

# ESTUDIOS

## LA "ENDOAXIOLOGIA" JURIDICA Y EL DIALOGO JUSFILOSOFICO

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

### I. IDEAS FUNDAMENTALES

1. Como el deber ser de lo valioso es un despliegue inevitable de nuestra vida, el Derecho posee, cualquiera sea el alcance que se le atribuya, diversos sentidos relacionados con ese deber ser, que constituyen una perspectiva axiológica insoslayable, sea porque dicho deber ser es vía para la identificación de lo jurídico, porque resulta necesario para el mejor desarrollo de lo que se considere Derecho según la concepción adoptada o porque es asumido como fin. Aunque no se comparta nuestra concepción tridimensional del Derecho y aunque se rechace toda referencia a la justicia, cada concepción del Derecho posee una axiología que le es innegable.

La axiología de un fenómeno puede ser diferenciada según se relacione con la internalidad del mismo, es decir constituya una "endoaxiología", o abarque al fenómeno en relación con otros, formando la "exoaxiología" (o, tal vez, para destacar la vinculación con la internalidad, "periaxiología"). A nuestro parecer, el más alto de los valores de la "endoaxiología jurídica", que a su vez sirve de principal nexo con la "exoaxiología jurídica", es la justicia, cuya posibilidad identifica a lo jurídico; pero además de este valor hay en el Derecho otros valores "internos".

Los valores internos del Derecho pueden ser "inherentes" a él o "incorporados". Los valores "inherentes" culminan, en lo sociológico, en el orden y, en lo normológico, en la coherencia; pero su más elevado nivel lo posee la justicia. A su vez en sus diversas manifestaciones el Derecho "incorpora" valores a través de sus contenidos, v. gr. la salud, la utilidad, la verdad, la santidad, etc. Por otra parte, todos los valores tienen tres despliegues, respectivamente de valencia, valoración y orientación. Los valores internos del Derecho y sus diversos despliegues son puntos de vista altamente esclarecedores para comprender las restantes manifestaciones jurídicas.

2. Aún los más radicales positivistas deberían reconocer valores internos del Derecho en los marcos de sus propias concepciones (1), y al hilo de

(\*) Investigador del CONICET.

(1) En relación con el tema cabe recordar el reconocimiento de Kelsen en "What is the pure theory of law" acerca de la correspondencia de cada ordenamiento jurídico a un ordenamiento moral (V. KELSEN, Hans, "¿Qué es justicia?" -parte de "What is Justice?", trad. Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, por ej. págs. 126 y ss. "Los juicios de valor en la ciencia del Derecho"). V. además v. gr. FULLER, Lon L., "La moral del Derecho", trad. Francisco Navarro, México, Trillas, 1967; SQUELLA N., Agustín, "El conocimiento de

esos valores se desarrollan amplias posibilidades de diálogo axiológico respecto de las concepciones tridimensionales y la teoría trialista del mundo jurídico en especial que, a nuestro parecer, no son suficientemente aprovechadas. El diálogo exige siempre "denominadores comunes" que cada corriente jusfilosófica puede pretender y brindar desde sus propias perspectivas, pero en definitiva sólo es posible en la tensión entre "deber ser" y "ser", y en esta dinámica valorativa estriba la superioridad de la "invitación" tridimensional, sobre todo en su versión trialista.

Los valores son la vía suprema de comprensión y "desencantamiento" del universo. Cuando son verdaderos, nos hacen "dueños" del mundo y en cambio, cuando son falsos, nos esclavizan; pero pese a este riesgo no deben ser ignorados, como suele pretender el positivismo, sino "desvelados" y desarrollados al hilo de la verdad. Cuando el "ser" y el "deber ser" se muestran radicalizados y escindidos no hay diálogo, ni comprensión, y si esa radicalización y escisión tienden a ser reales se detiene la vida misma.

## II. EL MUNDO JURIDICO

### 1) PARTE GENERAL

#### a) Dimensión sociológica

3. En la dimensión sociológica del Derecho, la "endoaxiología" lleva

(Cont. (1)) los valores en el Derecho", en Iº Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito; TAY, Alice Erh-Sooon, "The Sense of Justice in the Common Law", en "Conceptions contemporaines du droit", 9e. Congrès Mondial IVR, part 3, págs. 413 y ss.; KIAMI, Hannu Tapani, "The Finalistic Theory of Law", en *íd.*, págs. 539 y ss.; VARGA, Csaba, "La moralité intérieure du droit", en Journées yugoslavo-hongroises de théorie juridique, Budapest, Académie des Ciencias de Hongrie, 1985 (también "Reflections on law and on its inner morality", en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", IV Serie, LXII, 1985, págs. 439 y ss.); AMBROSETTI, Giovanni, "Il diritto come valore: osservazioni sulla filosofia del diritto di Enrico Opocher", en "Rivista... "cit., IV Serie, LXI, 1984, págs. 569 y ss. (también puede v., obviamente, OPOCHER, Enrico, "Lezioni di Filosofia del diritto", Padova, Cedam, 1983); EIKEMA HOMMES, Hendrik van, "Positive Law and Material-Legal Principles", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 1984 LXX/Heft 2, págs. 153 y ss. Puede decirse en cierto sentido, con Edgar Bodenheimer, que "En toda sociedad los valores morales que la guían se reflejan de alguna manera en el Derecho". (BODENHEIMER, Edgar, "Teoría del Derecho", trad. Vicente Herrero, 6a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pág. 98). Elías Díaz ha expresado que en las tareas de "creación" del Derecho, de su aplicación y efectiva realización, "siempre están presentes elementos procedentes de la realidad social... e incluso... criterios de valor, criterios de legitimidad y de justicia" (DIAZ, Elías, "La sociedad entre el derecho y la justicia", Barcelona, Salvat, 1982, pág. 27).

a reconocer la conversión de los valores asumidos como fines (2). El Derecho es encuadrable en el marco general de las adjudicaciones de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al "ser" de quien lo recibe y, en los seres vivos, de lo que favorece o perjudica a la vida. Como el ser en el sentido amplio tiene su más alto despliegue en "su" deber ser, cabe señalar desde ya que en definitiva la potencia y la impotencia deben ser comprendidas en términos de valores.

Las adjudicaciones de potencia e impotencia son jurídicas en cuanto se vinculan con el hombre, y en suma se vinculan con las posibilidades de realizar la justicia, que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona. Como figura nuclear del marco de las adjudicaciones jurídicas, se destacan los repartos, que provienen de la conducta de seres humanos determinables y realizan el valor conducción. En la periferia del marco de las adjudicaciones jurídicas se hallan las distribuciones, que provienen de la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas y realizan el valor espontaneidad. La conducción supone factibilidad y culmina en la eficacia, y exige además una elección sólo comprensible en relación con valores (3). Todos los fenómenos jurídicos, en cuanto se apoyan en la idea de reparto, suponen una elección consciente entre fines en la conducción que llevan a cabo los repartidores.

