia en base de la *conjetura* (6) y se desarrolla con especial facilidad en las funciones *integradoras* de las normas, aunque también está presente en las funciones descriptivas, sobre todo en relación con la exactitud. La probabilidad como referencia aparece en el tipo legal y en la consecuencia jurídica de las normas, en tanto que como remisión —según ocurre en la teoría del uso jurídico— aparece en esta segunda parte de la captación lógica del reparto.

El mayor empleo de la probabilidad está en las normas con antecedentes *generales*, referidas a sectores sociales supuestos, pero también se presenta —con más realidad— en las normas individuales, que apuntan a sectores sociales descritos. Al hilo de su desarrollo en las normas generales la probabilidad está especialmente presente en la realización del valor natural relativo "predecibilidad" (o "predictibilidad") propio de estas normas, en tanto que en el valor natural relativo *inmediación*, de las normas individuales, su pureza es menor.

Para apreciar la probabilidad es necesario superar el marco de las fuentes reales formales para tener en cuenta también a las fuentes reales materiales y a las fuentes de conocimiento.

(6) Con un alcance más amplio se refiere a la conjectura un reciente libro de Miguel Reale ("Verdad e conjectura", Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983). Puede v. además As. Vs., "Sobre "Verdad e conjectura" de Miguel Reale, en "Revista Brasileira de Filosofía", 131, págs. 322 y ss. (Comentarios diversos de João de Scantimburgo, Austrágésio de Athayde, Nelson Saldanha y Gilberto de Hello Kujawski).

miento, que pueden influir en éstas. La probabilidad sólo puede establecerse debidamente sobre el complejo de todas las fuentes.

En el funcionamiento de las normas la probabilidad aparece con especial significación en el elemento histórico de la interpretación; en la determinación, para "seguir" la normatividad a determinar; en la detección de carencias históricas y en la elaboración "sistemática" (por autointegración). Sin embargo creemos que además, en el funcionamiento del ordenamiento en su conjunto, se plantea una *tarea conjectural* acerca de las probables decisiones que se adoptarían respecto a todos los otros casos vinculados con el que se resuelve.

Puede decirse que la carga de probabilidades está más presente en los conceptos *constitutivos*. Además es también mayor en los derechos "*absolutos*", cargados de posibilidades contra todos, aunque tiene un despliegue más particular en los derechos "*relativos*". Mediante la conjectura basada en la probabilidad puede reemplazarse el mundo que "es" por el mundo que "puede ser".

5. Así como en la dimensión sociológica la probabilidad se constituye al hilo de todo orden, en la dimensión normológica "moviliza" a todo el ordenamiento normativo. Para acrecentar la probabilidad se desenvuelven especialmente las relaciones horizontales de producción de normas, realizadoras del valor natural relativo infalibilidad. A su vez la coherencia, valor natural relativo del conjunto del ordenamiento, puede orientar la probabilidad pero también presentar la "probabilidad" lógica en lugar de la probabilidad social, que es más real. El mayor uso de la probabilidad se realiza en los ordenamientos que son *sistemas materiales*, en tanto que la menor soltura en su desenvolvimiento ocurre en los meros órdenes normativos.

La probabilidad se construye al hilo de la verdad fraccionada que, en sus cortes, va produciendo certeza en las captaciones.

c) DIMENSION DIKELOGICA

6. El desarrollo de la probabilidad aumenta el material estimativo de la justicia, generando para quienes se atienen a ella, aunque obren lo injusto, la vía de la *justificación*, y engendrando además, en la medida que no sea alcanzable la realidad, la senda de la *utopía*. La diferencia entre probabilidad y realidad corresponde de cierto modo a una distancia entre la virtud de justicia y la adjudicación justa.

La marcha de la probabilidad se desenvuelve desde los criterios generales orientadores hasta las valoraciones. Los criterios generales de orientación la emplean en mayor medida, pero las valoraciones contienen "más" probabilidad (más cercana a la realidad). La probabilidad está en todas nuestras referencias a las influencias de justicia del pasado, el presente y el *porvenir*, pero es en éstas donde alcanza su mayor despliegue al hilo de la posibilidad. El fraccionamiento de la justicia en tales posibilidades produce seguridad jurídica.

7. El manejo de la probabilidad aumenta la *libertad* que exige la justicia para que

el individuo se convierta en persona. Su conocimiento es un título de *aristocracia* (o sea de superioridad, en este caso científico-técnica). No es sin razón que Holmes pudo afirmar que el Derecho consiste en establecer profecías de lo que harán los tribunales (7). Además la probabilidad es un objeto altamente humanizante y *repartidero*. El hombre merece conocer las probabilidades para ubicarse en el cosmos y debe contar con las mayores "chances" posibles, en tanto que los riesgos han de descargarse sobre las cosas. La probabilidad se relaciona estrechamente con la *esperanza* y sobre ella se constituye frecuentemente la *culpa*. Por otra parte, la probabilidad es necesaria para el conocimiento —por ejemplo por presunciones— de la realidad, que exigen las formas más justas del reparto (proceso y negociación). El dominio de la probabilidad se alcanza con el auxilio de la ciencia, que se convierte así, en una perspectiva más, en exigencia de justicia.

El respeto a la probabilidad alimenta a la *igualdad* de oportunidades constantemente renovadas— al hilo del misterio de cada personalidad— y a la *tolerancia*. A su vez su manejo es imprescindible para proteger al individuo contra "lo demás", en este caso frente a la ignorancia del mundo y en especial del devenir.

III. LA PROBABILIDAD EN LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO

8. Dada la mayor amplitud de la justicia legal (general), que inspira al Derecho Pú blico, en él la necesidad de juego de la probabilidad es mayor que en el Derecho Privado, inspirado en la justicia particular. Si bien en el Derecho Público la probabilidad está más "dentro" de la decisión, en el Derecho Privado hay un amplio marco de probabilidad de "referencia". La posibilidad está presente, por ejemplo, en las nociones de litis pendencia y de cosa juzgada del Derecho Procesal; en las normas subsidiarias de la voluntad de las partes en el Derecho de los Contratos; en la idea de gestión de negocios sin mandato del Derecho de las Obligaciones; en la presunción de la voluntad del causante en que suele apoyarse el Derecho de las Sucesiones intestadas y en la presunción de los pronunciamientos del régimen de familia de este mismo Derecho. Por otra parte el juego de la probabilidad caracteriza al Derecho Comercial, y la neutralización de los riesgos está sobre todo presente en la finalidad del Derecho de la Seguridad Social.

La probabilidad se desenvuelve al hilo del conjunto de todas las ramas jurídicas y exige en consecuencia una *Teoría General del Derecho* que, entendida como "sistema jurídico", integre la "complejidad pura" del Derecho.

(7) V. RECASENS SICHES, Luis, "Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX", México, Porrúa, 1963, t. II, pág. 597 (en general v. págs. 593 y ss.).

IV. HORIZONTES DE HISTORIA DEL DERECHO, DERECHO COMPARADO Y FILOSOFIA JURIDICA "MAYOR"

9. La probabilidad es un componente de gran importancia en las nociones de *temporalidad* e *historicidad* sobre las que se desenvuelve en verdad la Historia del Derecho. A su vez el juego de las probabilidades es significativo para comparar los distintos momentos históricos y los diversos espacios jurídicos, pues sobre ese desarrollo puede reconocerse el sentido profundo de cada "momento" y "espacio", reconociendo no sólo su realidad sino las soluciones probables que existirían en él. La atención a la probabilidad se refleja en el "problematicismo" y el "probabilismo" con que suele caracterizarse al pensamiento jurídico norteamericano (8).

10. La diferencia entre posibilidad y probabilidad es una vía idónea para contribuir a la distinción entre los aspectos más "realistas" de la literatura y el Derecho. A su vez, el "cálculo de las probabilidades" es una de las ramas más importantes de las matemáticas y no es por azar que su nacimiento está asociado a nombres como los de Pascal y Fermat, que llevan a la época "probabilística" iniciada en la Edad Moderna.

El despliegue de la probabilidad adquiere especial interés en filosofías como la del *existencialismo*, y su radicalización conduce al probabilismo filosófico, según el cual —en afinidad con el escepticismo— toda opinión tiene un cierto grado de probabilidad sin ser jamás ni totalmente falsa ni totalmente cierta (9). Además ha motivado importantes estudios del positivismo lógico.

En el terreno moral cabe recordar las enseñanzas del probabilismo jesuítico, cuya primera proposición afirma que toda opinión probable, aunque falsa y contraria a la ley divina, excusa de pecado ante Dios. Asimismo se puede traer a colación el probabilismo teológico, según el cual en la calificación de la bondad o malicia de las acciones humanas se puede lícita y seguramente seguir la opinión probable en contraposición a la más probable.

Tanto la radicalización del juego de las probabilidades como su negación se alimentan del idealismo genético, donde el sujeto es considerado creador del objeto. En cambio el realismo genético, conforme al cual el sujeto sólo descubre al objeto, debe reconocer los diferentes grados de *probabilidad* en juego con la *realidad*. Cabe señalar que —a semejanza del Derecho— la noción de probabilidad es un elemento para superar la tensión entre el "caos" y el orden del "cosmos" (10).

(8) Id., págs. 589 y ss.

(9) V. ABBAGNANO, Nicola, "Filosofía de lo posible", trad. J. Hernández Campos, A. Rossi y P. Duno, México, Fondo de Cultura Económica, 1959.

Acerca de la posibilidad en el existentialismo católico de Agustín Basave Fernández del Valle v. RECASENS SICHES, op. cit., t.I, págs. 459 y ss. También v., respecto del pensamiento de Arnold Brecht, RECASENS SICHES, op. cit., t. II, págs. 741 y ss.

(10) V. acerca del significado psicológico de confluencia de la razón y la imaginación en la conjectura, por ej. REALE, op. cit., esp. págs. 22, 43 y 48.

V. CONCLUSION

11. En suma puede decirse que la probabilidad, a la que se refería Goldschmidt en 1935, es no sólo un despliegue indispensable para la comprensión del Derecho extranjero y de todo el mundo jurídico, sino también para la comprensión del universo en general en la que aquélla se integra.

REFLEXIONES SOBRE LOS LIMITES DE LOS REPARTOS

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. El tema de los límites "de los repartos" (que en realidad se presentan en todo el ámbito de la conducción jurídica puede merecer algunos desarrollos destinados a ampliar los alcances —ya vastamente significativos— que le brinda el actual despliegue de la teoría trialista del mundo jurídico (1). Este despliegue parte de su diferenciación en límites *necesarios* derivados de la "naturaleza de las cosas" y límites *voluntarios*. Los primeros significan que aunque "quieran" los repartidores no podrán traspasarlos, y se dividen en *generales*, respecto de repartos autoritarios o autónomos, y *especiales*, referidos a los repartos basados en mandamientos cuando se proyectan para cuestiones vitales a los repartidores. A su vez, los límites necesarios generales, pueden percibirse mejor desde la perspectiva del *hombre aislado* (distinguiéndose entonces los límites de carácter *físico, psíquico o espiritual*) o desde el punto de vista de la *sociedad* en su conjunto (sea en su perspectiva "política" —diríamos quizás mejor "*de organización*"— o *económica*). Para los límites voluntarios se utiliza la diferenciación —aprovechable para todo alcance de los repartos, o sea además para límites necesarios— (2) de proyecciones *personales, espaciales, temporales y reales*. No cabe duda que entre los límites necesarios —que responden a la *relación de fuerzas* en la realidad— y los límites voluntarios existen estrechas relaciones de influencias recíprocas, de modo que a veces los primeros determinan a los segundos o, a la inversa, los segundos terminan haciendo ceder a los primeros.

El tema de los límites de los repartos puede ser, a nuestro parecer, enriquecido desde diversas perspectivas, entre las que se cuenta, por ejemplo, el de la teoría de las respuestas jurídicas (3). Sin embargo, en estas líneas deseamos referirnos a las posibilidades de ampliación del concepto de límites *necesarios*, diferenciando su carácter *sociológico, normológico o axiológico* —de acuerdo con las dimensiones del mundo jurídico— y su origen puramente *natural o fabricado*.

En cuanto a cada dimensión conviene tener en cuenta los límites naturales y fabricados y es notorio que los límites normológicos poseen el mismo carácter "lógico" de las captaciones normativas. Es así, por ejemplo, que en relación con la dimensión sociológica son límites *naturales* las carencias del suelo para practicar la agricultura y la necesidad de contar con un poder para la organización social (límites respectivamente del hombre aislado-físico-y de la

(*) Investigador del CONICET

(1) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976, págs. 71 y ss. En relación con los límites c. por ej.: COING, Helmut, "Fundamentos de Filosofía del Derecho", trad. Juan Manuel Mauri, Barcelona, Ariel, 1961, págs. 131 y ss.; ENGELSCH, Karl, "El ámbito de lo no jurídico", Inst. Fil. del Der. U.N. de Córdoba, 1960, págs. 11 y ss.

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para la teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 8 y 12 y ss.

(3) Puede v. f.d. (obra en general).

sociedad); en tanto que son límites *fabricados* los hábitos del individuo (límite del hombre aislado) y los usos sociales (límite de la sociedad). En cuanto a la dimensión normológica son límites *naturales* los principios lógicos —v. gr. el de no contradicción—, los entes matemáticos y la imposibilidad de reflejar cabalmente los repartos en las captaciones lógicas; en tanto que las construcciones conceptuales que suelen servir de barreras para la captación cabal del mundo actúan como límites *fabricados*. En relación con la dimensión axiológica (en el Derecho, especialmente “dikelógica”), es límite *natural* la inmodificabilidad de los valores naturales y son límites *fabricados* los valores que con este mismo carácter origina el hombre a través del deber ser real (4). Las resistencias y la significación de los límites dependen, obviamente de los caracteres señalados y quizás de modo especial de su origen —no siempre nítidamente diferenciable— natural o fabricado.

2. Los límites sociológicos pueden ser estudiados desde los puntos de vista de los *repartidores*, los *recipriendarios*, los *objetos* del reparto, la forma, los móviles, las razones alegadas y las razones sociales y, también, en cuanto a las posibilidades de la *planificación gubernamental* en marcha y de la *ejemplaridad*.

Los límites lógicos son vías para el descubrimiento de los otros, y así, por ejemplo, los principios lógicos nos orientan para descubrir que no es posible físicamente estar en más de un lugar al mismo tiempo. Una de las amenazas más significativas para la comprensión del mundo y consecuentemente para las posibilidades de conducción a través de los repartos son las “prisiones” conceptuales que impiden la realización del valor natural relativo adecuación y, en definitiva, la satisfacción del valor natural absoluto justicia, que debe apoyarse frecuentemente en él.

Los límites sociológicos y lógicos del descubrimiento y la efectivización de la justicia (5) corresponden a la necesidad de su *fraccionamiento*. Cuando se los traspasa se entra en el marco de la *utopía* que por vía de aspiración y pese a ser irrealizable por definición adquiere amplio significado en la vida jurídica.

En definitiva la ignorancia de los límites y el desconocimiento de su carácter natural o fabricado son consecuencias del *idealismo genético* que considera al repartidor como sujeto creador del objeto. Su debido reconocimiento es mérito del *realismo genético*.

(4) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 374

(5) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La realización de la justicia como valor (El “funcionamiento” del valor justicia)”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 2, págs. 9 y ss.

EL REALISMO FILOSOFICO, EL NOMINALISMO FILOSOFICO Y EL DERECHO

Esteban Luis FRANICHEVICH

I BREVE INTRODUCCION

1. Esta disputa tiene carácter especialmente ontológico, como declara Ferrater Mora (1), con implicancias en otras asignaturas: la lógica, la teoría del conocimiento y la teología.
2. Nosotros en estas líneas trataremos de estudiar la presencia de la disputa sobre los universales en el Mundo Jurídico, así como la implicancia y consecuencias prácticas de la toma de postura sobre esta cuestión en la disciplina.
3. Para ubicar más específicamente el tema a abordar, éste se encuentra según la postura de Werner Goldschmidt (2) entre los tópicos tratados por la filosofía jurídica.

II LA FILOSOFIA

4. Previamente a avocarnos a la filosofía y al derecho debemos realizar ciertas apreciaciones propias de la disciplina filosófica para entregar el marco de referencia necesario a nuestra asignatura.
5. En líneas generales las posturas filosóficas pueden considerarse de un realismo extremo o moderado y de un nominalismo extremo o moderado.
6. Los *realistas* consideran la existencia de los universales como entidad independiente de las cosas particulares, pudiendo los realistas llegar al extremo de negar la existencia de las cosas particulares.
7. Los *nominalistas* consideran las entidades abstractas productos de nuestra mente, pudiendo llegar al extremo de afirmar que los conceptos son solo términos para designar las entidades concretas.

(1) FERRATER MORA, José, Diccionario de Filosofía. Ed. Alianza. Barcelona, 4ta. ed. 1982. Vol. 4to. pág. 3344.

(2) GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción Filosófica al Derecho. Ed. De Palma. Buenos Aires. 6ta. ed. 2da. reimpr. 1981. pág. 5

8. Quien es partidario de un *realismo extremo* considera la realidad material consecuencia de la realidad ideal; fuerza la realidad material como producto de la idea. Se produce una hipóstasis de la realidad ideal en la realidad material.