Los repartidores son siempre seres humanos determinables que se conducen, pero su carácter de tales alcanza su más alto grado en relación directa con la conciencia que tienen de los valores que pueden realizar. Esta conciencia repartidora puede ser más plena, si se proyecta al complejo de valores a nuestro alcance, que culmina en el Derecho en la justicia y en general en la humanidad (el deber ser de nuestro ser), y más profunda, si en lugar de limitarse a criterios generales orientadores llega a las valoraciones completas y las valencias. Sin embargo, es frecuente que la conciencia repartidora sea incompleta, por ej. limitándose a lo económico o a lo jurídico, o superficial, ciñéndose al empleo de criterios generales orientadores. Si bien el concepto de repartidor es generado al servicio de la comprensión de la justicia, la conciencia repartidora puede tener todos los alcances posibles de la conducción. En cuanto en algún sentido no hay conciencia repartidora desenvuelta al hilo de lo posible, en ese aspecto un reparto puede tener también carácter de distribución.

Pueden ser recipientes todos los seres, animados o inanimados,

(2) Cabe recordar al respecto la célebre obra de Ihering (v. por ej. IHERING, Rudolf von, "A finalidade do direito", trad. José Antonio Faria Correa, Rio de Janeiro, Rio 1979). La proyección social de los valores hace a la finalidad objetiva de los acontecimientos y la asunción de los valores forma la finalidad subjetiva (puede v.CIURO CALDANI, Miguel Angel "Derecho y política", Bs.As., Depalma, 1976, págs. 60 y 80 y ss.).

(3) Carlos Cossío ha destacado con lucidez la importancia del preferir (v. por ej. COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto de libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, pág. 241; c. también CUETO RUA, Julio C., "Judicial Methods of Interpretation of the Law", Luisiana State University, 1981, págs. 212/213).

pero también entre ellos existen diversos niveles de recepción que en cierto sentido culminan en la conciencia axiológica plena y profunda de lo recibido; de aquí una perspectiva de superior jerarquía recipiendaria del ser humano. Hay, a semejanza de los repartidores, recipiendarios conscientes proyectados sólo a lo económico, lo jurídico, etc. y otros con conciencia más plena; también hay recipiendarios que sólo comprenden las potencias e impotencias a nivel de criterios generales orientadores y otros que llegan a las profundidades de la valoración y la misma valencia.

Aunque suele afirmarse que el "valor" surge del interés, creemos que también puede sostenerse -de manera más profunda- que hay un valor "previo" que orienta al interés. En definitiva los hombres nos interesamos en lo que consideramos valioso. La composición axiológica de la noción de recipiendario permite comprender que los hombres aún no concebidos y los hombres muertos son recipiendarios por el sentido cultural de su ser.

Según ya expusimos, las potencias e impotencias también pueden ser comprendidas a la luz de los valores. Hay así, para los seres humanos, potencias e impotencias de utilidad, salud, justicia, etc., aunque en última instancia se constituyen en relación con la humanidad. Pese a la objetividad del sentido de la potencia e impotencia, cabe considerar, incluso como uno de sus integrantes, el sentido con que lo recibido es vivido por el recipiendario. En su significado objetivo la potencia y la impotencia sólo pueden tener diversos alcances en cuanto a plenitud, pero no respecto a la profundidad; en cambio en su significado subjetivo pueden ser vividas con diversos alcances de plenitud y profundidad. En general la "conciencia recipiendaria" incrementa la potencia e impotencia.

Las formas de los repartos, o sea los caminos elegidos para llegar al comienzo de su realización, pueden producirse con diversos alcances de plenitud y profundidad: v.gr., es posible que un proceso o una negociación se refieran sólo a los aspectos jurídicos, económicos, etc. de un reparto, marginando a los otros, o que tengan más plenitud; es posible que manejen sólo los criterios generales orientadores o se refieran más a las valoraciones completas y las valencias.

También las razones de los repartos, que en sentido amplio abarcan los móviles, las razones alegadas y las razones "sociales", pueden tener alcances de mayor o menor plenitud o profundidad. Aunque el éxito de los móviles depende en gran medida de la plenitud y la profundidad de su conciencia, el triunfo de las razones alegadas surge de la eficacia con que se encaminan su plenitud y profundidad a la mejor presentación del reparto.

Al hilo de la objetividad de los valores (que no significa universalidad ni eternidad de sus exigencias respecto de los casos), cabe diferenciar la finalidad objetiva de los acontecimientos, constituida en relación con ella, y la finalidad subjetiva de los repartos, pudiendo distinguirse, en el sentido objetivo, sólo diversos alcances de plenitud y, en el sentido subjetivo, diferentes alcances de plenitud y de profundidad.

Los repartos pueden ser autoritarios, surgidos de la imposición y al hilo de la discrepancia teleológica, realizadores del valor poder, o autónomos, desenvueltos al hilo del acuerdo, que evidencia en suma también un a-

cuerdo de fines, y satisfacen el valor cooperación. La imposición y el acuerdo pueden tener diversos alcances en cuanto a plenitud y profundidad. Puede haber, por ejemplo, imposición o acuerdo sólo en cuanto a la utilidad, la salud, la justicia, etc. o con plenitud que alcance a lo humano; puede haber imposición o acuerdo en relación con los criterios generales orientadores, las valencias o las valoraciones. El máximo grado de la imposición se presenta cuando no se comparte siquiera la valencia del valor; el más alto grado del acuerdo alcanza a la valoración completa. A veces un reparto correspondiente a una clase en un determinado sentido (por ejemplo, un acuerdo respecto de la utilidad) se constituye como otra clase en otro sentido (v. gr., una imposición en cuanto a la salud). Es éste, por ejemplo, el significado discordante que tenía el acuerdo laboral en los marcos de explotación del proletariado. Para evitar los acuerdos claudicantes, urge comprender que en definitiva la imposición y el acuerdo deben estimarse en sus sentidos de humanidad.

4. Los repartos pueden ordenarse al hilo de la planificación gubernamental en marcha, realizadora del valor previsibilidad, o de la ejemplaridad, satisfactoria del valor solidaridad, lográndose a través de ambos modos constitutivos la realización del valor orden. La planificación gubernamental en marcha, la ejemplaridad y el régimen en su conjunto pueden ser comprendidos en razón de sus diversos alcances respecto a valores y despliegues, o sea según su plenitud y profundidad. Así, por ejemplo, hay planificaciones y ejemplaridades más utilitarias que logran orden en esos sentidos pero, en cambio, corresponden a ciertos desórdenes en cuanto a la salud o a la santidad. Hay sociedades más rígidas e inelásticas, con órdenes al hilo de criterios generales orientadores, y otras más flexibles y elásticas, que se ordenan con las valencias y las valoraciones.

La relación entre "endoaxiología" y "exoaxiología" lleva a considerar la "apertura" (4) y el "cerramiento" en cuanto a los valores. En general la cooperación y la solidaridad son vías más "abiertas" a los valores externos que el poder y la previsibilidad. Los repartos, como despliegue jurídico positivizado pero no formalizado, son más "cerrados" que la dimensión dikelógica pero más "abiertos" que la dimensión normológica.