9. Quien es partidario de un *nominalismo extremo* es esceptico, le es imposible considerar la factura de una ciencia determinada ya que considera la inexistencia de una entidad abstracta fruto de una actividad teórica. Se produce una hipóstasis de la realidad material en la realidad ideal.

10. Quien es partidario de un *realismo moderado* considera la coexistencia de las entidades abstractas y las entidades concretas, ambas dos captables por el ser humano; se aproxima a quien es partidario de un *nominalismo moderado* que considera posible una actividad abstracta fruto de una actividad teórica, pero siempre que exista una entidad concreta a la cual corresponda.

11. Consideramos que el método deductivo es propio de los realistas que no encuentran escollos en la realidad material para su espíritu teórico, pues existen correspondencias "naturales" entre la realidad material y la realidad ideal; el método inductivo es propio de los nominalistas quienes realizan el espíritu teórico previo estudio de las cosas particulares.

12. Los realistas como científicos poseen cierta soberbia intelectual debido a la dependencia de las entidades particulares de la razón; los nominalistas proceden con mayor humildad pues las entidades particulares son guías de la razón.

13. Es nuestro tiempo, en general, tiempo de predominio de los modelos moderados del nominalismo, que han posibilitado el gran avance de las ciencias particulares.

III LA FILOSOFIA Y EL DERECHO

14. Haremos la referencia al Mundo Jurídico adoptando una postura sobre la esencia de esta materia —breve paso por la ontología jurídica— para luego introducir las categorías filosóficas.

15. Consideramos al Mundo Jurídico compuesto de tres dimensiones: la dimensión sociológica, la dimensión normológica y la dimensión dikelógica.

16. Tomando como goznes sobre los que gira la ciencia jurídica a estas tres dimen-

siones; y de las tres especialmente la dimensión sociológica, pues nosotros somos los actores vitales siendo imposible no reconocernos como tales pues sería negar la esencia de lo jurídico; veremos algunas posturas que denotan tendencias realistas, nominalistas e intermedias. Haremos esta visión sin posibilidades de agotar el tema y con el ánimo del descubrimiento de estas categorías en la jusfilosofía, que no son excluyentes de otras y que deben ser destinatarias de críticas y reelaboraciones, principalmente por ser filosóficas.

17. Realistas extremos son los representantes de la Escuela Clásica del Derecho Natural, quienes construyeron un verdadero código de derecho natural, normativa per quam para regir las conductas humanas.

Sus miembros más destacados son los autores del llamado Derecho Natural Protestante, quienes reemplazaron una fuente de inspiración jurídica que era teológica por otra de vertientes estrictamente racionales: "A la luz del derecho natural Grocio especula deductivamente acerca de la propiedad, el contrato, la esclavitud, las relaciones entre los Estados, etc." (3).

Los autores todos se empeñaron en encontrar una cualidad de la naturaleza humana para derivar sus conclusiones. Los resultados fueron tantos como autores escribieron sobre el tema; para Hobbes el egoísmo humano, para Rousseau la bondad en proceso de corrupción y así otros; procediendo de esta manera observamos una cristalización y determinismo de la conducta humana, incompatible con el libre albedrío.

18. Los Escolásticos proceden de manera realista al precisar ciertos conceptos jurídicos propios de la realidad ideal. La concepción escolástica, sin embargo, conviene más con la realidad material, especialmente en lo relativo a la aplicación de la norma por determinación, momento en el cual el juzgador realiza el hecho justo que in-fine es el derecho.

Consideramos que los escolásticos con la concepción de la aplicación de la norma por determinación asentaron las bases para la solución de problemas metódicos comunes a jusfilósofos y científicos del derecho; si bien podemos ser fieles a las categorías de la realidad ideal, éstas son útiles a quienes estudian el derecho como fenómeno de conducta humana (4).

19. Hans Kelsen puede considerarse ubicado en una posición intermedia con predominio de elementos realistas. El funda la ciencia jurídica del deber ser, separada de las ciencias del ser. La norma jurídica es el gozne sobre el cual estructura el estudio de la disciplina jurídica. Pero el gran maestro igualmente tuvo que capitular ante la empirie; especialmente haremos hincapié en dos temas tratados por él en su obra inmortal: 1) La validez del ordenamiento normativo: "Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden. Se trata de una condición

(3) AFTALION, Enrique. García Oiano, Fernando. Vilanova, José: Introducción al Derecho. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 11va. ed. 1980, pág. 737.

(4) GOLDSCHMIDT, Werner. op. cit., pág. 383

sine qua non, pero no de una condición per quam” (5). La lectura de este trozo nos exime de comentarios. 2) La interpretación de la norma: “Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma a aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo” (6). Por lo leído Kelsen considera la interpretación como la determinación de un sentido entre los distintos sentidos que posee la norma; más adelante y pasando por alto la confusión que realiza entre interpretar y aplicar, remata esta concepción con la idea que la determinación se realiza con un acto de voluntad que incumbe al órgano —ser humano de carne y huesos— encargado de aplicar la norma interpretada (7).

20. Para considerar a Federico Carlos Savigny citaremos primeramente un párrafo de su libro Sistema de Derecho Romano actual y luego derivaremos nuestras consecuencias “Si preguntamos ahora cuál es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste, vive el derecho positivo; por lo cual puede llamarse derecho del pueblo” (8). “El espíritu que obra en los diferentes pueblos y reviste rasgos individuales, no es otra cosa que el espíritu humano mismo. Pero la creación del derecho es un hecho, y un hecho verificado en común” (9).

De la lectura del párrafo precedente surge: 1) Que de acuerdo con el maestro Carlos Cossio, Savigny produce la ontologización del derecho positivo; sin poder desde ese momento en más, según la opinión del maestro, obviarse el dato empírico en el estudio del derecho. 2) Que Savigny precisa al pueblo como sujeto generante del derecho positivo. Este segundo apartado es el que más nos interesa, nos representa una realidad tanto ideal como material. Realidad material si consideramos al estudio del derecho positivo prusiano que realizó Savigny, teniendo en cuenta “su” pueblo; realidad ideal si consideramos “el pueblo” sin avocarnos al estudio del derecho positivo de un pueblo en particular.

Estimamos que Savigny adopta una posición ecléctica, nominalista con relación al estudio del derecho positivo de su pueblo; realista con relación al estudio del derecho positivo in genere. Además si bien con el logro de la ontologización del derecho positivo arriba a un realismo extremo (dogmática jurídica), es el primer jusfilósofo que luego de una época racionalista, busca sistemáticamente raíces del ser jurídico en hechos de conducta, aunque sean considerados realísticamente en pueblos ajenos al suyo.

21. El maestro Carlos Cossio puede ubicarse también en una postura intermedia, con predominio de elementos nominalistas.

(5) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Ed. EUDEBA. Buenos Aires, ed. 15va. 1977. págs. 142/143

(6) Ibídem, pág. 166

(7) Ibídem, ver pág. 169 en donde trata el tema.

(8) SAVIGNY, Federico Carlos. Sistema de Derecho Romano Actual. Ed. F. González y Cía. Madrid, 1878. Tomo 1, pág. 29

(9) Ibídem, pág. 33

Esta postura cuya fuente de inspiración es la Teoría Pura del Derecho, sin embargo, discrepa con ella pues realiza aquello que el maestro llama la revolución copernicana. El gozne sobre el cual gira su teoría no es la norma kelseniana sino que es la conducta humana (10); y los conceptos jurídico-normativos y axiológicos —recordemos la lógica jurídica formal, la lógica jurídica trascendental, la axiología jurídica pura— son pensados por la conducta en su mismidad existencial.

22. Ahora toca considerar la Teoría Trialista del Derecho. Esta puede determinarse de un nominalismo atenuado y de un realismo atenuado. Nominalismo atenuado porque considera la conducta una de las partes integrantes del Mundo jurídico (11), observamos que ella capta lógicamente —y no psicológicamente— las demás conductas en relación intersubjetiva a través de las normas jurídicas; además la conducta se autocapta lógicamente al través del imperativo jurídico; por último esta misma conducta crea los valores que llamamos fabricados y que por ser tales son mutables e históricos. Realismo atenuado porque si bien cree en la existencia de valores naturales-objetivos; éstas entidades ideales, inmutables, ahistóricas; para realizar se necesita de la humilde participación humana que al través de los actos de conducta, las descubre.

23. Karl Olivecrona, de la escuela escandinava, nos demuestra claramente su nominalismo por ejemplo cuando se ocupa de los derechos subjetivos. El considera los derechos subjetivos como creaciones particulares de nuestras mentes y escribe “el hecho de que lo que concebimos mentalmente es una potestad ideal o ficticia de controlar un objeto o de exigir una acción de otra persona” (12); de este párrafo extraemos: 1) El derecho subjetivo objetivado como una imagen ideal o ficticia. 2) Esa imagen creada por un proceso mental o natural. 3) Esa creación adherida al resultado de controlar un objeto o exigir una conducta.

De los tres caracteres el más relevante para el nominalismo, que cae a pique en un psicologismo, es el segundo ya que un proceso mental —psicológico— ostenta la paternidad del derecho subjetivo; los universales se diluyen —con pérdida de la logicidad— en la captación psicológica de las órdenes que realizan los destinatarios de las mismas.

24 Alf Ross, como su precedente perteneciente a la escuela escandinava, recalca en una posición nominalista. “La norma jurídica (imperativo independiente, directiva) pertenece,

(10) Considerada de manera metafísica la conducta como participante del hecho jurídico fue destacada por los tomistas; fue considerada de manera óntica —física— por primera vez por Giorgio del Vecchio en su libro “El concepto del Derecho”. Es provechosísimo el análisis que realiza sobre el tema tratado por este autor, el maestro Carlos Cossío. Ver Cossío, Carlos, La teoría Egológica del Derecho. Ed. Abeledo Perrot. ed. 2da. 1964, págs. 295 y ss

(11) Ver supra 16

(12) OLIVECRONA, Karl, El derecho como Hecho, Ed. De Palma, ed. 1ra; 1959, pág. 70

según Ross, al mundo del ser, es decir, de los hechos y es en alguna cualidad real donde ha de buscarse la existencia específica como norma o directiva. Esta cualidad es la vigencia o efectividad social" (13). La efectividad social, Ross, con apoyatura en la psicología conductista, la encuentra en la posibilidad de ser aplicada la directiva por los Tribunales. Como se puede comprender no "son" las normas parte integrante del derecho, sino que el derecho "son" las conductas urgidas por un imperativo del mundo del ser, pues es parte integrante —recepción psicológica— de esas conductas.

25. Antes de ingresar en el análisis de cuestiones prácticas conviene realizar una conclusión de todo lo expuesto en este apartado. Así como es tradicional considerar las dos grandes vertientes del jusnaturalismo y del positivismo jurídico las fuentes de las especulaciones jusfilosóficas; también puede considerarse al *realismo jurídico*, al *nominalismo jurídico* y a las *posiciones intermedias* como vertientes de las cuales surgen las especulaciones en jusfilosofía. De esta manera veremos cómo ciertas posturas que en la primera tipificación están muy encontradas, en la segunda tipificación están más acercadas: sucede con los jusnaturalistas y los neokantianos que tienen intereses mayores en la lógica jurídica, que los puramente nominalistas con menos intereses sobre este tema.

Como precedente de lo escrito está el libro de Legaz y Lacambra que al ocuparse de los realistas norteamericanos y de la escuela escandinava lo hace bajo el acápite "El nominalismo jurídico" (14).

IV. FILOSOFIA JURIDICA, CIENCIA JURIDICA Y PRAXIS JURIDICA

26. Convencidos del necesario enquistamiento de las cuestiones filosóficas en la vida práctica (15), daremos algunos ejemplos en los cuales descubrimos la inspiración realista o nominalista que anima a aquellos que han sostenido cierta teoría jurídica o propuesto cierta solución al caso bajo estudio.

A) El caso de la participación criminal: Nuestro código penal en sus preceptos número 45 y número 46 conceptualiza qué debe entenderse por participación criminal y los diversos grados de participación criminal. El tema que nos ocupa se refiere al partícipe en 1er. grado —cómplice primario—, éste según los conceptos del código es "aquel que ha prestado al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse".

Para conocer quién es el cómplice primario podemos 1) adoptar una solución que condice con una postura realista y forzando la realidad material al través de la realidad ideal

(13) GARDELLA, JUAN CARLOS. Normativismo, en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo Nº 20, pág. 382

(14) LEGAZ Y LACAMBRA. Filosofía del derecho. Ed. Casa Bosch. Barcelona, 1953, pág. 138 y ss y p. 682

(15) CIURO CALDANI, Miguel Angel. El Trialismo y la conciencia jurídica en el hombre del Derecho. Revisa del Colegio de Abogados de Rosario. Año 2, Nro. 4. Diciembre 1970, pág. 109.

"pensar" si el delito podría haberse cometido o no con un partícipe; 2) adoptar una solución que condice con un nominalismo y observar el hecho y si la actividad del partícipe es determinante del modo de la comisión del delito.

El caso en estudio —tomado de un dictamen fiscal— es el de tres personas que asaltan una estación de servicio, dos de ellas agredean con un arma al sereno, la tercera espera en un automóvil como chofer y al regreso de las otras dos se dan a la fuga. Adoptando la posición 2 el chofer es partícipe primario, pues por el modo de cometer el asalto, trasladándose en un automóvil particular, es necesario un chofer para que conduzca. Adoptando la posición 1, el chofer no es partícipe primario, pues muy bien podrían haber cometido el delito los procesados, por el lugar en que se encontraban, trasladándose a pie.

El dictamen adoptando una posición nominalista moderada considera al chofer del automóvil un partícipe primario, sancionable con la misma pena que los autores; y adoptando una posición similar peticiona al Juez la misma sanción que corresponde para los autores.

B. El caso de las lesiones: El Código Penal en su precepto número 90 determina cuándo una lesión debe ser considerada grave y expresa "si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido".

El caso en estudio es el de una persona que recibió una herida de bala en el cuello que por diagnóstico médico curaría entre cinco y diez días, sin ser de gravedad. Si adoptásemos una posición nominalista no podríamos considerar peligro en la vida del ofendido aunque muy cerca de su cabeza hubiera pasado la bala pues la lesión según informe médico no es grave y cura en cortísimo tiempo, no existiendo efectivo peligro para la vida del ofendido. Si en vez de nominalistas fuéramos realistas deberíamos "pensar" en el peligro en la vida del ofendido pues la bala pasó a escasos centímetros de su cabeza, lugar en donde el impacto hubiera sido mortal.

C. El procedimiento de la analogía: La analogía consiste en el trato de casos similares con la misma normativa. Para saber si son casos similares factícamente, la única manera de conocerlo es repetir las conductas de los casos en el presente, para poder compararlas. Esto resulta imposible pues aquellas conductas ya se sucedieron en el tiempo. La única manera posible de poder comprobar las similitudes es al través de las fuentes formales de los mismos, pudiendo observar nosotros en esta operación una posición intermedia con predominio de elementos realistas; ya que cuando se "usa" la misma norma para comprender el segundo caso pasamos directamente a una posición realista, pues una entidad abstracta independiente de este segundo caso precisa el significado de distintas conductas en distintos espacios y tiempos con la jerarquía de unificación de elementos que no son idénticos.

V. BREVE CONCLUSION

27. La lectura de este breve artículo nos muestra un tópico más del engarce entre el Mundo Filosófico y el Mundo Jurídico, así como las consecuencias teóricas derivadas de esta relación género-especie.

Considerando además necesario que el filósofo del derecho oriente al científico y al práctico del derecho para el estudio y la labor jurídicos; creemos posible lograr esto de manera provechosa adoptando posiciones intermedias que sitúan al hombre como sujeto del Mundo Jurídico, que es quien capta las interconductas al través de la norma jurídica y es (Cossio) o realiza (Goldschmidt) los valores jurídicos.

LINEAMIENTOS PARA UNA NUEVA CONFIGURACION

DE LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO

(El "salto" del valor Justicia a los valores de convivencia)

por Mario A. LAUS (*)

El valor de las teorías jurídicas está en relación directa con las posibilidades que brindan para la realización de la justicia (1)

Miguel Angel Ciuro Caldani

ADVERTENCIA

Los bosquejos dejados aquí como planteamiento son absolutamente inútiles si se cree que la Política "es la forma de obtener y ejercer la fuerza social destinada a imponer comportamientos humanos en las direcciones que fija quien efectivamente la dispone" (2), y que el Derecho es "un sistema de normas destinado a regular las conductas humanas" (3). También son obsoletos si se piensa que todavía existen juristas que "no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad" (4), — ¡como si fuera mejor quedarse con los brazos caídos sentado sobre un "escepticismo purificado"! —

La idea central de este trabajo nació en el curso sobre "Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico" organizado por el Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. En su transcurso, a medida que se sucedían las horas en el estudio de las cuestiones filosóficas a que el Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral, Civil, Comercial y Procesal daban lugar, poco a poco fue descubriendose en lo estudiado un sentido de imperfección, de falencia grave, como de ausencia profunda. Si bien es cierto que se concluyó por ejemplo: "En el Derecho Constitucional y en el Derecho Administrativo argentinos se advierte cierto grado de fracaso en la conducción evidenciado en la inestabilidad constitucional y en la burocracia administrativa"; "En los Derechos Civiles, Comercial, del Trabajo y de la Seguridad Social se advierte, en general, un pasaje de la

(*) Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

(1) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1984, Tomo II, pág. 61

(2) NATALE, Alberto A., "Derecho y Ciencia Política", Editora Platenense, Buenos Aires, 1972, pág. 33

(3) NATALE, Alberto, op. cit., pág. 113

(4) KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Trad. de Moisés Nilve, 19a. ed. de la edición en francés de 1963, Eudeba, Buenos Aires, 1983, pág. 21

negociación a la adhesión, con alcances tales que llega a dudarse de la existencia de acuerdos que, en cambio, quedan formalizados"; y que "la tendencia positivista de concebir el Derecho Penal sólo formalmente, constituyendo un todo autosuficiente, idealismo que niega la realidad social y la justicia", lo cierto es que ese sentimiento de falla se apoyó en la observación general de que los distintos Derechos están pensados y construidos en torno a estructuras unidimensionales (como en el D. Comercial, donde los conceptos de acto de comercio y empresa le dan un sentido sociológico; de inclinación normológica en el D. Penal), o bidimensionales (así el D. Civil, enmarcado al hilo de un largo proceso de historia y legislación codificante); y que padecían una seria desvinculación con la Política, que es desvincularse de la búsqueda de una vida comunitaria mejor.