5. Los valores de la "endoaxiología" jurídico sociológica constituyen vías para el diálogo con el positivismo cuando éste se refiere asimismo a la realidad social, aunque cabe reconocer que su apego al "ser" suele constituir un obstáculo especialmente significativo para la relación con el "deber ser" de los valores.

#### b) Dimensión normológica

6. Las captaciones normativas describen e integran las realidades so-

(4) Puede v. en relación con el tema POPPER, Karl R., "La sociedad abierta y sus enemigos", trad. Eduardo Loedel, Bs. As., Orbis, 1985.

ciales, pudiendo realizar, en cuanto a las funciones descriptivas, los valores fidelidad y exactitud y, en relación con las funciones integradoras, el valor adecuación. Al hilo de la fidelidad cabe reconocer la autenticidad de los repartidores que elaboran las fuentes normativas y, en relación con ella, la lealtad de los intérpretes, determinadores y aplicadores. En correspondencia con la fidelidad y la exactitud se integra en el Derecho de manera especial el valor verdad, y uno de sus alcances exige cognoscibilidad y condena la clandestinidad.

Las funciones integradoras de las captaciones normativas incorpo ran "sustancia" a la realidad social, y en el marco de ellas se desarrolla la función paradigmática en que se presentan "modelos" que los repartidores proponen más o menos conjuntamente con disposiciones al respecto. Estas funciones integradoras, sobre todo en cuanto son paradigmáticas, significan la proyección de las normatividades al mundo de los valores.

Todos los valores señalados que pueden realizar las captaciones normativas se satisfacen mejor cuando se refieren a los valores incorporados por ellas y a los despliegues respectivos. Así, v. gr., es posible reconocer fidelidad, exactitud, adecuación, autenticidad, lealtad, verdad y cognoscibilidad acerca de los criterios generales orientadores, las valoraciones y las valencias de la salud, la utilidad, la justicia, etc. contenidas en las captaciones normativas. La fidelidad, la exactitud, etc. pueden ser, en consecuencia, más plenas en cuanto a valores y más profundas respecto a despliegues.

La "endoaxiología" permite reconocer el "equilibrio" en relación con valores que se establece entre el antecedente y la consecuencia jurídica de las captaciones normativas(5). Las normas generales, referidas a sectores sociales supuestos, realizan el valor predicibilidad, y las normas individuales, que contemplan sectores sociales descritos, satisfacen el valor inmediatez. La profundidad de los valores suele estar en relación inversa con la necesidad de formalizaciones y de desarrollos doctrinarios (una "eticidad" honda requiere menos formalización y doctrina). A su vez, la plenitud axiológica como pluralidad dificulta la codificación y el "cerramiento" la favorece. La "endoaxiología" se hace especialmente notoria en las fundamentaciones de las fuentes formales, sean, por ejemplo, los preámbulos constitucionales, los considerandos de los decretos, los vistos y los considerandos de las sentencias, etc. (6).

Sólo es posible interpretar cabalmente una normatividad reconociendo cuáles son los valores y los despliegues incorporados en ella. Para determi-

(5) Es posible v., acerca de la significación axiológica de las normas CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 53 y ss.

(6) Puede c. VARGA, Cs., "The Preamble: A Question of Jurisprudence", en "Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae", t. 13 (1-2), págs. 101 y ss.

naria debe partirse de su interpretación y establecer si han de continuarse los significados axiológicos respectivos, avanzando en definitiva hacia una valoración más completa, o si han de variarse esos significados incorporando otros. La elaboración de una norma alcanza su más alto nivel de conciencia cuando se comprenden en plenitud y profundidad los valores que se satisfacen o se rechazan. Únicamente puede aplicarse una normatividad debidamente cuando se reconocen y "analogizan" los valores de la normatividad y de los casos, en cuanto a plenitud y profundidad (7). Uno de los despliegues más evidentes de la "endoaxiología" es la "autointegración" del ordenamiento normativo; pero en cambio la dimensión normológica es en general la que en principio resulta más "cerrada" a los valores externos, por su carácter positivizado y frecuentemente formalizado. La manifestación más abierta del pasaje de la "exoaxiología" a la "endoaxiología" es la elaboración por "heterointegración", aunque también está presente en la determinación.

7. Con relación al conjunto del ordenamiento normativo cabe reconocer los valores de la legalidad y de la subordinación, la ilación, la infalibilidad y la concordancia de las normas, que conducen a la coherencia. En todos estos sentidos se desenvuelven los valores incorporados y sus despliegues, o sea que -por ejemplo- hay legalidad, subordinación, ilación, infalibilidad, concordancia y coherencia respecto de la salud, la utilidad, la justicia, etc. y de sus diferentes despliegues; aunque, como es obvio, se advierten más y frecuentemente son más significativas respecto de las perspectivas de contenidos. Al hilo de los diferentes valores "internos" el ordenamiento normativo muestra que el "tejido" de la pirámide es un entrelazamiento de sentidos en que, por ejemplo, el Derecho de Obligaciones, los Derechos Reales, el Derecho Comercial, el Derecho Laboral, el Derecho Agrario, etc. forman un "subordenamiento" "idioencrático" según el valor utilidad; con relación al resto del ordenamiento menos receptor de la utilidad -v.gr. el Derecho de Familia- hay una relación de "aloencracia".

8. Todas las teorías relacionadas con el funcionamiento de las normas tienen alguna manera de concebir el ingreso de los valores; sea que con sentido exegético se lo reserve a la vía legislativa, que la "teoría pura" lo asimile a lo metajurídico, que se lo reconozca con claridad, como lo hace el trialismo, etc. Una de las vías de diálogo entre las teorías jurídicas puede referirse a la mejor manera de comprender ese ingreso.

Al hilo de los valores de la "endoaxiología" jurídico normológica se presentan otras sendas de posible diálogo con el positivismo, cuando éste se refiere asimismo a las normatividades. El relativo "vacío" axiológico del positivismo normológico y la común referencia al "deber ser", aunque con

(7) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La realización de la justicia en el mundo del valor (El "funcionamiento" del valor justicia)", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 2, págs. 9 y ss.

sentidos diferentes, hace que sea más fácil el diálogo con él que con las orientaciones positivistas sociológicas, consciente o inconscientemente "colmadas" por su supuesto y exclusivo apego a la "verdad" fáctica; aunque el carácter "limitado" de la imputación es un obstáculo para la relación con el vasto mundo del valor (8).

### c) Dimensión dikelógica

9. Los valores relacionados con un ámbito, sobre todo en cuanto constituyen su "endoaxiología", son las fuentes últimas de su "seriedad", tema éste, que motiva significativa atención en la jusfilosofía contemporánea (9). También son las bases últimas a las que se remite la "crítica", que, sin embargo, convertida a veces en hipercrítica termina negándolos y en ciertos casos confluyendo -con las perspectivas positivistas- en su sustitución por el consenso constituido en "criptovalor" (10). Cuando el deber ser del valor

(8) Acerca de las áreas filosóficas "vacías", "colmadas" y "correspondidas" puede c. CIURO CALDANI, "Estudios..." cit., págs. 49 y ss.; en relación con el carácter limitado de la imputación, v. por ej. KELSEN, Hans, "Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho" (rec.) ("La doctrina del Derecho Natural y el positivismo jurídico"), trad. Eugenio Bulygin, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1969, págs. 124/125.