Cada una de las especialidades jurídicas que componen el mundo jurídico reconoce un proceso histórico del que surgió su autonomía, así como causas diversas que condujeron sus configuraciones actuales a formas preponderantemente uni o bidimensionales, pero es verdadero que "el desarrollo del mundo jurídico como un complejo dinámico formado por distintas ramas gradualmente autónomas es una gran conquista para la realización del valor justicia" (5). No obstante, la situación presente no es satisfactoria, tanto porque el Derecho no alcanza comprender la magnitud de la vida comunitaria, como porque, del sector o de las parcelas en que lo hace, hay una inclinación a desinteresarse de lo justo. Graficando la idea (ver figura 1), es como si la "hoja de papel" de lo jurídico no comprendiera a la "hoja de papel" que representa la vida comunitaria, y del trozo que lo hace, hubieran espacios en que el Derecho fracasa por su propio ser en lograr que la Justicia contribuya en el paso de la coexistencia a la convivencia. En lo primero, hay omisión, en lo segundo, error científico y límites.

Es de destacar la poca atención que el mundo jurídico dirige a la cultura, la educación, lo espiritual; la gran cantidad de páginas que se redactan refiriéndose a la interpretación de normas jurídicas —muchas veces ni a eso siquiera, sólo a artículos— y lo poco que se pregunta por sus posibilidades de aplicación y la problemática de justicia que encierra. No escasean las grandes construcciones teóricas racionalistas que generan no menos abundantes debates doctrinarios, obviamente, teóricos racionalistas. Que curiosas resultan estas situaciones cuando se ve en el fondo del tonel que "el Derecho es la suma o el conjunto de los hechos críticos cuyo sentido se cifra en realizar la justicia, ya la realicen o no" (6). Hechos críticos y Justicia...

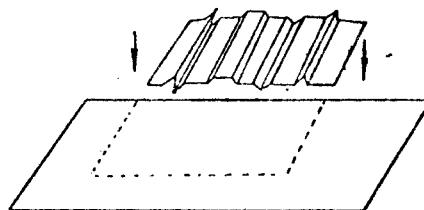


Fig. 1

(5) CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit., pág. 194

(6) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1951, trad. de Wenceslao Roces, pág. 47

La ciencia jurídica ha experimentado grandes avances si contemplamos cuál era su situación entre las primeras civilizaciones humanas (v. gr.: egipcios, asirios y caldeos, etc). Hoy su desenvolvimiento científico la compromete en escalones superiores, en la "complejidad pura" en su concepción general y en cada una de las ramas que la componen. Claro que será imposible lograrlo si se reduce su ámbito de desenvolvimiento "al conflicto", a la solución de las colisiones intersubjetivas de intereses que se presentan entre los miembros de una comunidad social. Desde que se pensó que la justicia era "dar a cada uno lo que le corresponde" es cierto que la solución de lo conflictivo en una comunidad quedó en manos del Derecho. Pero él no es ya únicamente un instrumento diseñado para evitar que cada cual tome lo suyo por la fuerza; hace tiempo que comenzó a transitar el camino de la extensión de los límites de su accionar. Desde conceptos como *conducta* (7) y *reparto* (8) el Derecho creció hasta captar bajo su influencia a todos los actos significativos que hacen a la vida comunitaria. De allí que ello mueva a sus protagonistas a preguntarse: —¿Podemos hacer que la Justicia se realice más en nuestra comunidad?; —¿Cuáles son los mecanismos políticos, sociológicos, educacionales, económicos, etc., que debemos desatar o diseñar para que la esfera de adjudicaciones injustas disminuya? No se trata de realizar el valor justicia ante los estrados judiciales únicamente; es hoy tiempo de comprender que la Ciencia Jurídica se pregunta por la solución en justicia posible del *conflicto*, pero sale a trascenderla. No se desentiende, se extiende. Y en su extensión llega hasta los actos últimos que se hicieron, se hacen o se harán en una comunidad donde pueda vislumbrarse una problemática de justicia, de *hechos críticos* referidos a ella. Si su material estimativo es —por ejemplo— el reparto, los confines mismos de la vida comunitaria serán las fronteras de su accionar.

¿Y las normas jurídicas?, y las leyes?... si todo el mundo identifica al estudiante de Derecho con el estudiante de leyes... Pues claro "si la única parte de la Jurística perfectamente desarrollada, es la Jurística Normológica" (9). Pero las normas no son todo el mundo jurídico ni el estudiante de Derecho puede en estos tiempos estudiar nada más que leyes y artículos. El fenómeno jurídico del presente y de un futuro mejor invoca a mirar lo que sucede en la vida, diseñar y perfeccionar buenas normas, e interiorizarse en la problemática de los valores.

En este sentido, y sabiendo que "en definitiva, una rama del mundo jurídico es un conjunto de casos que deben poseer características y soluciones especiales; captados, los casos y las soluciones, por normas basadas en métodos propios, e inspiradas, las soluciones y

(7) "Para nosotros el Derecho es vida humana plena considerada desde cierto ángulo, o como lo hemos dicho siempre, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva"; COSSIO, Carlos, "La Teoría Egológica del Derecho y el concepto Jurídico de Libertad", Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, pág. 98

(8) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 4a. ed., Ed. Depalme, Buenos Aires, 1973, pág. 48; repartos son "Las adjudicaciones de potencia e impotencia que promueve el hombre".

(9) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 27

las normas, en una especial exigencia de justicia” (10), exponemos un nuevo lineamiento de las ramas del mundo jurídico partiendo de los conceptos ya dados de Derecho y Política, de las relaciones que los vinculan, y de las ramas del mundo político ya configuradas:

POLITICA: (11)

– CONCEPTO ESTATICO:

Conjunto de actos de coexistencia (dimensión sociológica), descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados, los actos y las normas, por los valores de convivencia (dimensión axiológica)

– CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable por normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar los valores de convivencia.

DERECHO: (12)

– CONCEPTO ESTATICO:

Conjunto de repartos (dimensión sociológica), descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por la Justicia.

– CONCEPTO DINAMICO:

La actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la Justicia.

PRINCIPALES RAMAS POLITICAS (13) Y SUS CORRESPONDIENTES RAMAS JURIDICAS (14)

POLITICA SANITARIA:

– CONCEPTO ESTATICO:

Conjunto de los actos de coexistencia (dimensión sociológica), descriptos e

(10) CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit., pág. 186

(11) CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 27

(12) CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y ..., op. cit., pág. 12

(13) La configuración de todas ellas corresponde a Miguel Angel CIURO CALDANI en “Estudios de..., op. cit., Tomo I, pág. 94 y siguientes

(14) La configuración de todas ellas corresponde a nosotros.

integrados por normas (dimensión normológica), y valorados, los actos y las normas, por el valor *salud* como Fenómeno de convivencia (dimensión axiológica).

— **CONCEPTO DINAMICO:**

Es la actividad descriptible e integrable por normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la *salud* como fenómeno de convivencia.

DERECHO SANITARIO:

— **CONCEPTO ESTATICO:**

Es el conjunto de repartos (dimensión sociológica), descriptos e integrados por normas (dimensión normológica), tendidos a la realización del valor *salud*, y valorados, repartos y normas, por la *justicia* (dimensiones dikelógica y axiológica).

— **CONCEPTO DINAMICO:**

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con *justicia* el valor *salud*.

POLITICA ECONOMICA:

— **CONCEPTO ESTATICO:**

Conjunto de los actos de coexistencia (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.) y valorados, los actos y las normas, por la *utilidad* como fenómeno de convivencia (d.a.).

— **CONCEPTO DINAMICO:**

La actividad descriptible e integrable por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la *utilidad* como fenómeno de convivencia.

DERECHO ECONOMICO:

— **CONCEPTO ESTATICO:**

Es el conjunto de repartos (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.), tendidos a la realización del valor *utilidad*, y valorados, repartos y normas, por la Justicia (d.d. y a.)

— **CONCEPTO DINAMICO:**

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con *justicia* el valor *utilidad*.

POLITICA CIENTIFICA:

— CONCEPTO ESTATICO:

Conjunto de los actos de coexistencia (d.s.) descriptos e integrados por normas (d.n.) y valorados, los actos y las normas, por la *verdad* como fenómeno de convivencia (d.a.).

— CONCEPTO DINAMICO:

Actividad descriptible e integrable por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la *verdad* como fenómeno de convivencia.

DERECHO DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGIA (15):

— CONCEPTO ESTATICO:

Es el conjunto de repartos (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.), tendidos a la realización del valor *verdad*, y valorados, repartos y normas, por la *justicia* (d.d. y a.).

— CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con *justicia* el valor *verdad*.

POLITICA ARTISTICA:

— CONCEPTO ESTATICO:

Conjuntos de actos de coexistencia (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.) y valorados, los actos y las normas, por la *belleza* como fenómeno de convivencia (d.a.).

— CONCEPTO DINAMICO:

Actividad descriptible e integrable por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la *belleza* como fenómeno de convivencia.

DERECHO DEL ARTE:

— CONCEPTO ESTATICO:

Es el conjunto de repartos (d.s.) descriptos e integrados por normas (d.n.),

(15) Sobre el tema ver: CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones sobre Derecho, Educación y Ciencia", en Revista Jurídica Zeus, Tomo 29, pág. D 175 a D 183.

tendidos a la realización del valor *belleza*, y valorados, repartos y normas, por la *justicia* (d.d. y a.).

— **CONCEPTO DINAMICO:**

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con *justicia* el valor *belleza*.

POLITICA RELIGIOSA:

— **CONCEPTO ESTATICO:**

Conjunto de los actos de coexistencia (d.s.), descriptos e integrados por nosmas (d.n.) y valorados, los actos y las normas, por la *santidad* como fenómeno de convivencia (d.a.).

— **CONCEPTO DINAMICO:**

Es la actividad descriptible e integrable por normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la *santidad* como fenómeno de convivencia.

DERECHO DE LA RELIGION:

— **CONCEPTO ESTATICO:**

Es el conjunto de repartos (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.), tendidos a la realización del valor *santidad*, y valorados, repartos y normas, por la *justicia* (d.d. y a.).

— **CONCEPTO DINAMICO:**

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con *justicia* el valor *santidad* (16)

POLITICA EROLOGICA:

— **CONCEPTO ESTATICO:**

Es el conjunto de los actos de coexistencia (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.) y valorados, los actos y las normas, por el *amor* como fenómeno de convivencia (d.a.)

(16) En nuestra opinión, la *santidad* alcanza al concepto cristiano pero sin excluir las demás formas de máxima personalización espiritual que otras religiones proponen (así el budismo, mahometanismo, hinduismo, etc.).

— CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable por normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar el *amor* como fenómeno de convivencia.

DERECHO DE LA EROLOGIA:

— CONCEPTO ESTATICO:

Es el conjunto de repartos (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.), tendidos a la realización del valor *amor*, y valorados, repartos y normas, por la *justicia* (d.d. y a.)

— CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con *justicia* el valor *amor*.

POLITICA EDUCACIONAL:

— CONCEPTO ESTATICO:

Es el conjunto de los actos de coexistencia (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.) y valorados, los actos y las normas, con miras al desarrollo de los valores para la personalización del individuo y en atención a la transmisión de los valores de la sociedad (d.a.).

— CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable por normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para ese desarrollo de los valores individuales y para dicha transferencia de los valores sociales.

DERECHO DE LA EDUCACION:

— CONCEPTO ESTATICO:

Es el conjunto de repartos (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.), tendidos con miras al desarrollo de los valores para la personalización del individuo y en atención a la transmisión de los valores de la sociedad, y valorados, repartos y normas, por la *justicia* (d.d. y a.).

— CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para que ese desarrollo de los valores individuales y para que dicha transferencia de los valores sociales se realicen con *justicia*.

POLITICA DE SEGURIDAD:

– CONCEPTO ESTATICO:

Es el conjunto de los actos de coexistencia (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.) y valorados, los actos y las normas con miras a los “fraccionamientos” en la realización de los valores de convivencia (d.a.).

– CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad ccescriptible e integrable por normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para fraccionar debidamente los valores de convivencia.

DERECHO DE LA SEGURIDAD:

– CONCEPTO ESTATICO:

Es el conjunto de repartos (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.), tendidos con miras a los “fraccionamientos” en la realización de los valores de convivencia, y valorados, repartos y normas, por la *justicia* (d.d. y a.)

– CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable mediante normas, vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con justicia el fraccionamiento de los valores de convivencia.

POLITICA JURIDICA

– CONCEPTO ESTATICO:

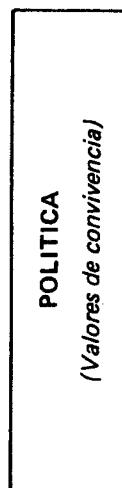
Es el conjunto de los actos de coexistencia (d.s.), descriptos e integrados por normas (d.n.) y valorados, los actos y las normas, por la *justicia* como fenómeno de convivencia (d.a.)

– CONCEPTO DINAMICO:

Es la actividad descriptible e integrable por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la justicia como fenómeno de convivencia.

La Política Jurídica carece de una rama jurídica específica que le corresponda, como se podría denominar algo así: Derecho de lo Jurídico. Simplemente, la Política Jurídica se corresponde con el Derecho –entendido ambos en la forma ya conceptualizada–. La primera estudiando los caminos de la Justicia como fenómeno de convivencia (especialmente en lo axiológico) se distingue del segundo, que estudia como Derecho la problemática de justicia y el aprovechamiento de las oportunidades para realizarla (apoyándose esencialmente en la díkeología). No obstante, según se desprende de los conceptos que se propusieron, el mundo jurídico

co efectúa un "salto" sobre el mundo político incorporándose a él. Al decir, por ejemplo, "tendidos a la realización del valor salud, y valorados, repartos y normas, por la justicia", o, "vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar con justicia el valor salud", nos referimos a que, con las ramas del mundo jurídico propuestas, lo jurídico produce un "salto" de la justicia a todo el complejo valorativo (de la díkelogía a la axiología) en base a puentes sociológicos y normológicos. El Derecho Sanitario, Económico, de la Ciencia y la Tecnología, etc., ofertan un "ir hacia": el de la justicia a la vida; el de repartos —recuérdese al hecho crítico de Radbruch y la conducta de Cossío—, normas jurídicas y justicia hacia actos de coexistencia, normas y valores de convivencia.



P. Sanitaria	(salud)
P. Económica	(utilidad)
P. Científica	(verdad)
P. Artística	(belleza)
P. Religiosa	(santidad)
P. Erológica	(amor)
P. Educacional	(de personaliz. y de la soc.)
P. Seguridad	(Fraccionam. val. conviv.)
P. Jurídica	(justicia) →
D. Sanitario	(justicia - salud)
D. Económico	(justicia - utilidad)
D. de la Ciencia y la Tecnol.	(justicia - verdad)
D. del Arte	(justicia - belleza)
D. de la Religión	(justicia - santidad)
D. de la Erología	(justicia - amor)
D. de la Educación	(just. - val. person. y de la soc.)
D. de la Seguridad	(just. fraccion. val. conviv.)

Se comprende, ahora visualmente, que se habla de una estructura tridimensional tanto en Política como en Derecho, que el Derecho viene en definitiva a ser una de las actividades políticas y que lo que se describe es que cada una de las ramas de la Política –exceptuando la jurídica–, encuentre su correlación con las del Derecho.

La razón de ser de esta configuración es simple, poner en relevancia, destacar estructuralmente, que si bien el Derecho como Política jurídica aborda la problemática de la justicia, su realización en la realidad social exige que él afronte en cada una de sus especialidades el problema de la realización de la justicia en cada una de las especialidades de la Política, pues en definitiva, la sumatoria de todas ellas no hace más que reflejar los actos de la comunidad. En esta perspectiva, rediseñar las ramas del mundo jurídico es plantear con voz firme que hay una correspondencia entre Política y sus ramas y Derecho y sus ramas. Y fundamentalmente, que el mundo jurídico puede entenderse de una manera más profunda y no menos realista si no sólo nos preguntamos por lo justo posible en un aquí y ahora de –por ejemplo–, los tributos, una condena, tal indemnización o cual divorcio, e inquirimos además por la justicia en la realización de la utilidad, el fraccionamiento, la salud, el amor, la verdad, etc. Es así como, a modo de exemplificación, del conjunto de actos de coexistencia descriptos e integrados por normas que conforman la Política Sanitaria, el Derecho Sanitario se ocuparía de aquellos repartos descriptos e integrados por normas jurídicas que, tendidos a la realización del valor salud, son valorados por la justicia (v. gr.: los repartos, las normas, y la problemática justicia justicia-salud a que dá lugar la ingeniería genética, la inseminación artificial en seres humanos, transplantes, etc.). El punto de contacto entre Política Sanitaria y Derecho Sanitario contaría así con puentes sociológicos, normológicos y axiológicos, aunque el contacto no finalizaría en superposición pues cada rama mantendría su individualidad específica.

La división del mundo jurídico en estos “nuevos Derechos” no debe entenderse en forma racionalista. Su enunciación tampoco es taxativa. Cada uno de ellos en modo alguno se encuentra separado tajantemente de los demás en la manera en que hoy se distingue –por ejemplo–, el Derecho Civil del Penal y ambos del Administrativo. Su funcionamiento es menos autónomo y más interdependiente que en la vigente división del mundo jurídico. ‘Al hilo de la pantomomía de la justicia, todo el mundo jurídico, con todas sus ramas, coadyuva –con distintos grados de conciencia de los protagonistas– en la solución de cada caso’ (17).

Es por eso que una cuestión puede dar lugar a la actuación conjunta de varias especialidades (v. gr.: el problema de los adolescentes que en estado de desprotección familiar hacen de la calle su hogar y medio de vida convocaría principalmente al D. de la Erología, de la Educación y de la Seguridad). Sucede que un reparto o una norma –o varios de ellos–, pueden dar lugar a que el valor justicia se encuentre inmerso en una trama valorativa relacional compleja que haga difícil el descubrimiento, la asunción o la efectivización de las relaciones axiológicas de la cuestión.

(17) CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de..., op. cit., Tomo II, pág. 186.

He allí uno de los grandes retos que la realidad propone a las Ciencias Políticas y Jurídicas: el entendimiento del funcionamiento de los valores y del funcionamiento de la justicia en especial (18). Si del reto nos desentendemos será por que en las épocas de *decadencia* todo el funcionamiento se dificulta: el descubrimiento se confunde, la asunción se desinteresa y la efectivización encuentra frecuentes límites (19); que no sepamos ver no significa que no exista, la invitación al combate seguirá allí, esperando gladiadores de jerarquía.

En otra perspectiva, a sabiendas que “la distinción entre lo público y lo privado... trátase de una división artificiosa cuyo origen hay que buscarlo en las doctrinas sobre el estado de naturaleza con las que se pretende justificar el Estado” (20), la estructuración de las ramas jurídicas aquí expuesta permitiría dar un renovado matiz al clásico problema de ubicar una disciplina entre los Derechos Públicos o Privados. “Hoy, la distinción gira en torno a la estructura del D. Privado como Derecho sobre un plano de igualdad (Derecho de coordinación) –afín al reparto autónomo–, y el D. Público, como el Derecho entre subordinados y superiores” –afín al reparto autoritario– (21), con lo cual “tenemos que la justicia comutativa es la justicia propia del D. Privado y la distributiva la característica del D. Público” (22); “en una comprensión última puede decirse que el D. Público se inspira en definitiva en criterios de justicia general, referida directamente al bien común, y el D. Privado tiene su espíritu de justicia referida directamente a los particulares” (23). Desde este contexto de conceptos es simple advertir que los Derechos Sanitario, Económico, de la Ciencia y la Tecnología, del Arte, etc., no encuadran “a priori” en lo público ni en lo privado pues, si la naturaleza del reparto –autónomo o autoritario– y la clase de justicia son los parámetros a tomar, éstos sólo se ven correctamente en el caso. Es factible que “a-posteriori”, de producirse un orden en los repartos, algunas de las ramas muestren tendencias de mayor o menor fuerza hacia un área, pero nunca desprendiéndose totalmente de la otra ya que para funcionar, los Derechos necesitan tanto de repartos autónomos como de autoritarios, y de justicia referida a los particulares como referida al bien común (24).

Es significativo destacar que la suerte de cada una de las especialidades propuestas –a las que se pueden agregar otras–, esto es, la mayor o menor jerarquía y desarrollo que

(18) CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La realización de la Justicia como valor” (El “funcionamiento” del valor justicia), en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, Nº 2, pág. 9 a 16

(19) CIURO CALDANI, ibídem, pág. 13

(20) NEGRO PAVON, Dalmacio, “Lo Público y Lo Privado”, en Revista de Estudios Políticos, Nº 197, pág. 104

(21) RADBRUCH, Gustav, op. cit., pág. 91; lo entre guiones es nuestro.

(22) Ibídem, pág. 32

(23) CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de..., op. cit., Tomo II, pág. 186

(24) De allí que sea una utopía –por ej.–, un Derecho Económico fundado totalmente en los repartos autoritarios y la justicia general –colectivismo total–, como conformado únicamente por repartos autónomos y justicia referida a los particulares –individualismo total–.

lograren alcanzar, dependerá en última instancia de la importancia que la comunidad le otorgue a la rama política que le corresponda. En nuestros días, posiblemente el Derecho Económico se impondría entre los restantes debido a la desmesurada realización que cobró el valor utilidad; el Derecho de la Ciencia y la Tecnología sería de gran entidad pues, en dependencia de la utilidad, la verdad también se realizó con desmesuración; el gran perjudicado, al menos en Occidente, tendría que ser el D. de la Religión, en tanto, muchas cuestiones sociales serían mal resueltas de no concientizarse de la jerarquía de un Derecho Erológico (†).

(†) Hoy existe una tendencia: la de caer finalmente en la tríada arrastrada por el Poder, la Utilidad y la Verdad. La tendencia conduce a un peligro: la estación del fascismo tecnocrático —donde el Derecho posiblemente continuará pensándose como el seguro y bien ponderado "sistema de normas destinado a regular las conductas humanas".

* Para Pieper la hermenéutica veraz del Apocalipsis revela que el reino del Anticristo aparece, por lo tanto, como el de un orden *social* que alcanzó un alto grado de eficiencia. El fin de la historia nos anuncia, entonces, la formación de un Estado mundial *totalitario*. * (25) ... pero, queda la esperanza.

(25) MASSUH, Víctor, "Sentido y fin de la Historia", Eudeba, Buenos Aires, 1966, pág. 94.

COMENTARIO AL ENSAYO "MARGINS OF PRECISION —

THE UNIVERSITY: MORAL COMMITMENT", de WILLIAM BANOWSKY (En torno a la obra de Derek Bok "Beyond the Ivory Tower") (*)

por Alejandro Aldo MENICOCCI

El ensayo que comentamos nos atrajo por dos razones: la primera de ellas fue que al leerlo percibimos cierta *universalidad* en los males que aquejan a la Universidad. En el artículo —realizado por el "President" de la Universidad de Oklahoma— son destacados con énfasis ciertos problemas que atraviesan las principales Casas de Altos Estudios de los Estados Unidos de América, y pese a las diferencias entre el país del Norte y el nuestro, pensamos que hay gran similitud en los obstáculos que la Universidad debe afrontar para llevar a cabo su tarea: la realización del valor verdad orientado hacia el más alto de los valores a nuestro alcance, que es la *Humanidad* (1).

Por otro lado, el autor de la obra sobre la cual trabaja el ensayista, se ha desempeñado largo tiempo como "President" de la Universidad de Harvard, constituyendo un indicio de buen tratamiento del tema. Finalmente, aclaramos que las opiniones y acontecimientos vertidos corren por cuenta de los autores citados, sin perjuicio de aproximar nuestras ideas cuando lo creyésemos oportuno.

Señala Banowsky que "Beyond the Ivory Tower" (Más allá de la Torre de Marfil) posee cierto tradicionalismo en el tratamiento de ciertos tópicos, tales como: *libertad académica, autonomía institucional y neutralidad institucional*. Sobre el primero, el pensamiento de Bok consiste en adjudicar los mayores ataques a la libertad académica a los sectores de izquierda. Son citados al efecto dos acontecimientos, que a continuación resumiremos. Uno de ellos ocurrió con la embajadora Jane Kirkpatrick, al ser ignorada como profesora y ser objeto de protesta por su apoyo brindado a la política de Reagan en América Central. El segundo incidente se produjo con Kissinger, quien se vió obligado a declinar del ofrecimiento de un cargo en Relaciones Internacionales ofrecido por la Universidad de Columbia, cuando estudiantes y profesores descontentos con su política desarrollada en Vietnam, reaccionaron violentamente. Al respecto, señala Banowsky que el autor se pronuncia por la libertad absoluta en materia académica, no debiendo ser tenidas en cuenta las opiniones de un catedrático fuera de esta competencia.

Según Banowsky, la autonomía institucional ha sido enunciada por Frankfurt, bajo los siguientes postulados: quién debe enseñar, qué se debe enseñar, cómo se debe ense-

(*) Separata de: *Journal of Thought*, vol. 19, Nº 1, Spring 1984, pág. 16

(1) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Notas para una axiología de la Universidad*, en Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, t. I (Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982), p. 236.

ñar y quiénes deben ser admitidos a aprender (2). Las "cuatro libertades" están siendo alteradas en la Unión. Se recuerdan al efecto las palabras de Eisenhower, que previno contra los peligros del "enmohecimiento de la burocracia gubernamental". La salida de Bok no es, sin embargo, la de realizar un "corte" con la intervención estatal al momento existente, sino la de ir llevando a cabo un imaginativo esfuerzo tendiente a disminuirla.

La reflexión es válida para nuestro país, en que los gobiernos al dejar de ser opositores, se empeñan en destruir la labor del que le precedió, en detrimento de la ciencia, y lo que es peor, del valor humanidad.

Con respecto a los cupos universitarios, se cuestiona la existencia de los mismos, al permitir el ingreso de una minoría de estudiantes que, sin embargo, muchas veces presenta pocas promesas de un futuro académicamente venturoso. Se advierte también la poca efectividad del gobierno estadounidense en la regulación de la representación de las minorías raciales, v. gr., supremacía de asiáticos con respecto a negros. Creemos que es cuestionable la existencia de cupos, pero nos parece irracional la determinación de los mismos en base a diferencias raciales, ya que se trata en definitiva, de un valor fabricado falso (supremacía étnica). En la Argentina, el problema de acceso a la Universidad no se presenta bajo matices de esta índole, pero desconocerlo sería cerrar los ojos a una realidad: si bien no conocemos ninguna regulación prohibitiva, no existe en nuestra Universidad representación suficiente de sectores étnicos marginados, v. gr., el indio.

La libre investigación es también enfocada junto a la libertad académica, aunque su tratamiento parece limitarse al de las ciencias naturales. La libertad allí debe ser amplia, sin que signifique una "carta blanca" a los investigadores. (Se recuerda el episodio ocurrido en Harvard al prohibirse la experimentación con L.S.D. en seres humanos).

La neutralidad institucional —continúa Banowsky— es para Bok un concepto de dudoso valor, especialmente cuando militantes políticos pretenden enrolar a las Universidades en actividades que no son de su quehacer específico, como la guerra, el "apartheid", la pobreza, etc. La Universidad tiene la responsabilidad de dirigirse a ellos a través de sus funciones académicas normales, v. gr., respondiendo al problema racial tratando de despertar en la conciencia del estudiante el dolor ante tamaña desigualdad. Al contrario, formas de proceder no académicas son altamente divisorias y susceptibles de inhibir la libertad de expresión de los miembros más vulnerables de la sociedad. La observación es plenamente válida para nuestro país, en el sentido de que el tema más doloroso que actualmente atraviesa —desaparecidos— carece todavía del adecuado tratamiento universitario. Los planteos que se suelen hacer del mismo no difieren de los realizados por otras instituciones, y salvo algunas áreas —como la jurídica—, no se ha llevado a un tratamiento profundo en el campo científico o artístico. Esperamos que

(2) El autor citado en la nota precedente ha hecho notar la similitud de tales postulados con los "repartidores, recipiendarios, objetos y formas del reparto", de acuerdo a la teoría trialista del mundo jurídico. V. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 5a. ed. (Bs. As., Depalma, 1976); t. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y Política* (Bs. As., Depalma, 1976).

estas líneas lleven a los universitarios a realizar profundos enfoques desde sus respectivos campos, v. gr., la filosofía, psicología, literatura, política, etc.

El avance de la información por sobre la educación —y el vacío ético resultante— es resultado con especial énfasis. La contrapartida de aquel vacío —que la Universidad tiene el deber de colmar— la encontramos en reacciones del tipo a que se ha hecho referencia.

“Las grandes Universidades han sido más a menudo campos de batalla que torres de marfil para la contemplación”, escribió James Bryant Conant. Así culmina el ensayo, destacando que “la actual batalla la libran el espíritu contra la fatiga, la esperanza versus el hedonismo, la fe contra el cinismo”. Derek Bok —al decir de Banowsky— ha hecho en la misma un valioso comienzo.

NOTAS PARA UNA FILOSOFIA TRIALISTA DE LOS DERECHOS REALES (*)

por Alejandro Aldo MENICOCCI (**)

A los integrantes del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Miguel Angel Ciuro Caldani, Diego Colomino, Mario Chaumet, Jorge De Miguel y Ada Lattuca. A Félix Clementino Menicocci. Arroyo Seco, Cuaresma de 1985

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR: LA MULTIVOCIDAD DOBLE DE TODOS LOS VOCABLOS (1)

Casi todos los vocablos son multívocos. La "doble" multivocidad nos indica que, además de servir un mismo vocablo para designar objetos diversos (multivocidad), puede también referirse a distintos aspectos de un mismo objeto.

La brevedad de nuestras notas nos impiden detenernos en un exhaustivo análisis de los términos multívocos del libro tercero del Código Civil y las demás leyes sobre derechos reales. Nos basta señalar las controversias debidas al promiscuo empleo de los vocablos "posesión", "uso y goce", "bien raíz", "predio", "inmueble", y algunos otros (2).

La multivocidad de los vocablos permite la manipulación ideológica de los mismos, dando lugar al fenómeno que Goldschmidt denomina "desviación". En los derechos reales es clara evidencia de ello al concebir la relación real como una relación entre el hombre y la cosa, echando un manto de niebla sobre el resto de la comunidad, verdadero sujeto pasivo de la relación, privado del uso o consumo de la propiedad atribuida (3).

(*) Las líneas que siguen constituyen una síntesis del trabajo presentado al finalizar el curso "Filosofía de las ramas del mundo jurídico", desarrollado en la Facultad durante el año 1984. Se ha mantenido lo fundamental del mismo, abreviándose en la exposición teórica del trialismo, por lo que consideramos impresindible recurrir a las siguientes obras para el esclarecimiento de los conceptos: GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 5a. ed. (Bs. As.; Depalma; 1976); CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho y Política*, (Bs. As.; Depalma; 1976); del mismo, *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política* (Rosario; F.I.J.; t. I, 1982; t. II y III, 1984); del mismo, *Aportes para la Teoría General del Derecho (El "sistema jurídico")*, (Rosario; F.I.J.; 1984).

(**) Alumno adscripto al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(1) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., p.1 y ss.

(2) V. COLMO, Alfredo, *Técnica Legislativa del Código Civil Argentino* (Bs. As.; Edit. Lib. e Imp. Europea de M.A. Rosas - Casa Editora; 1917).

(3) V. RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, trad. José Medina Echavarría (Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1952), p. 176 y ss.

II. FILOSOFIA JURIDICA "MENOR"

El estudio filosófico del mundo jurídico es susceptible de ser abordado de dos maneras diferentes: por un lado, partiendo desde el Derecho y orientándose hacia la Filosofía (tarea de un jurista); por otro, desde el marco filosófico general se aborda la problemática del Derecho en relación con la Filosofía en su totalidad (tarea de filósofos). Para salvar entonces la multivocidad del término "Filosofía del Derecho", llamaremos Filosofía Jurídica "Menor" o Jurística a la primera y Filosofía Jurídica "Mayor" o Filosofía del Derecho a la última.

La Filosofía Jurídica "Menor" de los derechos reales desde una perspectiva trialista considera a aquellos como el conjunto de *adjudicaciones de potencia e impotencia* —en este caso, a través de cosas— (dimensión sociológica), descrito e integrado por *normas* —el libro III del Código Civil y las leyes relativas al mismo— (dimensión normológica), valorados —hechos y normas— por la *justicia* (dimensión dikelógica) (4).

II.1 DIMENSION SOCIOLOGICA

II.1.1 LAS ADJUDICACIONES AISLADAS

Las adjudicaciones de potencia e impotencia se desenvuelven al hilo de *repartos* (cuando las mismas son llevadas a cabo por el hombre) y de *distribuciones* (cuando adjudican la naturaleza, el azar, o las influencias humanas difusas). Coexisten ambas clases en los derechos reales, si bien con preponderancia de las primeras.