(9) V. DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, esp. págs. 276 y ss. y 234 y ss. No obstante, acerca de la divinización y clasificación de la cultura, c. por ej. ADORNO, Theodor, "Crítica cultural y sociedad" (rec.), trad. Manuel Sacristán, Madrid, Sarpe, 1984, esp. págs. 223 y ss. Radbruch planteó estos asuntos al hablar del supraindividualismo y sobre todo del transpersonalismo (v. RADBRUCH, Gustavo, "Filosofía del Derecho", Revista de Derecho Privado, 3a. ed., Madrid, 1952, págs. 70 y ss.). Con la agudeza y la frustración que suele caracterizar a los partidarios de la "teoría crítica", Marcuse llegó a decir que "el segundo período de barbarie puede ser el imperio continuado de la misma civilización", proponiendo -con constante espíritu negativo- permanecer leales al "Gran Rechazo" (v. MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969, pág. 286).

(10) Todo "criptovalor" es una vía peligrosa hacia la ideología como ocultamiento del mundo. Acerca del consenso v. RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980; además v. por ej. APEL, Karl Otto, "Estudios éticos", trad. Carlos de Santiago, Barcelona, Alfa, 1986, esp. págs. 194 y ss. Respecto de la llamada "teoría crítica" (toda teoría puede ser crítica y ninguna de manera exclusiva), es posible c. GEYER, Carl Friedrich, "Teoría crítica", trad. Carlos de Santiago, Barcelona, Alfa, 1985; también URDANIZ, Teófilo O.P., "Historia de la Filosofía - VIII", Madrid, La Editorial Católica, 1985, págs. 96 y ss.

No negamos que, como suelen destacarlo los partidarios de la "teoría crítica", los valores tienen un despliegue humano y algunos de ellos, como la justicia, desaparecerían si no hubiera hombres; tampoco dejamos de señalar que todos los otros valores a nuestro alcance se derivan del valor humanidad, ni negamos que la aparición de seres superiores en la evolución cósmica superaría a este valor (sin dejar de reconocer el peligro que

se dirige a constituirse prescindiendo del ser surge la "utopía" que, inevitablemente, tiende a proyectarse como "exoaxiología" del ámbito de cuyo ser prescinde (11).

Una de las manifestaciones más notorias de la "endoaxiología" en la dimensión dikelógica es la justicia relativa, que guarda especial afinidad con la tradicional justicia distributiva. A su vez, la plenitud axiológica exige el desarrollo de la justicia "dialogal" para atender a los diferentes valores (12). En la proyección de la justicia más allá de sus alcances estrictos cabe señalar la "parajusticia", en que se realiza a través de otros valores (v. gr. el amor); la "metajusticia", en que adquiere alcances cósmicos, no siempre relacionados con los seres humanos, y la "infrajusticia", en que el hombre la desarrolla optando, en el marco de su "habilitación", por diversos valores. La "infrajusticia" es, entre las tres, la continuidad de la justicia más significativa para la incorporación de otros valores. Aunque en la "endoaxiología" y en la "exoaxiología" es posible reconocer valores naturales -absolutos o relativos- y fabricados -auténticos o falsos-, todo valor incorporado por vía de "infrajusticia" va, por lo menos, acompañado de un despliegue "fabricado".

La "endoaxiología" jurídica conduce a reconocer, sobre todo desde la dimensión dikelógica, que los valores "internos" forman un complejo en que se influyen, apoyándose o rechazándose entre sí (13). Es posible señalar al respecto relaciones de coadyuvancia u oposición (14) entre valores inter-

(Cont. (10)) esta afirmación significa), pero si la "maldad" y la "suciedad" del mundo son inferiores a la "bondad" y la "limpieza" han de serlo porque los hombres descubrimos que lo son y no porque con discrecionalidad les atribuimos esa inferioridad, del mismo modo como podríamos haber creado valores en sentido totalmente contrario. Para quienes reconocemos la "vía ascendente" que desde el cosmos lleva al descubrimiento de la "divinidad", la existencia de los valores no depende en modo alguno de la existencia de ningún "poder supraterrenal" ni implica ninguna "eternidad", pero creemos, sí, que demuestra la perfección suprema que al fin reconocemos en la divinidad (v. acerca de los temores respectivos en los partidarios de la "teoría crítica" GEYER, op. cit., págs. 134 y 47 y ss.).

Lo valioso es en relación con las diversas situaciones y esto, en cierto sentido, permite conciliar la "objetividad" de los valores propiamente tales con la "base social" del espíritu, que destacan los partidarios de la "teoría crítica" (c. ADORNO, Theodor W. -HORKHEIMER, Max, "La sociedad", trad. Floreal Mazía e Irene Cusien, Bs. As., Proteo, 1969, v.gr. pág. 201). Trialismo y "crítica" deben dialogar lo social y el "criptovalor".

(11) Es posible c. CIURO CALDANI, "Estudios...", cit., págs. 119 y ss.

(12) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.II, 1984, págs. 40 y ss.

(13) Es posible c. CIURO CALDANI, "Estudios Jusfilosóficos", cit., págs. 71 y ss.

(14) Puede v. CIURO CALDANI, "Estudios de Filosofía...", cit., págs. 16 y ss.

nos; aunque también vinculaciones de estos tipos con valores externos al Derecho. Puede señalarse, por ejemplo, que si se tiene en cuenta que la democracia se hace más posible en sociedades con economías desarrolladas y este desarrollo se favorece de cierto modo con la democracia, resulta que la utilidad del desarrollo económico y la justicia de la democracia se apoyan entre sí. Hay, al respecto, una "correspondencia axiológica". La comparación de distintos fenómenos del Derecho desde el punto de vista de los valores puede dar resultados de "equivalencia" o "divalencia" que revelan claramente la identidad de los mismos.

Todo complejo axiológico resulta en definitiva de cierto juego de "atracción" entre valores, en el que la significación se asemeja a la "masa" de los cuerpos y la diferencia en los contenidos y la superficialidad de los enfoques se relacionan con la "distancia". En la profundidad de las valoraciones completas y de acuerdo con su importancia los valores se atraen con mayor intensidad. Esto se debe a que la realidad donde han de satisfacerse todos los valores es al fin única y a que en suma los otros valores a nuestro alcance son despliegues más o menos alejados del valor humanidad. El resultado de la atracción puede ser la integración entre los valores o el secuestro del material estimativo de unos valores por otros.

La plenitud y la profundidad en los valores pueden nutrirse recíprocamente, pues con frecuencia el "roce" entre valores exige ahondar en ellos y la profundización en uno invoca a los demás. Sin embargo, la yuxtaposición de valores superficializa y la sumersión en uno aísla de los demás.