Las distribuciones tienen, no obstante, un notable marco de actuación, en especial las provenientes de la naturaleza, y por tal razón han merecido una detallada regulación en nuestro Código Civil. Por lo demás, resta aclarar que la fuerza adjudicataria de las mismas opera a través del acto del legislador, o sea, un reparto. A título ejemplificativo mencionamos la accesión (acrecer una cosa mueble o inmueble a otra, por adhesión natural o artificial, art. 2.571 C.C.) y sus diversas clases: el aluvión (acrecentamiento de tierra de los terrenos confinantes de los ríos debido a la acción paulatina e insensible de las aguas, art. 2.572), la avulsión (tierra, arena o plantas se unen a un fundo por fuerza súbita del agua, art. 2.583 y 2.584), la adjunción (dos cosas muebles se unen de tal manera que pasan a formar una sola, por lo cual el dueño de la principal adquiere la accesoria, art. 2.594). Se contemplan también las mareas y las crecidas medias ordinarias para poner fin al dominio privado y dar comienzo al dominio público (arts. 2.340 inc. 4º y 2.577, C.C.). Adjudica impotencia la naturaleza cuando hace cesar una relación real por destrucción de la cosa (2.604) o cuando los animales salvajes o domesticados recuperan su antigua libertad o pierden la costumbre de volver a la casa de sus antiguos dueños (2.605); cuando el tiempo —unido a la actividad de otra persona— termina con el dominio u otro derecho real, o hace cesar los efectos de una registración.

(4) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los Derechos Reales*, en El Derecho, t. 99, 13/8/1982, p.1 y ss.

El azar también ha sido contemplado por nuestra legislación. Una sobreabundante cantidad de artículos está dedicada a los tesoros (arts. 2.550 a 2.566, C.C.). Tampoco han sido objeto de olvido la normación atinente a la propiedad de las cosas perdidas (art. 2.531) ni el derecho a apropiarse de la cosa abandonada (art. 2.535, C.C.).

La "explosión demográfica", que constituye una de las formas de manifestación de las influencias humanas difusas, determinó que el legislador de 1.948 sancione la ley 13.512 de Propiedad Horizontal (5).

La constitución de derechos reales sólo cabe dentro del "numerus clausus", siendo nula la configuración de un derecho atípico (arts. 2.502 y 2.614, C.C.). Ello implica que el marco en el cual se desenvuelven sea *autoritario*, aunque su constitución se realice autónomamente por particulares. Otra objeción a la autonomía surge de la enorme ventaja que tiene el propietario de ejercer su poder en la contratación, cuando aquel con quien celebra el negocio sufre desventajas económicas. A la extraordinaria libertad existente en materia obligacional y contractual (1.197 C.C.), el "sistema" opone un "ajuste" en el área de los derechos reales, con lo que se mantiene el equilibrio. Una pequeña excepción la encontramos en lo relativo a servidumbres, ya que según el art. 3.000 del C.C., podrían constituirse cualquier clase de éstas, con la única limitación de que no pueden consistir en un hacer y que deben reportar alguna ventaja al titular.

La idea que subyace bajo este marco autoritario es la supuesta existencia de un contrato ficticio de recíproca garantía entre los propietarios, por el cual se comprometieron al mutuo respeto de sus propiedades. Ahora bien, siguiendo a Radbruch, este contrato sólo puede considerarse como concluso y válido entre propietarios: el carente de propiedad no tiene interés alguno en entrar en un contrato por el cual se obliga únicamente al respeto de la propiedad ajena, sin obtener él una pretensión al respeto de sus propios bienes; por tanto (y nos excusamos por invadir la dimensión axiológica), no puede ser fingido como tal contrayente de ese contrato (6).

La forma de creación de derechos reales es principalmente, la *negociación*. No obstante ello, el fenómeno conocido como la "absorción del derecho civil por el derecho comercial" implica que el primero reciba las formas de negociación estandarizada de aquel último. Un mayor apego a la *adhesión* se encuentra en la intervención de inmobiliarias, empresas constructoras, el estado y otras instituciones, en la adjudicación de viviendas. Lo mismo sucede con el desuso operado en la hipoteca y el correlativo aumento en la intervención bancaria como agente intermediador de crédito. Circunstancias como las citadas rompen el equilibrio adecuado para una verdadera negociación. La mera *imposición* es la forma de adquirir la posesión clandestina, violenta o precaria. El proceso reviste singular importancia en la adquisición y pérdida del dominio por usucapión y en la extinción de éste por expropiación.

(5) CHAVARRI, Angel B., *Sobre figuras jurídicas novedosas. A propósito de la propiedad horizontal*, en Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille (Bs. As., 1968), p. 17.

(6) RADBRUCH, Gustavo, op. cit., p. 183.

De lo dicho resalta la primacía de *repartos autoritarios* por dos razones: la primera de ellas de carácter normológico, al limitarse su creación al número por la ley establecido; la segunda es de carácter sociológico, puesto que "sólo reparten aquellos que tienen cosas que repartir". Podría hablarse de que los repartos autónomos (negocios entre particulares) se encuentran en relación de compenetración con los autoritarios. Los repartos autoritarios son *ordenancistas* (por ejemplo, la extinción del dominio por expropiación) o *directos* (v. gr., la adquisición de la posesión por usurpación u ocupación, la adquisición de frutos de mala fe, etc.). Los repartos autónomos satisfacen el valor natural relativo *cooperación*. Ciertas figuras presentan una mayor inclinación al mismo, v. gr., el derecho de uso y habitación, algunas servidumbres, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, el condominio y la propiedad horizontal. El valor natural relativo *poder*, satisfecho por los repartos autoritarios, se manifiesta en el dominio, y en menor medida, en la anticresis, la hipoteca, la prenda, y en nuestro Derecho, por ser pleno, el usufructo (7).

II.1.2 ORDEN Y DESORDEN DE LAS ADJUDICACIONES

Los repartos se ordenan de manera "vertical", desde "arriba", engarzados por el *plan de gobierno en marcha*, y "horizontal", agrupados a fuer de su *ejemplaridad*.

Nuestro régimen operó una cerrazón a la ejemplaridad (arts. 2.502 y 2.614, C.C.), salvedad hecha de las servidumbres (art. 3.000, C.C.). Las figuras que se inclinaban hacia la ejemplaridad fueron vistas con desconfianza por el codificador, v. gr., el condominio, el cual dotó de una asombrosa facilidad de autodestrucción (art. 2.692); es similar razón la determinante de la prohibición de la propiedad horizontal (arts. 2.617 y nota al 2.503).

Todo plan de gobierno en marcha debe indicar quienes son los *supremos repartidores* y cuales los *criterios supremos de reparto*. En nuestro ordenamiento han obrado como repartidores supremos, al sancionarse el Código Civil, Sarmiento y Vélez Sarsfield. Los supremos criterios se inspiraron en la filosofía liberal e individualista del siglo XVIII. El ideal de Vélez era el de unos pocos derechos reales, una propiedad fuerte, ágil, sin restricciones. El dominio debía ser absoluto, exclusivo y perpetuo. En la reforma del Código realizada por la ley 17.711 actuaron como repartidores supremos Onganía y Borda, junto a los demás integrantes de la comisión reformadora. Los supremos criterios se inspiraron en la Doctrina Social de la Iglesia, las cuales se reflejan en instituciones claves, v. gr., el ejercicio regular al que debe someterse el dominio, el abuso del derecho, y saliendo de los estrechos márgenes del libro III, la lesión (art. 954) y la imprevisión (art. 1.198).

(7) La razón de estribar la expropiación en la utilidad pública hace que el reparto autoritario sea aceptado por la comunidad, pues desapareciendo aquella, el particular tiene el derecho de ejercer la retrocesión. V. CNCiv., sala D, marzo 20/984, Sicorski, Mejer y ot. C. Municipalidad de Bs. As., en L.L., 15/10/984, p. 3, con nota de CANASI, José, *La retrocesión en la expropiación pública*.

II.1.3 LIMITES

Tanto los repartos considerados aisladamente, como su orden, chocan a veces con límites provenientes de la *naturaleza de las cosas*, sea en circunstancias normales o situaciones vitales. También pueden provenir los límites de un acuerdo entre repartidores autónomos y autoritarios, como por ejemplo, el “condominio por confusión de límites”, en el cual dos propietarios de fundos linderos son, al mismo tiempo, actor y demandado, sometiéndose ambos a un proceso para demarcar sus respectivas heredades, (art. 2.746 a 2.755). Repartos aislados v. gr., la posesión, chocan a menudo con la existencia de un derecho de propiedad y otras veces, el verdadero propietario se ve impedido de ejercer los derechos inherentes a la propiedad por la existencia de un poseedor (8). En circunstancias vitales, el derecho de propiedad suele ser atacado, sin que traiga aparejada sanción para quien lo hizo, v. gr., en el estado de necesidad. Por último, todo el sistema de publicidad de Vélez, basado en la simple tradición —excepción hecha de la hipoteca, para la que se crearon registros especiales— tropezó con los límites psíquicos de nuestra sociedad, que exigía mayor seguridad. Para remediarlo, las provincias crearon —al margen de nuestro Código y de la Constitución— registros provinciales que subsistieron como una “feliz anomalía”, en palabras de Bielsa, hasta la sanción de la ley 17.801, pese a los fallos que declararon su inconstitucionalidad (9).

El plan de gobierno en marcha realiza el valor natural relativo *previsibilidad*, altamente realizada por nuestro derecho de cosas. La exemplaridad realiza la *solidaridad*, que tiene en nuestra rama poca relevancia. La relatividad de ambos valores deriva de su necesaria subordinación a la justicia.

II.2 DIMENSION NORMOLOGICA

II.2.1 LAS NORMAS AISLADAS

II.2.1.1 Concepto, clases y estructura de las normas

Entendemos por norma la captación lógica de un reparto proyectado realizada por un tercero. La norma tiene dos funciones: una *descriptiva* (pues describe la voluntad de los repartidores) y otra *integradora* (pues la norma no solamente describe —de ser así, quedaría disuelta en la jurística sociológica—, sino que también integra, a través de conceptos y materializaciones).

La función descriptiva de la norma contiene, a su vez, dos afirmaciones: la primera de ellas consiste en reflejar la auténtica voluntad del repartidor, o sea, su *fidelidad*; la

(8) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Aspectos filosóficos de la posesión*, en Estudios..., cit., t. III, p. 3 y ss.

(9) V. autos “Jorba, Juan, c. Bambicha, F. y ot”, 25/11/1935, en J.A., t. 52, p. 359; “Papa, José, administrador definitivo de la testamentaria Susso c. Sociedad Compagno Hnos.” del 18/2/1938, en L.L., t. 9, p. 528. V. t. CHAVARRI, Angel B., *Los principios inmobiliarios registrales en la ley 17.801* (Rosario, 1972); del mismo, *La tradición traslativa de dominio* (Rosario, 1969).

segunda radica en que toda norma debe tener su correspondencia necesaria con la realidad social, debe ser “acatada”, gozar de *exactitud*.

Nuestro código ostenta numerosos ejemplos de infidelidad. Recordamos la contradicción entre los conceptos “bien” y “cosa” de los artículos 2.311 y 2.312 y sus notas. Por otra parte, no sabemos aún si la posesión es un hecho, un derecho, o un elemento de los derechos reales. El artículo 3.612, refiriéndose al “ius persequendi” de que goza el acreedor hipotecario dice: “Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo...” ¿No habrá querido referirse Vélez a una transmisión por título oneroso o gratuito, en lugar de repetir conceptos muy similares y obviar este segundo tipo de transmisión? Fuera del código, el artículo 17 de la ley 13.512, al referirse al crédito por expensas y su privilegio, señala que será aplicable lo dispuesto por el artículo 3.901 del C.C. (privilegio del conservador de cosas muebles); según Cichero (10), el legislador se refiere al artículo 3.931, que establece un privilegio sobre inmuebles.

También hay ejemplos de normas inexactas en nuestro derecho de cosas. Comencemos por el desuso, que si bien es un modo especial de inexactitud, pensamos que tiene cabida dentro del concepto. Muchas figuras carecen de tal correspondencia fáctica que es casi imposible encontrar un caso, v. gr., el anticresis, el uso y la habitación. Otras también, aunque en menor medida, han ido desapareciendo de nuestra realidad social, como la prenda civil –lugar que vino a ocupar la prenda sin desplazamiento del derecho comercial–. También la hipoteca ha disminuido en gran medida su relevancia como garantía del crédito. Las normas referentes a las restricciones al dominio, v. gr., el camino de sirga que deben dejar los propietarios de fundos ribereños, son prácticamente inobservadas (art. 2.639). Razones de evasión impositiva hacen que se obvien las inscripciones y afectaciones establecidas por las leyes 14.005 (Venta de terrenos fraccionados en lotes por precio a satisfacer en cuotas periódicas) y 17.924 (prehorizontalidad), y el decreto ley 6.582/68 (Automotores).

La *integración* se lleva a cabo por una congerie de conceptos que pertenecen al derecho de cosas. Analizaremos el tema más adelante.

Las *clases* de normas pueden ser de carácter *general*, v. gr., las leyes, el código, e *individual*, v. gr., la norma creada por los particulares al dar nacimiento a un derecho real (por ejemplo, escritura pública de compraventa, servidumbre, etc.).

La norma tiene dos partes, así se conforma su *estructura*: un *tipo legal* que describe un sector social supuesto y una *consecuencia jurídica* que señala su reglamentación. Ambas partes tienen *características positivas y negativas*, siendo necesario para que la norma se haga efectiva la existencia de las primeras y la inexistencia de las últimas, tanto en el tipo legal como en la consecuencia jurídica.

En base a algunos artículos podemos construir la “norma tipo” de los derechos reales, v. gr.: “Si alguien fuese el titular de un derecho de propiedad sobre una cosa (car. + del tipo legal, art. 2.513) y no hubiere operado la prescripción de ese derecho (car. - del tipo legal,

(10) CICHERO, N., *La división horizontal de la propiedad edificada*, cit., por MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, t. II, (Bs. As., Zavalía, 1974), p. 181.

arts. 4.004, 4.015, 4.016 y 4.016 bis), será su derecho a poseerla, usarla, disponer o servirse de ella (car. + de la consecuencia jurídica, art. 2.513), a menos que su ejercicio en las facultades fuere abusivo (car. - de la consecuencia jurídica).

II.2.1.2 Origen de las normas (11)

Las normas describen los repartos, por lo tanto, las fuentes de las mismas deben encontrarse en ellos. Muchas veces la voluntad de los repartidores ha sido ya formalizada, v. gr., por una ley, un contrato, un convenio colectivo de trabajo. Por esta razón podemos hablar de *fuentes materiales* (los repartos) y *fuentes formales* (las descripciones de los repartos). Conociendo los repartos o las normas que los describen adquirimos un conocimiento directo de los mismos, lo que nos permite hablar de *fuentes reales*. El conocimiento indirecto se obtiene a través de las *fuentes de conocimiento*, especialmente en la ciencia jurídica. Orientaremos nuestro estudio hacia las fuentes formales, ya que las materiales han sido analizadas anteriormente y por razones de brevedad no serán objeto de atención las fuentes de conocimiento.

Por el marcado carácter público y la tipicidad rigurosa que predomina en nuestra materia, el código civil y las leyes del derecho de cosas a él incorporadas son las verdaderas fuentes de nuestras normas. Ello nos permite decir que las fuentes esenciales son *polínomas*, dentro de las cuales —“enmarcadas”— se constituyen fuentes *monónomas* (escrituras públicas, reglamento de propiedad horizontal, etc.).

La *publicidad* cobra importancia trascendental. Existe toda una disciplina jurídica destinada a asegurar la publicidad de los derechos reales, esto es, el derecho registral. La celeridad de las transacciones, la creciente importancia de las cosas muebles, la detentación del poder por la burguesía —que tiene una especial predilección por el “valor” seguridad— la intervención del estado en las transacciones, y algunos otros factores influyeron para que la “tradición” no conservase la utilidad que en tiempos de Vélez poseía como medio de publicidad (12).

La sanción de la ley 17.801 intenta remediar tales deficiencias, mas por debajo de la aparente publicidad existe un vasto campo de constitución y extinción de derechos reales en *clandestinidad*, v. gr., transmisión de inmuebles por medio de poderes especiales irrevocables o boletos de compraventa, lo mismo en relación a la inscripción (obviada) en la transferencia de automotores.

Por el predominio de la polinomía sobre la mononomía, y la solemnidad establecida en este último tipo (escritura pública y posterior inscripción), las normas poseen gran *rigidez*. Por iguales razones, la polinomía goza de gran *elasticidad* (una amplia gama de casos es susceptible de subsunción en la misma norma).

(11) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Las fuentes de las normas*, en Zeus (Año X, 6 de setiembre de 1983, Nº 2267, t. 32).

(12) V. CHAVARRI, Angel B., *La publicidad en el régimen hipotecario a través de la obra de Enrique Thedy* (Rosario, 1963); V.t. *La tradición..., y Los principios..., citados.*

Hay *inflación* normativa cuando existe una excesiva cantidad de normas con respecto a los repartos por ella reguladas. Encontramos que las normas relativas a los derechos de uso y habitación —salvedad hecha del derecho de habitación del cónyuge supérstite— no son más que un usufructo atenuado, de posible unificación en una sola figura y poca relevancia en la dimensión sociológica. Lo mismo decimos respecto a las servidumbres, la anticresis y quizá también la prenda. También es excesiva la regulación de dos tipos de acciones posesorias, ya que ambas tienen por fin inmediato conseguir la restitución o manutención de la cosa (13).