10. La dimensión dikelógica, sobre todo en la perspectiva de los valores naturales, es el despliegue jurídico donde "endoaxiología" y "exoaxiología" del Derecho se vinculan con más amplitud, pues no median las interferencias positivizadas. En general la justicia es un valor especialmente "abierto", que otorga este mismo carácter al complejo que encabeza, pero urge estar en guardia contra el "cerramiento" del complejo, frecuentemente surgido del abuso de los criterios generales orientadores. La "clausura" del complejo axiológico es siempre una subversión contra la vida plena y profunda exigida por los despliegues del valor humanidad.

Otro episodio significativo de la relación entre la "endoaxiología" y la "exoaxiología" es el "vaciamiento", que en el Derecho sucede cuando se desconocen las exigencias del valor justicia y de los otros valores requeridos por ella. Dada la interrelación entre los valores de un complejo, la presencia y la ausencia de cada uno cambia el significado de los demás.

Con relación a los complejos axiológicos pueden emplearse las enseñanzas de la teoría general de los contactos de respuestas jurídicas, por ejemplo y sobre todo en cuanto a las "calificaciones", el llamado problema de la "cuestión previa", el "fraude", el "reenvío" y el "rechazo" (15). Como

(15) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas

en definitiva los hombres "somos" y nos comunicamos al hilo de valores, urge saber cuál o cuáles son los valores y los respectivos despliegues en que se basa -como "denominadores comunes"- un contacto (salud, utilidad, justicia, humanidad; en sus valencias, sus orientaciones o sus valoraciones), reconociendo que el "rechazo" ha de producirse con remisión a un valor superior o a un despliegue más profundo. En definitiva los contactos axiológicos han de valorarse a la luz de las valoraciones de humanidad.

La "axiología dikelógica", que trata sobre todo de las clases de justicia, de las relaciones de la justicia con otros valores y de la "pantomomía" (pan= todo; nomos= ley que gobierna) y el fraccionamiento de este valor, constituye una vía expedita para el diálogo con el positivismo, pues la "lógica" está siempre presente, sea cual fuere el grado de marginación que se imponga al contenido del valor. La "axiología dikelógica" abarca los más altos "denominadores comunes" que pueden utilizar el trialismo y las corrientes positivistas para el diálogo con que les es posible enriquecerse recíprocamente. Esto no oculta, sin embargo, que la pérdida de la importancia del contenido va acompañada de cierta disminución del interés por la forma.

11. El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, y como el hombre se personaliza en relación con los valores, en definitiva exige que el complejo axiológico jurídico tenga la mayor apertura posible, en los sentidos de la plenitud y de la profundidad. En cada punto de vista en que hemos considerado al fenómeno jurídico, la plenitud y la profundidad son títulos de preferencia sobre lo axiológicamente incompleto y superficial.

Sobre estas bases se advierte, por ejemplo, la superioridad de los repartidores con más plenitud y profundidad de conciencia, que en consecuencia son "aristocráticos" (16); de los recipiendarios que pueden recibir con mayor riqueza axiológica; de las potencias que satisfacen con más plenitud y profundidad y de las formas más desplegadas en estos sentidos. La persona, que en definitiva puede comprenderse como un complejo axiológico, tiene la jerarquía de la plenitud y la profundidad de sus valores, aunque para evitar deslumbramientos urge recordar que el nivel supremo corresponde a las valoraciones y la valencia de la humanidad (17).

(Cont. (15)) tas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR., 1976.

(16) El desconocimiento de la significación de los valores conduce a negar la "aristocracia" y la cabal "autoridad", equiparando todo poder, el necesario para que haya justicia y el injusto (puede ejemplificarse en: ADORNO, T.W., "Tipos y síndromes", capítulo de ADORNO, T.W. y otros, "La personalidad autoritaria", trad. Dora y Aída Cymbler, Bs. As., Proyección, 1965, págs. 708 y ss.).

(17) Puede c. CIURO CALDANI, "Estudios Jusfilosóficos", cit., págs. 71 y ss., esp. 100 y ss. V. SCHELER, Max, "Ética", trad. Hilario Rodríguez Sanz, Madrid, Revista de Occidente, 1942, t.II, págs. 159 y ss. Al hilo de la relación de los valores con las situaciones

Nunca antes como ahora la noción de persona ha tenido un desafío humano tan grande como los que imponen los avances de la sociología, la psicología y la biología de nuestro tiempo, pero estos retos han de vencerse encontrando con más claridad el sentido valioso del ser humano, que es evidente y demostrado incluso por cualquier intento de negarlo.

Es al hilo de los valores, en su plenitud y profundidad, que puede identificarse la composición última de los conjuntos humanos: familias, asociaciones, naciones, "culturas", etc. (18), y en esto estriba el acierto parcial de la comprensión institucional de Hauriou (19). En cambio, la falta de reconocimiento del valor corresponde a la disolución suprema de la personalidad en lo individual y lo social (20).

Como los seres humanos nos presentamos con frecuencia "vestidos" de una cantidad de valores fabricados y de valores naturales relativos, que son además muchas veces indispensables como "referencias" de la justicia, urge evitar que ese ropaje desvие del sentido profundo del complejo que en el Derecho culmina siempre en la justicia. Hay que superar toda falsificación personal, familiar, asociativa, nacional, etc.

La riqueza "endoaxiológica" exigida por la justicia significa que el Derecho brinde especial atención a los valores más "plenificadores" de la personalidad, como la belleza, y a las actividades más "plenificadoras", entre las que se destaca la educación. Asimismo significa que se satisfagan los valores más "profundizadores", entre los que figura la santidad. Urge, en definitiva, la expansión de los contenidos axiológicos del Derecho para desplegar la vida misma.

La plenitud y la profundidad axiológicas deben mostrar la jerarquía

(Cont. (17)) pueden satisfacerse la unidad y la distinción en el tiempo que suele requerir la teoría de la personalidad (v. por ej. FILLOUX, Jean-Claude, "La personalidad", trad. Antonio Rubio, 15a. ed., Bs. As., Eudeba, 1975, págs. 149 y ss.).

(18) V. por ej. HUSSERL, Edmundo, "La Filosofía como ciencia estricta" (rec.), trad. Elsa Tabernig, 4a. ed., Bs. As., Nova, 1981, esp. págs. 135 y ss.

El complejo de valores compartido por una sociedad guarda relación con la idea de "personalidad básica" (v. por ej. DUFRENNE, Mikel, "La personalidad básica", trad. Jorge García Bouza, Bs. As., Paidós, 1972, págs. 114 y ss.).

(19) Puede v. HAURIOU, Maurice, "La teoría de la institución y de la fundación", trad. Arturo Enrique Sampay, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968.

(20) Acerca del tema, aunque con un enfoque significativamente diferente, v. por ej. FOUCAULT, Michel, "Enfermedad mental y personalidad", trad. Emma Kestelboim, Barcelona, Paidós, 1984, pág. 39.

suprema de las valoraciones del valor humanidad, y así se evidencia con más claridad la importancia del humanismo que ha de tener el régimen para realizar la justicia. La plenitud y la profundidad axiológicas favorecen al pluralismo, a la igualdad y a la comunidad requeridos por el humanismo. Favorecen al pluralismo porque la diversidad se enriquece con los diferentes valores y con la valoración de las distintas realidades; contribuyen a la igualdad porque en las valoraciones de humanidad todos los hombres somos de cierto modo iguales, y sirven a la comunidad, pues con ellas se advierte que todos los valores y sus valoraciones tienden, en última instancia, a fundamentarse entre sí.

La teoría general de los contactos de respuestas jurídicas -referida en el párrafo 10- puede iluminar las relaciones interpersonales, sobre todo con miras a la tolerancia exigible para que un régimen sea humanista. Teniendo en cuenta el tipo de contacto de la "coexistencia" de elementos relativamente independientes, cabe señalar que para una cabal tolerancia, respetuosa de los demás, se deben "calificar" las relaciones como lo hacen las personas con las que nos vinculamos (por ej. dar a la amistad el sentido que le dan nuestros amigos); se necesita determinar cuáles son los alcances de nuestra relación (v. gr., si la amistad se juzga por sí misma o de manera diferente cuando se trata de tomarla en cuenta para ingresar a una institución), y corresponde evitar que se nos haga "fraude" en las relaciones (por ej. tratando de obtener nuestra amistad con realidades simuladas). Asimismo, para que haya tolerancia, se debe dar curso al "reenvío" de nuestra vinculación hacia otras personas (v. gr. al "reenvío" de la amistad siendo amigo de nuestros amigos), aunque nuestras relaciones han de tener límites que preserven nuestra propia identidad (por ej. evitando las amistades que nos oprimen).

Un complejo axiológico justo ha de amparar contra una excesiva "apertura" axiológica, que puede conducir al "estallido" que destruye la vida; pero también es importante proteger al individuo frente al "cerramiento" axiológico, sea con referencia al Derecho o a la propia personalidad (21). Esta es una de las perspectivas en que es ilegítimo el "miedo a la libertad" (22).

## 2) PARTE ESPECIAL

12. La presencia de los valores en el Derecho aflora especialmente, por ejemplo, en las nociones de "bien jurídico" del Derecho Penal, de "interés tutelado" en el derecho subjetivo y de "valor" en los bienes y las cosas. Las referencias especiales a la justicia general y a la justicia particular co-

(21) V. POPPER, op. cit.

(22) V. FROMM, Erich, "El miedo a la libertad", trad. Gino Germani, Bs.As., Paidós, 1961.

rresponden respectivamente a la distinción última del Derecho Público y el Derecho Privado, y las particulares exigencias de justicia, como la protección al trabajador o al elemento extranjero, permiten diferenciar las ramas del mundo jurídico, en este caso el Derecho Laboral y el Derecho Internacional Privado.

La "endoaxiología" tiene también manifestaciones en aspectos particulares del Derecho, como el rechazo del fraude a la ley, la vinculación posterior por los "actos propios" y la exigencia de buena fe en la ejecución de los contratos. En todos estos casos se evidencia la existencia de valores "internos" de cada complejo que deben ser respetados.

Al hilo de la "endoaxiología" se puede trazar el "perfil" de cada rama o sector jurídico y reconocer diferentes vías de interrelación entre ellos, que permiten el desarrollo de la Teoría General del Derecho entendida como sistema jurídico (23). A título de ejemplo cabe señalar que el Derecho Constitucional y el Derecho Civil son respectivamente más "plenos" que el Derecho Tributario o el Derecho Comercial. A su vez, en general el Derecho Público tiene más ramas relativamente "plenas" que el Derecho Privado (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal). Asimismo, dentro del Derecho Civil, los Derechos Reales son más "superficiales" porque se basan más en criterios generales orientadores, en tanto el Derecho de las Obligaciones brinda a través de los contratos más juego a las valoraciones. En las sociedades de nuestro tiempo, fuertemente signadas por la importancia del valor utilidad, el Derecho Comercial es altamente atractivo, pero también "secuestrante" de los materiales de otras ramas.

Quizás la rama jurídica más integrada por los alcances de sus "comunes denominadores" axiológicos sea el Derecho Constitucional; aunque también -con un "común denominador" suprajurídico- cabe señalar al Derecho Canónico. Las materias de mayor "apertura" de unos complejos axiológicos hacia otros y a sus denominadores comunes parecen ser el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público.

A impulso del complejo "endoaxiológico" de la comunidad jusprivativa internacional el Derecho Internacional Privado determina sus normas propias, de contenidos limitados, con las normas y las más probables soluciones concretas del Derecho declarado aplicable (o, mejor, con su equivalente nacional). Cuando ese complejo desaparece se desarrolla el neoterritorialismo; cuando se lo profundiza a nivel humano se alcanza el orden público (dikelógicamente muy diverso del Derecho Público, que corresponde a las exigencias del bien común) y cuando pierde diversidad en sus exigencias se abre camino el Derecho Uniforme y la "autonomía universal".

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

Acerca del significado cultural del Estado v. por ej. MAIHOFER, W., "Kulturelle Aufgaben des modernen Staates", en AS.VS., "Handbuch des Verfassungsrechts", de Gruyter, págs. 953 y ss.

El Derecho Constitucional ha sido en el siglo XX, un ejemplo de apertura de una rama jurídica a los valores no inherentes al Derecho, que a través de ella han quedado con frecuencia nítidamente incorporados al mundo jurídico (salud, verdad, belleza, etc.). Hoy el conjunto de valores incorporados al Derecho Constitucional es mucho más amplio que el marco tradicional, limitado sobre todo a la utilidad y a veces a la santidad. Sin embargo, creemos que a impulsos del apego al valor utilidad viene desarrollándose en el Derecho un proceso de "vaciamiento" y superficialización de los otros valores, en especial del amor y la santidad, que son apartados de las consideraciones jurídicas.

### III. HORIZONTE POLITICO GENERAL

13. Cuando los valores de la convivencia están ordenados en complejos encabezados por otros valores diferentes de la justicia, se constituyen otras ramas del mundo político distintas del Derecho (política jurídica). Así se detecta el primer sentido de una "exoaxiología" por el orden de jerarquía o interés de los valores, que permite reconocer, además de la política jurídica y en interrelación con ella, la política sanitaria (encabezada por las exigencias de salud), la política económica (que axiológicamente culmina en los requerimientos de utilidad), la política científica (encabezada por las exigencias de verdad), etc.

La plenitud "endoaxiológica" está en relación directa con las posibilidades de que los valores de la "exoaxiología" se incorporen al marco jurídico, y depende especialmente de la política educacional respecto del Derecho en particular y de las posibilidades culturales en general. Sin embargo, para lograr la necesaria profundidad, ha de intervenir también la política de seguridad. En última instancia la plenitud y la profundidad de los valores del Derecho se muestran como problemas de política cultural y el objetivo final al respecto ha de ser la convivencia a través de la humanidad integral (24). Si la "endoaxiología" se afirma en la supervivencia, la apertura a la "exoaxiología" es la vía para la intervivencia.