La *fundamentación* en esta rama del derecho es predominantemente *implícita*, tanto en las fuentes polínomas como en las monónomas, especialmente en las últimas, en que repartidor y recipiendario dan por sentados los motivos y razones por las cuales se lleva a cabo el reparto.

La *formalización* puede ser *infragenética* o *pangenética*, según sean uno o muy pocos quienes formalizan, o la misma la realizan todos los implicados en el reparto. En tal sentido, las normas polínomas son pángéneticas (pues legisladores atienden, generalmente, a la formalización en beneficio de toda la población), mientras que las monónomas son infragenéticas, pues lo más común es que una de las partes recurra a quien formalizará en la manera más ventajosa (por ejemplo, el escribano público en relación a su cliente).

II.2.1.3 Funcionamiento de las normas

Los párrafos anteriores estudiaban la norma en su consideración estática; de aquí en adelante se observará como progresó el orden de repartos, es decir, investigar su aspecto dinámico. El funcionamiento se lleva a cabo a través de cuatro etapas: *interpretación, determinación, elaboración y aplicación*.

En la *interpretación* puede predominar el elemento *literal* (su sentido se averigua en función de los usos lingüísticos de la comunidad en la cual se formuló la norma) o *histórico* (voluntad del repartidor). En nuestros derechos reales, la trascendencia dada a la voluntad del codificador reviste una importancia inigualable con relación a otras ramas, especialmente exaltada por los científicos de cuño positivista. Las notas de los artículos son casi siempre la primera explicación de los mismos, con lo cual se aseguró por mucho tiempo la vigencia del derecho de propiedad con los caracteres de absoluto, exclusivo y perpetuo. Lo curioso es que luego de las reformas de la ley 17.711, al limitarse el derecho de propiedad subordinándolo a cumplir una función social, la metodología interpretativa acusa ahora un marcado tono literal. Veamos el siguiente ejemplo. Los caracteres del dominio eran los que a continuación se enuncian: exclusivo (art. 2.508), absoluto (nota al anterior artículo 2.513) y perpetuo (art.

(13) BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, 2a. ed., t. II (Bs. As., Perrot, 1978), p. 173. El autor considera que la ley 17.711 ha derogado tácitamente los artículos que requerían para la acción posesoria la anualidad, falta de vicios (2.473 C.C.), continuidad e ininterrupción (2.481 C.C.), existiendo sólo una clase de acción posesoria, en la que no es necesario ninguno de los requisitos citados. En contra, MARIANI DE VIDAL, op. cit., T. I, p. 176.

2.510). Como se ha dicho siempre, las notas del código no son vinculantes. Ahora bien, la reforma de la ley 17.711 cambió la redacción de dos artículos muy significativos referidos al dominio: el 2.513, por el cual se lo subordina a un ejercicio "regular" y el 2.514, en virtud del cual el ejercicio de las facultades del titular no puede ser restringido en tanto "no fuese abusivo". Si atendemos al elemento histórico, es evidente que la voluntad del repartidor ha cambiado. Como si ello no fuera suficiente, el legislador del año 1968 Guillermo Borda, sostiene que el dominio no es absoluto, sino que su ejercicio debe ser regular y no abusivo (14). Al decir de Allende, los comentarios de Borda juegan "más o menos el papel de notas" de las que la ley 17.711 carece (15).

Sin embargo, cuando Mariani de Vidal menciona los caracteres del dominio señala "son tres: absoluto, exclusivo y perpetuo" (16). Vemos así como por un simple cambio en la metodología interpretativa da lugar a una sensible mitigación de los significativos efectos de la reforma de 1968.

Nuestro código no presentaba, al tiempo de su sanción, un importante requerimiento de *determinación*, especialmente en lo relativo a principios necesitados de desarrollo. Se ha hecho notar que la carencia de los mismos se debió a que tales principios se encontraban enunciados en la Constitución Nacional (17). Con la sanción de la ley 17.711, estos principios no eran los que seguían orientando al legislador, razón por la cual algunas normas de la citada ley tienen un carácter "abierto", v. gr., ejercicio "regular" (art. 2.513), "no abusivo" (2.514), "uso regular de la propiedad" (2.618). Para que estos principios se concreten es necesaria la actividad del legislador y del juez en orden a perfilar los mismos. No se conocen muchos fallos en los cuales el ejercicio irregular del dominio se haya hecho cesar, cuando en la realidad es algo muy frecuente (18). No brinda nuestro código numerosos casos de reglamentación ni de precisión. Hay, por ejemplo, algunos reenvíos al derecho administrativo (arts. 2.611, 2.645 ref. ley 17.711, 2.640, etc.).

Los vacíos de la dimensión normológica pueden ser de dos tipos: *históricos*, cuando hay ausencia de normas que contemplen un caso determinado, o *diketológicos*, cuando las normas que contemplan ciertas situaciones son injustas, y en consecuencia, no existen las normas requeridas por la justicia. En el primer tipo de lagunas citamos, v. gr., la omisión en disciplinar la propiedad de los lagos no navegables, la propiedad de las cosas muebles adquiridas

(14) BORDA, Guillermo, op. cit., t. I, p. 228.

(15) ALLENDE, Guillermo, citado por MARIANI DE VIDAL, op. cit., vol. I, p. 251.

(16) MARIANI DE VIDAL, op. cit., vol. I, p. 222.

(17) Despacho de la Comisión de Derecho Privado del Curso "Filosofía de las ramas del mundo jurídico", día 10/7/1984.

(18) BARBERO, Omar U., *La acción para exigir que sea regular el ejercicio del derecho de dominio*, en L.L., 1984-B, sec. doc., p. 689. V.t. Primera Instancia Civ. de la Capital, 3/6/1981, Consentida, "Bencich, E. c. Bencich, Maximiliano", en L.L., t. 155, p. 18, con Nota de JUAN PUENTE, *Anotaciones sobre el derecho de propiedad*.

por prescripción de mala fe, en caso de ser robadas o perdidas (19). En el segundo grupo de carencias encontramos que la respuesta del codificador a quienes quisieran dividir sus edificios en varias unidades, vacío que colmó la ley de propiedad horizontal. Las leyes 14.005 y 19.724 intentaron poner fin a la excesiva libertad en materia de venta de terrenos fraccionados en lotes y venta de unidades en propiedad horizontal, respectivamente, que posibilitaba maniobras dolosas a costa de los adquirentes.

Generalmente los jueces se cuidan de poner de relieve las injusticias del sistema y recurren a la justicia por algunas vías no muy ortodoxas. Un interesante ejemplo nos lo brinda el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal del 11 de noviembre de 1958 (20), cuando otorgó al adquirente de un inmueble al que no se le había hecho tradición del mismo, la acción reivindicatoria, pese que al respecto el dictado del código es terminante: "antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real" (arts. 577 y conc.). Estamos aquí en presencia de un caso de *elaboración* por una supuesta *autointegración* (recurso a la justicia formal, o sea, se extraen los criterios de justicia del cuerpo legal), pero a nuestro parecer es evidente la *heterointegración* (es decir, el recurso a la justicia material, saliendo de la injusticia que domina el cuerpo normativo en relación al caso y recurriendo al valor en sí mismo).

La *aplicación* puede ser *histórica* (se parte del tipo legal y se actualiza la consecuencia jurídica) o *sistemática* (a la inversa). El derecho de cosas se inclina mayormente a la aplicación histórica.

II.2.1.4 Productos de las normas

Habíamos señalado previamente que la norma tenía una *función integradora*, que se llevaba a cabo a través de *conceptos* y *materializaciones*.

Según la carga cultural que encontramos en un concepto este puede ser *declarativo* (cuando la carga es ínfima o muy escasa) o *constitutivo* (rebosante en carga cultural). La rama que nos ocupa ostenta conceptos simplemente declarativos, v.gr. dueño, cosa, vecino, propiedad; y constitutivos, por ejemplo, usufructo, anticresis, propiedad horizontal, hipoteca, y otros. La norma materializa cuando otorga a los conceptos una carga cultural tal, que de no existir la norma, ellos carecerían de total significado. Las materializaciones pueden ser *reales* (se materializan cosas, v. gr., la escritura pública, el certificado registral, etc.) o *personales* (v. gr., el escribano público).

(19) Tal es la opinión de CHAVARRI, para quien aún existe un vacío en la regulación de la usucapión de cosas muebles robadas o perdidas.

(20) CNApel. en lo Civ. de la Capital Federal, en Pleno, "Arcadini, R. (suc) v. Maleca, C.", en J.A., 1958-IV, p. 427. V.t. CNCiv., sala D, mayo 18/984, "Irigoyen, E. y ot. c. Correa Arce de Stréttmatter, E.N.", en L.L., Nº 15, 22/1/1985, p.3

II.2 EL ORDENAMIENTO NORMATIVO

El ordenamiento normativo constituye la captación lógica neutral del orden de repartos. Los valores *orden* y *pacificación*, inherentes al orden de repartos, se transmiten al ordenamiento normativo en el valor *coherencia*. Así como no siempre están ordenados los repartos (anarquía), tampoco lo están las normas.

El ordenamiento normativo puede ser *fiel* o *infiel*, si describe o no con acierto la voluntad colectiva en atención al orden de repartos deseado. En tal sentido, podemos decir que si bien nuestro ordenamiento puede haber sido infiel en sus inicios, al aplicar un código afrancesado al gaucho que no comprendía el fenómeno del capitalismo, creemos que actualmente, con las reformas de la ley 17.711, goza de cierto grado de *fidelidad*. Prescindiendo de la inexactitud de normas aisladas, creemos que el ordenamiento en su conjunto reune condiciones de *exactitud*.

La *estructura* del ordenamiento, en lo relativo a los derechos reales, se desarrolla en un estrecho y riguroso marco de *verticalidad*, tanto en sus relaciones de *producción* (con la consiguiente realización del valor *subordinación*) como en las de *contenido* (que realizan el valor *ilación*). Ello es consecuencia del principio de tipicidad (art. 2.502 y 2.614 C.C.) y de la rigurosidad de las formas establecidas para sus fuentes monónomas (escritura pública, inscripción registral, etc.). La rigurosidad de la que hablamos permite que la relación horizontal obtenga "fuerza" de la relación vertical, obteniendo un alto grado de *infalibilidad* –valor natural relativo resultante de las relaciones horizontales de producción– y de *concordancia* –valor natural relativo resultante de las relaciones horizontales de contenido–.

Los *conceptos* con los que nos manejamos en esta rama tienen gran permeabilidad, lo cual permite que otras ramas del derecho los utilicen sin que se presenten complicaciones.

El ordenamiento normativo puede ser de dos *clases*: *orden* o *sistema*. La diferencia radica que en el primero, en caso de una laguna normativa, la integración incumbe exclusivamente al legislador, mientras que en el segundo la actividad de éste está cumplida con la sanción de la norma y es el juez quien tiene a cargo la labor integradora. El orden adopta generalmente la forma de recopilación, mientras que el sistema suele presentarse formalizado en códigos. El sistema puede ser *formal* o *material*. En el primero la integración está reglada y se recurre a la justicia formal; en el segundo el juez auto o heterointegra. El ordenamiento normativo al cual se integra el sub-ordenamiento de los derechos reales constituye un *sistema*, ya que la exposición de éste se realiza de manera más o menos científica y la integración está vedada al legislador.

Se trata además, de un sistema material.

II.3 DIMENSION DIKELOGICA

II.3.1 AXIOLOGIA DIKELOGICA (ESTRUCTURA FORMAL DE LA JUSTICIA)

II.3.1.1 La justicia como valor y sus relaciones

La justicia es un valor, o sea, un ente ideal exigente. La idealidad exigente puede ser natural (en su creación no interviene el hombre) o *fabricada* (v. gr., estar a la moda, ser un buen tenista, etc.). Los valores naturales pueden ser *absolutos* —su realización no debe estar referida a ningún otro valor, pudiendo intensificarse sin que ello sea perjudicial— o *relativos* —cuando deben realizarse en miras a un valor superior, v. gr., el poder—. Los valores fabricados son siempre relativos, pero en ellos se da otra característica, la de ser *verdaderos o falsos*, en caso de encontrarse en indiferencia con los valores naturales, v. gr., ser un buen deportista, o por el contrario, estar en oposición con aquellos, por ejemplo, la superioridad de una raza.

La justicia también puede dividirse en *clases* (21), en relación a los repartidores, recipiendarios, objetos, formas y razones de los repartos.

Desde el punto de vista de quienes reparten, debido al carácter autoritario de las normas y al poder que otorga el detentar la cosa, creemos que los derechos reales se orientan hacia la justicia *extraconsensual*, aunque ciertas figuras, v. gr., el derecho de habitación del cónyuge supérstite, la habitación y el uso, gocen de cierta justicia *consensual*. Desde la óptica de los recipiendarios, esta es *con acepción de personas*, v. gr., en el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, en el derecho de habitación del cónyuge supérstite, en el derecho de habitación, pero su principal institución, el dominio, se inclina hacia la justicia *sin acepción de personas*. Con miras al objeto, la justicia puede ser *simétrica* (los contenidos vitales de los objetos intercambiados son iguales) o *asimétrica* (diferentes contenidos vitales). La “tendencia a simetrizarlo todo” (22) ha penetrado en esta rama del derecho como en muy pocas otras, y salvo raras excepciones, v. gr., el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, el derecho de cosas se orienta hacia la justicia simétrica. Con relación a la forma, los caracteres que primaban en la extraconsensualidad otorgan aquí el suficiente fundamento para sostener que predomina la justicia *monologal*. Esta tiene especial importancia en la adquisición del dominio por usucapión, la adquisición de la posesión viciosa, y en gran parte en la extinción del dominio por expropiación. Por otro lado, dentro del marco de justicia monologal, es posible hablar que cuando las partes concluyen sus negocios jurídicos existe cierto grado de justicia *dialogal*. La fundamentación de los repartos puede orientarse hacia una justicia *comutativa* (con contraprestación) o *espontánea* (sin contraprestación). La concepción liberal e individualista de nuestro código antes de la ley 17.711, se inclinaba a la

(21) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Perspectiva trialista de la axiología dikelógica*, en Estudios..., cit., t. II, p. 40 y ss.

(22) La expresión la tomamos de COLOMINO, Diego, *Valores, intereses económicos y solución de conflictos de derecho*, en: Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 1, (Rosario, 1984), p. 51.

segunda, puesto que el propietario tenía un derecho absoluto sobre su propiedad, algo así como un "don"; la inspiración cristiana se orienta hacia la justicia conmutativa, ya que sobre ella (la propiedad) se tienen la "potestas procurandi" y la "potestas dispensandi", y el propietario se asemeja a un simple administrador. Desplazando la óptica hacia los negocios creadores de derechos, en ellos generalmente predomina la justicia conmutativa. Por último, ciertas figuras llevan íncita la conmutatividad, v. gr., el derecho de habitación del cónyuge supérstite y el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos.

Con miras a la atención total o parcial del régimen, la justicia puede ser "*partial*" (los títulos de los repartidores se refieren sólo a un sector del orden de repartos) o *gubernativa* (los títulos se refieren a la totalidad); por ser "*erga omnes*", la justicia del derecho de cosas se inclina en favor de esta última.

La justicia puede ser *sectorial* o *integral*, según atienda a algunos o todos los recipientes; en tal sentido, la vigencia de la propiedad privada, aún con las mitigaciones de la reforma al código civil, no colma aún a la totalidad. En relación al objeto de reparto, la justicia puede ser de *aislamiento* o de *participación*, inclinándose nuestra rama hacia la primera. En atención a la forma que identifica al reparto justo con los demás, la justicia puede ser *absoluta* o *relativa*: la justificación por derecho natural de la propiedad privada hace que los repartidores no se preocupen por la segunda (o sea, comparar la justicia del reparto con otros), predominando de esa manera la justicia absoluta. Cuando se reparte con miras al individuo considerado aisladamente, los fundamentos son de justicia *particular*, más cuando se lo hace en atención al bien común, la justicia es *general*. El código de Vélez satisfacía altamente la primera, más la reforma de la ley 17.711, sin salir de la misma, se orienta tenuemente hacia la segunda.

Los valores forman un complejo que, por lo general, no se halla disperso caóticamente, sino que entre sí guardan relaciones. Las relaciones pueden ser *coadyuvantes* (*de contribución y de integración*) o de *oposición* (*por sustitución* o *por secuestro*, pudiendo este último ser *subversivo*, por *inversión* y por *arrogación*) (23). Encontramos en el derecho de cosas principalmente relaciones de integración entre la utilidad y la justicia, aunque muchas veces la primera se arroga el material estimativo de esta última (v. gr., en la utilidad se justificaban las ilimitadas facultades del dueño sobre la cosa, según el régimen de los artículos 2.513 y 2.514 del código de Vélez, lo mismo con las facultades del acreedor hipotecario, y figuras similares que respondían al viejo cuerpo legal). Hay secuestro por subversión cuando los valores inferiores se alzan contra los superiores, v. gr., cuando el poder que el dueño ejerce sobre la cosa no se orienta en la justicia, o cuando se sobreestima el valor de la "seguridad", por ejemplo, en las inscripciones registrales. Secuestro por inversión significa el desconocimiento de los valores inferiores en su capacidad de afianzar u obstruir la satisfacción de los superiores. Recordamos aquí los plausibles intentos de los legisladores de las leyes 14.005 y 17.924, que no acompañaron a las mismas con la necesaria dosis de poder y por tal motivo culminaron en el fracaso.