### IV. HORIZONTES DE HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO COMPARADO

14. Los períodos de "cultura" jurídica se caracterizan por una mayor

(24) Se debe evitar la "deshumanización" del Derecho, quizás teniendo en cuenta el sentido con que Ortega y Gasset denunció la "deshumanización" del arte (ORTEGA Y GASSET, José, "La deshumanización del arte y otros ensayos de estética") (rec.), Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985.

profundidad axiológica, no sólo dentro sino también fuera del Derecho. Los tiempos de "civilización" corresponden inicialmente al predominio de una mayor plenitud, con amplio número de valores, aunque luego se caracterizan por una "monoestimación" de profundidad limitada. Por su parte, las épocas de "decadencia" se desorientan en cuanto a plenitud y profundidad, terminando en lo incompleto y superficial. La comparación entre la "cultural" o la "civilización" que deben realizarse en una circunstancia temporal y el estilo que se vive en la práctica permite reconocer respuestas de "asunción" o "deserción" históricas.

La "cultura" que imperó en largo período medieval fue una muestra de profundidad que trascendía lo jurídico al hilo en gran medida absorbente de la santidad, aunque era también expresión de limitada plenitud. Nuestra edad, pese a ser dominada por la utilidad, fue un posible ejemplo de mayor "civilización", con más plenitud pluralista y menos profundidad, evidenciada en una mayor "superficialización" de lo humano. Hoy se vive una "monoestimación" utilitaria creciente y se evidencian signos de decadencia.

15. El Derecho y en general la vida de la "familia" jurídica occidental se caracterizan en última instancia por una mayor plenitud y creemos que también por una significativa profundidad. Sin embargo, la amenaza mayor que deben afrontar es la tendencia a la superficialidad. En definitiva el Derecho occidental muestra una particular supremacía "endoaxiológica" de la justicia, aunque en los últimos tiempos el positivismo ha tratado de expulsarla del complejo de valores jurídicos, con frecuencia sin hacerla objeto de ninguna ciencia. Quizás, en la secreta sabiduría de la historia, esto se debe a la necesidad de dejar lugar a la avasallante utilidad (25) para que nuestra "familia" alcance su "clímax" radical.

Por lo menos hasta el presente, la "endoaxiología" del pensamiento jurídico latinoamericano se ha caracterizado, sin embargo, por una firme presencia culminante de la justicia. Cabe preguntarse si, al hilo del contacto con otros estilos de pensamiento que orientan la formación de un Estado de cierto modo "semimundial", impulsado principalmente por la utilidad, ha dado aban donar esa vocación y ha de desplazarse en el sentido de la utilidad.

## V. IDEAS FINALES

16. Uno de los aportes fundamentales del trialismo es contribuir a señalar con plenitud y profundidad que la vida y el Derecho se desenvuelven al hilo de los valores. El planteo de la "endoaxiología" a la luz de nuestra teoría muestra la riqueza de la complejidad pura con que presenta al

(25) V. por ej. JELLAMO, Anna, "Alcune considerazioni a margine della "interpretazione kantiana" di John Rawls", en "Rivista...", cit., IV Serie, LXII, 1985, págs. 607 y ss.

fenómeno jurídico.

El diálogo depende siempre, también entre las corrientes jusfilosóficas, del hallazgo de denominadores comunes; pero como la comprensión se produce en definitiva al hilo de los valores, al fin es posible mediante éstos. De aquí la especialmente amplia capacidad que al respecto tiene el trialismo para dialogar con otras teorías jurídicas, y en esto estriba uno de los títulos de su jerarquía jusfilosófica (26).

(26) Como lo ha destacado Werner Goldschmidt, el filósofo, hombre "cosmocéntrico", "Con amor infinito y comprensión inagotable abarca todo; acepta todo, al menos a los efectos de un examen imparcial y libre de prejuicios" (GOLDSCHMIDT, Werner, "Justicia y verdad", Bs. As., La ley, 1978, pág. 122). Según le agradaría destacar a Francisco Sánchez, "sólo Dios conoce perfectamente" y "nadie puede conocer perfectamente lo que no creó" (SANCHEZ, Francisco, "Que nada se sabe", trad. Carlos Mellizo, Bs. As., Aguilar Argentina, 1977, pág. 134). No sin parte de razón Unamuno señalaba ante la posible guerra civil española que él no sería neutral sino "alterutral" (o sea, estaría con unos y con otros, uniéndolos) (v. DIAZ, op. cit., pág. 31).

# SOBRE LAS NOCIONES DE ORDEN Y DESORDEN EN EL PENSAMIENTO FILOSOFICO

Jorge Raúl DE MIGUEL (\*)

## SUMARIO:

- Aristóteles: el "hábito y la disposición".
- San Agustín: el orden jerárquico.
- Santo Tomás: el principio y el fin de las cosas.
- Descartes: el orden en el pensamiento.
- Spinoza: el orden como lo único.
- Leibniz: el orden y el desorden preestablecidos.
- Kant: la razón como ordenadora.
- Comte: el orden y el desorden sociales.
- Bergson: el desorden y los dos órdenes.
- Reflexión final.

1. El orden y el desorden constituyen problemas esenciales para cualquier filosofía y, mucho más aún, si pretende alcanzar una concepción del mundo. Las más hondas especulaciones filosóficas buscaron siempre algún orden en el cual dar respuestas a las eternas cuestiones que asaltan al hombre. El intento concluyó, por lo general, en nuevos interrogantes, como si el universo se resistiera hasta el infinito a ser humanamente ordenado, imponiendo su incomprensible desorden. Por otra parte, las ideas mismas de orden y de desorden han requerido esfuerzos constantes para ser elucidadas, que demuestran, por la diversidad de las posiciones alcanzadas, la profunda dificultad que aquellas encierran. Con frecuencia, los estudios de filosofía no suelen reflejar con la debida jerarquía las meditaciones sobre el orden y el desorden a lo largo de la historia del pensamiento (1). Tan sólo las principales de ellas se presentan en este trabajo como un aporte más para su comprensión.

## ARISTOTELES: EL "HABITO" Y LA "DISPOSICION"

2. En sus comienzos, la filosofía griega se caracteriza por la búsqueda de un orden en la naturaleza, un principio absoluto que explique la diversidad de los fenómenos. Esta preocupación, que envuelve a los primeros filósofos, desde los jónicos hasta el atomismo antiguo, se complementa a partir de la sofística y la reacción socrática, con una indagación para encontrar

(\*) Investigador del C.I.U.N.R. Trabajo correspondiente al Informe Anual 1984.

(1) Sobre la evolución de la idea de orden puede verse, por ejemplo, José FERRATER MORA, Diccionario de Filosofía. "Orden", T. II, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, págs. 337 a 340; Jean WAHL, Tratado de Metafísica, trad. Francisco González Aramburo, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1960, págs. 635 a 641.

trar un orden unificador en la moral. En Platón, el orden se asocia a la virtud y el desorden al vicio, tanto en el individuo como en el Estado (2). Pero las primeras referencias a la noción de orden pueden ser atribuidas a Aristóteles. Entre las categorías necesarias para considerar el ser genérico aparece la "cualidad", con la que el Estagirita designa la clase de cosa de que se trata, "aquello en cuya virtud los hombres son llamados tales o cuales" (3). Uno de los sentidos de la cualidad se constituye con los "hábitos" y las "disposiciones". Los primeros son más durables -por ejemplo, las virtudes-, mientras que las segundas son más fácilmente mudables -por ejemplo, caliente, frío-. Los hábitos son, en el fondo, disposiciones duraderas, en tanto poseer un hábito supone estar siempre dispuesto de una u otra manera. Ahora bien, en la "Metafísica" Aristóteles llama disposición al "orden de lo que tiene partes", las que pueden expresarse en una relación de lugar, de potencia o de especie (4). Y dando otro sentido a la palabra hábito, en este caso sinónimo de "estado", afirma que "se llama hábito a la disposición según la cual lo dispuesto está bien o mal dispuesto, sea respecto de si mismo o bien respecto de otro ser", por ejemplo, la salud (5).