(23) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La ubicación de la justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia)*, en Estudios..., cit., t. II, p. 16.

II.3.1.2 Los tres despliegues del valor justicia

La justicia es un valor, y por lo tanto, tiene una especial manera de ser: la *valencia*. Se nos ofrece aquí como *deber ser ideal puro*, en el sentido de formar parte de los entes ideales exigentes y no estar referida aún a ningún material estimativo. En su segunda manifestación, la justicia se nos presenta como *valoración*, esto es, el valor puro entra en contacto con el material estimativo. El modo de existencia de esta segunda manifestación es el de *deber ser ideal aplicado*, pudiendo ser *impersonal* (*deber ser actual*) —proyección del deber ser ideal puro a la realidad social con prescindencia de las personas que deben realizarlo— o *personal* referido a “quienes pueden actuar para que la justicia ocurra o la injusticia cese” (*deber de actuar*) (24). Por último, la tercera manifestación de la justicia es de *orientación*: efectuadas varias valoraciones, inferimos luego el criterio orientador. Es conveniente aclarar que el nacimiento del criterio orientador es posterior a la valoración en el orden gnoseológico, pero anterior a ésta en el plano ontológico.

En los derechos reales tienen especial importancia las dos últimas manifestaciones del valor justicia. La valoración nos evidencia un deber ser ideal aplicado impersonal que no nos satisface debido a las injusticias existentes en la distribución de la propiedad, imponiendo en nosotros un deber ser ideal aplicado personal (*deber de actuar*) para remediarlo. De las valoraciones efectuadas obtenemos un criterio general orientador: una distribución más igualitaria de la riqueza.

El material estimativo de la justicia está constituido por la totalidad pasada, presente, y futura de las adjudicaciones. Ello sé debe a que la función de la justicia es *pantónoma* (de “pan” = todo y “nomos” = norma). Nuestra sublime ambición choca con los límites resultantes de nuestra condición humana, ya que resulta obvio que sólo la Divinidad, en el Juicio Final, podrá tener presente todos los repartos de la historia y realizarse así la pantonomía de la justicia. Mientras tanto, la circunstancia no debe desanimarnos, sino que impone en nosotros la necesidad de llevar a cabo la mayor justicia posible, sin olvidarnos que su realización es *fraccionada*.

Podemos distinguir tres diferentes causas del fraccionamiento: *obstáculos derivados del pasado*, *obstáculos derivados del presente* —sea referido al *aislamiento del reparto* en consideración con otros, sea con respecto al *mismo reparto*—, y *obstáculos derivados del porvenir*.

El *pasado* se nos presenta inaccesible, ya que no podemos ahora, mediante una reforma agraria de alcances mundiales, alterar los efectos del feudalismo. Tampoco es posible reparar la muerte o caída en esclavitud de miles de esclavos-deudores, debido a la venta transiberia, con la implantación de otras formas de garantía, como la prenda o la hipoteca.

(24) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *La realización de la justicia como valor (El funcionamiento del valor justicia)*, en: Boletín del Centro..., Nº 2 (1984), p. 10.

El *presente* nos presenta dos series de obstáculos, el primero resulta del aislamiento del reparto considerado con respecto a los demás, debido a los límites espaciales en nuestra posibilidad de hacer justicia. En tal sentido, la existencia de dos diferentes modos de producción (socialismo y capitalismo) nos revela hasta qué punto un reparto considerado justo en un sistema puede estimarse injusto en el sistema opuesto.

También en el presente, un reparto puede fraccionarse con respecto a sí mismo, ya sea en sus *antecedentes* (no averiguándose sus causas remotas y efectuando un "corte" en el continuo vital); en el *complejo personal* (teniendo en cuenta sólo a algunas personas y no a todas), *temporal* (limitando la proyección del reparto hacia el pasado y hacia el futuro mediante un "corte" numérico), o *real* (insuflando al caso vida propia). Ciertos derechos reales vigentes en la época de la colonia desfraccionaban en alguna medida el complejo personal, v. gr., las vinculaciones y mayorazgos. El sistema instituído por Vélez fracciona al poner el acento en el individuo, pero la ley 17.711 desfracciona nuevamente, no ya hacia la familia amplia del Virreynato, sino hacia la comunidad, v. gr., en el uso regular del dominio, la prohibición del abuso, etc. Algunos derechos parecen abrirse al complejo personal más que otros, v. gr., el derecho de uso y habitación ("...para las necesidades del usuario y de su familia...", art. 2.498 C.C.) mientras que otros se "cierran", como por ejemplo, el usufructo y el dominio.

El artículo 1.051 fracciona real y personalmente. El complejo temporal no es objeto de mayores fraccionamientos, porque "el dominio es perpetuo" (art. 2.510 C.C.), fraccionándolo hacia el pasado la prescripción adquisitiva al efectuar el "corte" a los dos, tres, diez o veinte años. El gran fraccionamiento de los derechos reales se opera en el complejo real, pues cada caso, plasmado en su fuente monónoma, está dotado de vida propia y aislado del mundo. En tercer lugar, —siempre dentro de los obstáculos derivados del presente— se fraccionan las *consecuencias* que un reparto ocasiona al atender solo a un número limitado de aquellas, principalmente en la propiedad privada.

También se fracciona y desfracciona con relación al *futuro*, por ejemplo, el fraccionamiento operado por la perpetuidad del dominio es desfraccionado por la prescripción adquisitiva, al abrir la posibilidad de nuevos repartos.

Los fraccionamientos producen seguridad, discutiéndose si la misma constituye o no un valor en sí misma. El análisis del tópico excede los límites de estas notas, siendo válido recordar simplemente que la especial predilección por la seguridad nace cuando la burguesía, luego de la Revolución de 1.789, es propietaria de los medios de producción (25).

(25) V. IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*. (Edit. Giuffrè, 1979). Al respecto dice el autor: "Il senso della sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande Rivoluzione, è la nuova classe dirigente: élite portatrice di una tavola di valori, in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi", (p. 3).

II.3.2.1 La justicia de las adjudicaciones aisladas

Nos toca ahora analizar los diferentes aspectos del reparto, o sea, sus repartidores, beneficiarios, objeto, forma y razones a la luz de la justicia. Para que un reparto pueda ser considerado justo, el mismo debe asegurar a cada cual una esfera de libertad para que pueda transformarse de individuo en persona. "Al poder determinarse a obrar por sí mismo, eligiendo el bien, encuentra en su libertad un signo eminente de la imagen de Dios, quien lo ha querido dejar en manos de su propia decisión" (26).

Los repartidores autónomos o autoritarios son, respectivamente, *interesados o poderosos*. El reparto autónomo tiene carácter indiciario de mayor justicia que el autoritario, pues se presume el acuerdo entre las partes y su participación. Ello no implica empero que el reparto se encuentre justificado en su totalidad, ya que es frecuente —especialmente en nuestra materia— que vendedores y compradores, acreedores y deudores hipotecarios, etc., lleven a cabo su convenio presionados por desniveles económico-sociales. En tal sentido, un reparto autoritario, v. gr., la reforma agraria, dudosamente podría ser tachado de injusto. Los repartidores poderosos pueden ser *aristocráticos* (o sea, caracterizarse por cierta superioridad), por ejemplo, al declarar procedente la expropiación de un bien por causa de utilidad pública, o al gozar del usufructo los padres sobre los bienes de los hijos, o el derecho de habitación que tiene el cónyuge supérstite. Presenta un especial problema la conjunción de las calidades "poderoso-interesado" en un mismo repartidor: recordamos las expropiaciones que algunos supremos repartidores llevaron a cabo para satisfacer deseos personales.

Los beneficiarios son, en primer lugar, hombres. También lo son los animales, las plantas, y los demás objetos en cuanto una adjudicación de potencia o impotencia a los mismos redunde en pro o en contra de la personalización del individuo. Al otorgar el derecho de propiedad potencia a su titular, resta la misma a toda la comunidad. En tal sentido, es necesario atender que la gama de beneficiarios en los derechos reales es mucho mayor que la que a primera vista se muestra en la relación hombre-cosa.

El objeto es *repartible* cuando está al alcance del hombre y es *repartidero* cuando es justa su repartición. Las cosas (en su más amplia acepción) no presentan problemas en relación al primer enfoque, puesto que los reclamos de justicia se presentan generalmente en orden a una distribución de cosas posibles de repartir. En cuanto al carácter repartidero del objeto, pensamos que es justa una redistribución de la propiedad, atendiendo a la desigualdad actual en que la misma se encuentra.

La forma justa del reparto autónomo es la negociación. Por medio de ella se concluyen los negocios entre particulares, pero como señalabamos al comienzo de este trabajo, la misma se encuentra actualmente desplazada por los contratos "tipo" y "de adhesión". La

(26) CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA, *Iglesia y Comunidad Nacional*, XLII Asamblea Plenaria, 4/9 de mayo de 1981, (Bs. As., Claretiana, 1981), Nº 39, p. 18.

forma justa del reparto autoritario es el proceso, de especial importancia en la usucapión y la extinción del dominio por expropiación. Formas injustas observamos en la adquisición de la posesión por violencia (u otros vicios), en la usucapión de mala fe y otras figuras similares.

II.3.2.2 La justicia del régimen

El Principio Supremo de Justicia, en su forma colectiva, consiste en organizar la agrupación de modo tal que cada uno tenga la esfera de libertad necesaria para personalizarse. Intervienen como elementos esenciales del principio el *humanismo* —que tiene como meta el desarrollo de la personalidad— y la *tolerancia* —que crea el clima necesario para que cada individuo llegue a la verdad por su propia convicción—.

El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista*, pero cuando la intervención no se realiza con fines humanitarios, no hay humanismo sino totalitarismo. En los derechos reales, el sistema jurídico se inclina hacia un decidido intervencionismo, para equilibrar la balanza con el abstencionismo reinante en materia contractual. El humanismo debe reconocer la *igualdad* de todos los hombres, que en nuestro derecho solo se traduce en la dimensión normológica, no así en la sociológica. Con palabras de Mounier podemos decir que "...no hemos extraído aún, de la igualdad de las almas, la igualdad de las posibilidades sociales..." (27). Reconociendo la igualdad de los hombres, es menester, sin embargo, reconocer a cada ser humano como único. La *unicidad* es, entonces, el segundo ingrediente del humanismo. El código de Vélez descuidó este aspecto; no tuvo en cuenta al argentino "de carne y hueso", al gaucho (28). La reforma del 1968 parece inclinarse hacia un cierto reconocimiento de la unicidad.

La tolerancia de nuestros derechos reales se vió afectada por otras sub partes del sistema jurídico, v. gr., leyes de represión del comunismo en el área penal, y aún con prescindencia de normas, se vió obstaculizada la crítica al derecho de propiedad privada. Desde otro ángulo, el hecho de existir solamente un número muy limitado de figuras de derechos sobre las cosas, hace a nuestra rama muy poco tolerante.

Para garantizar la vigencia del Principio Supremo de Justicia, el régimen debe contar con medios que aseguren la *protección del individuo contra los demás* (el régimen, los demás individuos y una superioridad de individuos sobre una minoría), *contra lo demás*, y *contra sí mismo*. Los derechos reales protegen con especial énfasis al individuo contra los demás, sea contra el régimen (inviolabilidad de la propiedad privada, prohibición de confiscar, art. 17. C.N. y 2.511 C.C.) o contra los demás individuos (al prohibir que se restrinjan las facultades del dueño sobre la cosa —2.514 C.C.—; al autorizar al propietario la exclusión de terceros —art. 2.516 C.C. aún utilizando la fuerza —2.470—; las leyes 14.005 y 17.924 nacieron para evitar los abusos de "los demás" sobre quienes adquirían lotes o departamentos en propiedad horizonte-

(27) MOUNIER, Emmanuel, *El Personalismo*, 12a. ed. trad. de la 5a. ed. francesa por Aida Aisenson y Beatriz Dorriots (Bs. As., Eudeba; 1980), p. 9.

(28) P.v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Comprensión jusfilosófica del Martín Fierro* (Rosario, F.I.J., 1984).

tal, respectivamente; el derecho registral protege al titular contra las pretensiones de terceros, v. gr., embargantes, obligando la inscripción; etc.) . La protección de una minoría contra una mayoría —que no necesariamente tiene que ser numérica— fue tarea de la ley 17.711, al establecer la función social de la propiedad. Lo mismo acontece con el art. 2.618 C.C., al imponer a los jueces la necesidad de contemporizar las exigencias de la producción y el respecto debido al uso regular de la propiedad para determinar el cese de las molestias producidas por humo, olor, etc. (29). Se protege a la minoría numérica en el condominio, al disponerse que las decisiones en materia de administración sean tomadas por unanimidad (2.703 C.C.); lo mismo sucede con la propiedad horizontal (art. 7 y 24, ley 13.512).

Los derechos reales garantizan al individuo una protección contra lo demás, v. gr., la miseria, las enfermedades, al asegurarle los medios necesarios para subsistir.

La protección del individuo contra sí mismo proviene de otra rama del derecho, la “parte general”, con el nuevo artículo 152 bis del C.C., al establecer la inhabilitación de ciertas personas que puedan efectuar actos perjudiciales para su patrimonio (30).

III. HORIZONTE DE HISTORIA DEL DERECHO

Las ramas jurídicas pueden ser de *permanencia* (cuando están vinculadas a valores que hacen a la condición humana, v. gr., el Derecho Penal), de *cambio* (cuando su contenido es circunstancial, y al variar las condiciones que lo determinaron, sufre una transformación, v. gr., el derecho laboral) y de *atemporalidad* (cuando su contenido es tan superficial que resulta fácilmente trasladable a cualquier etapa histórica, v. gr., el derecho de las obligaciones). Los derechos reales estructurados sobre la base del reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción son la resultante necesaria del capitalismo, y en consecuencia, variando el sistema económico su contenido será transformado. Tales razones nos indican que se trata de una rama jurídica de cambio.

En cada período histórico una rama del derecho tiene rol protagónico. Así sucedió con el derecho público en la antigüedad, el derecho eclesiástico en la Edad Media, el derecho privado en la Edad Moderna, el Derecho Constitucional en el nacimiento de la Edad Contemporánea. La ubicación de los Derechos Reales en su acepción liberal, se centra en los comienzos de la Edad Contemporánea, al surgir el respeto a la propiedad postulado por las revoluciones norteamericana y francesa.

La caracterización axiológica de la Historia nos permite inferir ciclos de *cultura* —caracterizados por el apego a los valores absolutos y en menor medida a los relativos—, *civilización* —preferencia por los valores relativos y los fabricados— y *decadencia* —despliegue de va-

(29) V. COLOMINO, op. cit., pág. 45.

(30) V. ANDORNO, Luis O., *La inhabilitación judicial (El artículo 152 bis del Código Civil)*, en Revista de la Facultad de Derecho (Rosario, U.N.R., junio 1981), año I, Nº 1, p. 15.

lores fabricados falsos—. Al orientarse nuestros derechos reales por la seguridad, el orden, el poder y algunos otros valores relativos, no siempre en armonía con la justicia, creemos que pertenecen a un período de civilización (31).

IV. HORIZONTE DE DERECHO COMPARADO

El horizonte espacial del Derecho permite distinguir ramas jurídicas cuyo contenido hace a valores vinculados a “*lo humano*” y por tal razón no pueden dejar de observarse en ningún lugar del planeta, ramas de carácter *territorial*, afincadas en un espacio determinado, y ramas de contenido *no territorializado*, pues carecen de profundidad suficiente para “arrraigarse”. Los Derechos Reales son de contenido eminentemente territorial y su regulación es susceptible de variar según los diferentes régímenes políticos y sistemas económicos sin afectar valores inherentes a la condición humana.

Siguiendo la clasificación propuesta por René David, podemos advertir que en el mundo jurídico existen “familias”: Derecho Occidental (que comprende al Derecho Anglosajón y al Derecho Continental), Derecho Soviético, del Extremo Oriente, Musulmán, Hindú y del África Negra. Por su marcado individualismo, la no igualdad y su codificación, nuestros Derechos Reales se agrupan en la familia del Derecho Occidental y, en ella, en la sub-familia Continental.

V. HORIZONTE DE POLITICA GENERAL

Las líneas que siguen se orientan en la concepción tridimensional de la Política de Ciuro Caldani, a la que define como “...el conjunto de actos de coexistencia humana (dimensión sociológica), descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados –los actos y las normas– por los valores de la convivencia (dimensión axiológica)” (32).

La dimensión sociológica de la Política está compuesta por actos de *oposición*, en los que las potencias adjudicadas son excluyentes (repartimiento) y de *agregación*, donde las potencias son recíprocamente acrecentadas (compartimiento). La oposición valiosa culmina en la *supervivencia*, en la cual el valor superior es la justicia. La agregación valiosa tiene como

(31) V. LATTUCA, Ada y CHAUMET, Mario, *Necesidades de nuevas categorías básicas para la historia del Derecho*, en Boletín del Centro..., N° 2, p. 51 y ss., esp. 65. Los períodos de cultura y civilización se asimilan a las sociedades de *solidaridad mecánica* y *solidaridad orgánica* de Durkheim, v. al respecto: ARON, Raymond, *Las etapas del pensamiento sociológico*, t. II, trad. de Aníbal Leal (Bs. As., Siglo XX, 1981), p. 23 y s. LEVY-BRUHL nos dice que el derecho penal caracteriza al primer tipo de estas sociedades, ya que, homogeneizados los valores, la conciencia colectiva tiene un alto grado de carga emocional, v. LEVY-BRUHL, Henri, *Sociología del Derecho*, 3a. ed., trad. Myriam de Winizky (Bs. As., Eudeba, 1971), p. 12.

(32) CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho y Política*, en Estudios..., cit., t. III, p. 194.

corolario la *intervivencia*, siendo su valor absoluto el amor. "La *convivencia* surgida de la supervivencia y de la intervivencia es una de las manifestaciones más significativas de la realización de la humanidad, el más alto de los valores a nuestro alcance" (33). El Derecho de Cosas se inclina en una firme preponderancia de fenómenos de oposición, salvo raras excepciones, en las que existe cierta agregación (por ejemplo, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos).

La actitud en cuanto a la promoción o fraccionamiento de los valores determina la existencia de una *Política de Desarrollo* o una *Política de Seguridad*, respectivamente. Los Derechos Reales afincan decididamente en esta última, por la rigurosa tipicidad, su marcado carácter público y el desmesurado fraccionamiento que opera, paralelamente, el Derecho Registral. De todos modos, todo "plan" concebido de antemano fracciona las posibilidades de realización de nuevos valores (34).

Las diferentes ramas políticas, v. gr., la política sanitaria, científica, económica, etc., tienden a la satisfacción de sus respectivos valores: la salud, la verdad, la utilidad. Sus contenidos son a su vez insuflados a las ramas jurídicas, dominando nuestros Derechos Reales —y todo el derecho patrimonial— la Política Económica. No era así el Derecho Hispano Indiano, que si bien no descuidaba la utilidad, estaba netamente influido por la Política Religiosa, v. gr., las capellanías, orientadas al valor santidad.

VI. HORIZONTE DE FILOSOFIA JURIDICA "MAYOR"

Reiterando lo expuesto al comienzo de este trabajo, la filosofía jurídica "mayor" del Derecho es la consideración del problema jurídico desde la filosofía, como integrante del mundo filosófico en su totalidad. Abarcaremos en lo siguiente algunos problemas de la misma: la ubicación de los Derechos Reales en las Etapas del Mundo de Saint Simon, una perspectiva marxista de los mismos, el espiritualismo y el materialismo, y el idealismo y realismo genéticos.

Saint Simon enunció en 1.807 (*Sobre el progreso del espíritu humano*) la ley según la cual la humanidad ha transcurrido por tres etapas: la teológica, la metafísica y la positiva. En la primera detentan el gobierno los sacerdotes y los militares. En la segunda mandan los legistas y los literatos —charlatanes, según el Conde—. En la última, gobiernan los productores, industriales y científicos, y las apetencias axiológicas se desplazan a la utilidad. Creemos por las razones desarrolladas a lo largo de estas notas, que los Derechos Reales pertenecen a la etapa positiva.

(33) Ibídem, pág. 207.

(34) La concepción de la política-pasión de Croce excluye todo plan preconcebido. Lógicamente, son excluidos también los partidos, pues no puede haber "pasión" organizada y permanente. V. GRAMSCI, Antonio, *El Príncipe Moderno*, en *La política y el estado moderno*, 4a. ed., trad. de editorial Lautaro (Méjico, Premia Editora, 1981), p. 13 y ss.

El marxismo es hoy, nos dice Lefebvre, una concepción del mundo (35). Como toda concepción del mundo, tiene una perspectiva de la historia, la economía, la política, la sociología y demás ciencias. Existe, por supuesto, una concepción marxista del Derecho (36).

"La estética social de Marx comprende las fuerzas productivas. Ellas engloban el conjunto de la realidad social en todas sus manifestaciones. He aquí, en primer lugar, las fuerzas productivas materiales (el agro, la riqueza minera, fuerza hidráulica, etc.)" (37). Encontramos luego, en un segundo nivel, las relaciones de producción, constituidas por "...el estado de los medios técnicos de que se puede según los casos disponer y que son requeridos para satisfacer las necesidades primarias de la vida, así como el modo en que los productos son apropiados, distribuidos y librados al consumo, es decir que se trata, en cada caso, de la técnica de producción y el orden que esta establece para los productos mismos" (38). En el tercer estrato encontramos la conciencia real, en el que se encuentran la lengua, el conocimiento, el derecho, determinados por las relaciones de producción. En último lugar se encuentran las ideologías, o sea, falsas ideas que los individuos crean y detrás de las cuales se ocultan los intereses de clase (39). Estos niveles se encuentran en constante lucha (dialéctica), que determina la marcha de la humanidad (materialismo histórico). Los Derechos Reales encuentran su ubicación en el nivel correspondiente a las relaciones de producción.

El marxismo se opone a nuestro régimen de propiedad privada de los medios de producción, debiendo ser los mismos de propiedad colectiva.

La opción metafísica entre espiritualismo y materialismo se resuelve, en nuestra rama jurídica, decididamente hacia el segundo. No era tan marcada la preferencia por el materialismo en el derecho Hispano Indiano, en donde ciertas figuras (capellanías, mayorazgos) se inclinaban hacia el espiritualismo.

El realismo genético sostiene la trascendencia del mundo en relación al sujeto; el sujeto no crea al objeto, sino que lo descubre en el acto de conocimiento. El idealismo genético, a la pregunta sobre quien crea al No-Yo, responde: el Yo (Fichte). La respuesta del idealismo es necesariamente atea, mientras que la del realismo puede o no serlo. Si bien a primera vista el Derecho de Cosas parece orientarse hacia el realismo genético, creemos que el abandono de la tradición como modo de transmisión de los mismos (que tiene nada menos que el mérito de vincular al hombre con la tierra), la decadencia de la posesión, la importancia concedida a la

(35) LEFEVBRE, Henri, *El marxismo*, 9a. ed., trad. por Thomas Moro Simpson (Bs. As., Eudeba, 1973), p. 6 P.v., por ej. (si bien su marxismo es por algunos discutido, por presuntas implicancias estructuralistas), ALTHUSSER, Louis y BALIBAR, Etienne, *Para leer El Capital*, 19. ed. en español, trad. de Marta Harnecker, (México, Siglo XXI, 1983).

(36) V. GARDELLA, Juan Carlos, *Materialismo Jurídico*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XIX, p. 117
(37) GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 127

(38) ASTRADA, Carlos, *El Marxismo y las escatologías*, 2a. ed. (Bs. As., Juarez, 1969), p. 202

(39) "Law, morality, religion are to (the proletarian) so many bourgeois prejudices, behind which lurk in ambush just as many bourgeois interests", MARX, Karl and ENGELS, Friedrich, *The German Ideology*, citado por LITTLE, Daniel, *Rationality, Ideology, and Morality in Marx's Social Theory*, en Soc. Prax., vol. 8-3/4 (Amsterdam, Mouton Publishers, 1981), p. 73.

inscripción registral —no ya como medio de publicidad, sino “constituyendo” al derecho real—, denotan una inclinación creciente al idealismo genético.

VII. HORIZONTE RELIGIOSO

Religión es *religar*, es hacer de los hombres una comunidad, que satisfaga los valores de la *humanidad* y la proyecte hacia la *Divinidad*. El mensaje cristiano, contenido en el Sermón de la Montaña (Mateo 5, 1-12) es un pleno y rebosante canto de amor. El amor penetra en las ramas jurídicas... “y nos obliga a considerar la advertencia de San Basilio Magno cuando dice: “El pan que te sobra pertenece al hambriento” (40). En tal sentido, creemos que el Código de Vélez, especialmente en la rama que nos ocupa, distaba mucho de la advertencia de San Basilio. La reforma de 1.968, a través de ciertas instituciones (v. gr., abuso del derecho) se aproxima con cierta timidez a ella. Queda todavía mucho por hacer, y gran parte de esa tarea incumbe a aquellos que estamos en el mundo del Derecho. Al respecto ha dicho Juan Pablo II: “¿En una misma familia pueden unos comer hasta saciarse mientras que los hermanos y hermanas suyos son excluidos de la mesa? En este tiempo de Cuaresma, la conversión del corazón nos llama a unir el ayuno con la oración, para vivificar con la caridad de Dios las iniciativas que las exigencias de la justicia hacia el prójimo nos inspiran” (41).

(40) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, *El derecho y el amor*, en Estudios..., cit., t. I, p. 48.
(41) JUAN PABLO II, *Mensaje para la Cuaresma 1985*.

**NOTAS PARA LA COMPRENSION JUSFILOSOFICA DE
"GALILEO GALILEI" DE BERTOLT BRECHT
"GALILEO GALILEI" EN EL MUNDO JURIDICO**

(del Informe rendido en reunión del Centro de Investigaciones)

Alfredo Mario Soto

A) PARTE GENERAL

a) DIMENSION SOCIOLOGICA

De acuerdo con una declinación trialista de la obra, y desde esta dimensión, nota un claro predominio de *distribuciones por influencia humana difusa* que provoca una quietud de pensamiento generalizada, una ciega adjudicación de validez a todo lo que está dicho. También tienen lugar las *distribuciones de la naturaleza*, sobre todo en el clima originado por la peste: "Supersticiones y peste" (1); "...a causa de los estragos de la peste" (2).

Pero aparecen aquí *repartos autoritarios ordenancistas*, como por ejemplo los que se dan con ocasión de la peste que invade la ciudad: Virginia —hija de Galilei— entera a su padre: "...y nos obligan a regresar a casa" (3); y también repartos autoritarios aplicados directamente sobre los recipientes.

Podría hablarse de que existe un *plan de gobierno en marcha* determinado por Dios: el cardenal Belarmino expresa "Por eso decimos que ese ser superior persigue ciertas intenciones y que todo se desarrolla según un plan premeditado" (4). El otro modo constitutivo del orden de repartos: la *ejemplaridad*, se advierten en los comportamientos que se reputan

(1) BRECHT, Bertolt. "Teatro Completo 1: Schveyk en la Segunda Guerra Mundial. Galileo Galilei". Trad. de Galileo Galilei: Oswald Bayer. Ed. Nueva Visión. Buenos Aires. 1984, pág. 98

(2) Id. págs. 135 y ss.

(3) Id. págs. 135 y ss.

(4) Id. págs. 150

valiosos desde el punto de vista social, en cuanto al terror que provoca la peste en todos los habitantes de la ciudad, que hace que la gran mayoría huya en busca de salvación.

El *orden* que propicia el “mundo viejo” de cierto sector del Clero y el común de la gente, es el orden por el orden mismo: el pequeño monje dice a Galilei “...pero aún en su desdicha se oculta un cierto orden” (5); en cambio Galilei pugna por un orden con justicia, que nos conduce a la *pacificación*.

Hay, en verdad, un temor al cambio, temor a esa especie de *revolución “galileana”*. La *anarquía* (con respecto al valor verdad) es *institucional*: no se sabe quién tiene razón; y es también *teleológica* porque se desconoce el rumbo a seguir: Galileo expresa “Me alegra pensar que la duda comenzó con los navíos” (6).

b) DIMENSION NORMOLOGICA

De cierto modo las fuentes de la norma se reconocen en la *ley científica*, que es una fuente real formal. Entre los productos de la norma mencionamos los *conceptos* que se relacionan con las Matemáticas y la Física: ciencia, astros, sistema, rotación, movimientos, etc. que se *materializan personalmente* en la figura del científico, y *realmente* en los grandes inventos como el telescopio.

Una de las partes del *ordenamiento normativo* se evidencia en el texto y es el Derecho Público.

c) DIMENSION DIKELOGICA

Galileo lucha por la justicia. Quiere hacer justicia con la ciencia. Entre el “mundo viejo” ya mencionado y el “nuevo” de Galileo, se presenta un juego de relaciones entre distintos valores como verdad, justicia, santidad, utilidad, armonía, etc. Así por ejemplo algunas de ellas son de secuestro por *arrogación* del material estimativo: “El valor de una cosa se mide por la cantidad de escudos que puede proporcionar” (7). La santidad subordina al valor verdad: “¿qué es mejor, presenciar un eclipse de luna tres días más tarde que lo indicado por el calendario o no alcanzar nunca la bienaventuranza eterna?” (8).

Se invoca el bien común (*justicia general*) y también el de sólo un sector de la población (*justicia sectorial*), “el de las señorías más distinguidas...” (9). Nota dentro de la clasificación de justicia, participación de la *justicia monologal* pues asiste una sola razón, al decir del Clero, aunque otra, quizás más cercana a la verdadera, de parte de Galilei.

(5) Id. pág. 157.

(6) Id. pág. 98.

(7) Id. pág. 107.

(8) Id. pág. 144.

(9) Ver pág. 108.

Aprecio en lo que respecta a la *axiología dikelógica* el temor a los desfraccionamientos que Galileo pretende para terminar con una situación injusta caracterizada por el conformismo.

El régimen es *humanista*, y luchan el *intervencionismo* propugnado por el "mundo viejo" y el abstencionismo a que tiende Galilei: "El mundo entero dice: sí, eso está en los libros, pero dejadnos ahora mirar a nosotros mismos" (10).

No se satisface la tolerancia pues es un régimen autoritario; sólo se permite alcanzar verdades por convicciones de fe.

Galileo trata de proteger al individuo contra el régimen y contra lo demás (contra la ignorancia).

B) PARTE ESPECIAL

Es claro el sentido *publicista* de la obra ya que es preocupación fundamental de Galilei el bienestar general y el interés de la comunidad.

"GALILEO GALILEI" EN EL HORIZONTE POLITICO

La obra está planteada en relación con la *política científica*, la *religiosa* (alrededor del valor *santidad*), la *política jurídica*, por supuesto la *política artística* (por ser una obra literaria) y en parte con la *erológica* por la necesidad del protagonista de lograr el amor entre las personas como plena realización del ser.

"GALILEO GALILEI" EN EL HORIZONTE FILOSOFICO GENERAL

Permítaseme comparar, como cierre, a dos grandes exponentes de la Edad Moderna: Cristóbal Colón y Galileo Galilei. Este último dice, en la misma postura de quien descubriera América: "creo en los hombres, es decir, en su razón; sin esa fe no tendría las fuerzas necesarias como para levantarme cada mañana de mi cama".

(10) Id. pág. 99.

NOS VISITARON LOS DOCTORES CARLOS S. NINO, JUAN ALFREDO CASAUBON Y JULIO CUETO RUA

Con motivo de haber concurrido a la Facultad en oportunidad de las conferencias que pronunciaron en el curso “Aportes jusfilosóficos a la interpretación” organizado por el Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales y el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Fe, con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, que se dictó en el salón “Dr. Rafael Bielsa” del Palacio de Tribunales, nos visitaron, respectivamente los días 10, 14 y 21 de octubre de 1985, los doctores Carlos S. Nino, Juan Alfredo Casaubón y Julio Cueto Rúa.

DISERTO EL DOCTOR EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Por invitación del Consejo Asesor de Investigaciones en el marco de un ciclo sobre problemas de la investigación jurídica, disertó en la Facultad el 11 de octubre de 1985, con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien se refirió a la “Crítica social al Derecho Penal y los llamados clásicos”.

VISITARON EL CENTRO LOS DOCTORES WERNER GOLDSCHMIDT Y ALICIA PERUGINI DE PAZ Y GEUSE

En razón de haber concurrido a la Facultad en oportunidad de su participación en las “Jornadas sobre la teoría del uso jurídico y la teoría trialista del Derecho” organizadas por el Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales con los auspicios de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y la Fundación para las Investigaciones Jurídicas y con la adhesión del Consejo Regional Santa Fe de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, visitaron el Centro de Investigaciones los doctores Werner Goldschmidt y Alicia Perugini de Paz y Geuse. Las Jornadas fueron organizadas en homenaje al doctor Goldschmidt con motivo del 50º aniversario de la teoría del uso jurídico y el 25º aniversario de la teoría trialista del Derecho y se llevaron a cabo el 18 y 19 de octubre de 1985 en la Casa del Foro.

ACLARACION

Con motivo de haberse interpolado indebidamente en la impresión del trabajo “Meditaciones filosófico históricas sobre las coasa” de Miguel Angel Ciuro Caldani, aparecido en el número 22 de la “Revista de Ciencias Sociales” de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, la expresión”, de Rafael,“ (en el punto 13, página 127, renglón 6 de la impresión), el doctor Ciuro Caldani ha protocolizado documentación probatoria de la interpolación indebida según lo documenta la escritura número trescientos dos pasada ante la escribana doctora María Cristina Paglia, adscripta al Registro número trescientos veintisiete.