Si bien Aristóteles define indirectamente al orden, ya que aparece asociado al hábito, a la disposición y, en última instancia, a la cualidad, arroja suficiente luz acerca de su pensamiento al respecto. El orden aristotélico adquiere un sentido ontológico, en tanto se ubica entre los elementos esenciales de todo ser; no constituye una mera disposición entre partes sino una posición determinada que hace que la cosa sea lo que es. El orden está en la realidad. El hombre lo descubre y se descubre a sí mismo en ese orden.

### SAN AGUSTIN: EL ORDEN JERARQUICO

3. El orden y el desorden pasaron luego a ser considerados por la doctrina cristiana, continuadora del pensamiento griego. La visión totalizadora del universo que ella procuraba, asentada en un creador perfecto, requería una explicación sobre el orden de todas las cosas y, fundamentalmente, sobre su desorden. Tal es la tarea que emprende San Agustín, quien dedica al tema dos diálogos, llamados "Del Orden", y vastos pasajes de sus obras. El Obispo de Hipona provee una definición concreta del orden, similar

(2) PLATON, República, trad. Antonio Camarero, 8a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1975, Lib. III, cap. XIII, 404/405; Lib. IV, cap. I, 421; cap. II, 423; cap. XVIII, 444.

(3) Sobre la "cualidad", v. ARISTOTELES, Lógica, "Categorías", caps. 4 y 8; Metafísica, Lib. V, cap. 14, ambas en "Obras", trad. Francisco de P. Samaranch, 2a. ed., Madrid, Aguilar, 1967, págs. 233, 243 a 247, 970/71.

(4) ARISTOTELES, Metafísica, cit., Lib. V, cap. 19, pág. 973.

(5) Ibidem, cap. 20, pág. 974.

a la sugerida por Aristóteles: es la "disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde" (6). Dios es fuente de orden (7) y todo lo dirige con orden pues "nada se engendra, nada se hace sin una causa suficiente que la produce y lleva a su término" (8). Ni siquiera el error es contrario al orden, ya que nadie yerra sin causa (9); tanto el bien como el mal están regidos por el orden divino (10): la corrupción, lo aparentemente "desordenado", cumple la función de resaltar y enaltecer el resto, sólo que considerado individualmente, desconectado del conjunto, resulta repugnante (11). La oposición de los contrarios, bien-mal, vida-muerte, etc.- realza la belleza del mundo ordenado por Dios (12). El orden, así concebido; genera paz, o sea, la "ordenada concordia", que cuando se derrama sobre todas las cosas, tanto interiores como exteriores al hombre, supone una "tranquilidad del orden" (13). Y también se vincula a la virtud, en tanto ésta es "el orden del amor" (14). Pero en ambos casos aparece la necesaria jerarquía que subyace en todo orden: así, la paz en cada ámbito depende del respeto entre quienes deben mandar y quienes deben obedecer (15), y el amor debe prodigarse según el valor del objeto amado (16).

( 6 ) SAN AGUSTIN, La Ciudad de Dios, XIX, 13, 1, en "Obras de San Agustín", T. XVII, trad. José Morán O.S.A., 2a. ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1965, pág. 486.

( 7 ) San Agustín afirma que de Dios procede "toda regla, toda forma, todo orden" (Ibidem, V, 11, en "Obras...", T. XVI, trad. Santos Santa Marta del Río y Miguel Fuertes Lanero, 3a. ed., Madrid, BAC, 1977, pág. 321).

( 8 ) SAN AGUSTIN, Del orden, I, 5, en "Obras...", T. I, trad. Victorino Capanaga, 3a.ed., Madrid, BAC, 1957, pág. 699.

( 9 ) Ibidem, I, 6, pág. 701.

(10) Ibidem, II, 1, págs. 727 y 7 y 8, pág. 759.

(11) Ibidem, II, 4, pág. 743. Esta idea agustiniana, llamada por uno de sus traductores, Victorino Capanaga, "principio de la totalidad" (v. "Obras...", cit., T. I, pág. 811), es reiterada en diversos pasajes de su obra. V. por ejemplo De Música, VI, 11, 30; La Ciudad de Dios, XII, 4, en "Obras...", T. XVI, cit., págs. 759/60. En este último caso explica por qué, aunque resulte desagradable para el hombre, el orden entre los seres animales y vegetales indica que los más débiles, sucumben ante los más fuertes.

(12) SAN AGUSTIN, La Ciudad..., XI, 18, en "Obras...", T. XVI, cit., págs. 715/16.

(13) Ibidem, XIX, 13, en "Obras...", T. XVII, cit., pág. 486.

(14) Ibidem, XV, 22, pág. 175.

(15) Ibidem, XIX, 14, pág. 490.

(16) SAN AGUSTIN, Sobre la doctrina cristiana, I, 27, en "Obras...", T. XV, trad. Fr. Balbino Martín, Madrid, BAC, 1957, pág. 93.

Con San Agustín las ideas de orden y desorden conforman una verdadera doctrina, cuyo desarrollo gira alrededor del interrogante de por qué existe el mal en un mundo bajo gobierno divino. La referencia aristotélica de un orden ontológico se ve reforzada por una noción de suma importancia en el pensamiento cristiano: un orden jerárquico. Ella es, a nuestro juicio, la idea esencial en San Agustín; la jerarquía con su vértice en Dios permite abrigar dentro del orden al mal, al desorden, porque desde la perspectiva divina no afecta y hasta mejora al conjunto de lo creado. La única posibilidad de que triunfe el desorden es por el desconocimiento de dicha jerarquía. En otras palabras, el desorden es concebido dentro de un orden jerárquico y, por lo tanto, en última instancia, sólo existe orden; es inmanente al mundo por obra de Dios, porque antes estuvo en el espíritu divino (17) y participa, por ello, de su perfección (18).

### SANTO TOMAS: EL PRINCIPIO Y EL FIN DE LAS COSAS

4. En Santo Tomás la doctrina cristiana sobre el orden alcanza una depurada elaboración. La ordenación general del universo asentada en Dios, visión que San Agustín ya había puesto de manifiesto con claridad, es profundizada y dotada de una complejidad tal que resulta sumamente arduo extraer una idea unívoca de orden y de desorden (19). Para Santo Tomás el orden incluye en sí una manera de anterior y posterior; se relaciona con un principio, pues donde éste existe es necesario que haya un orden, pero se encuentra principalmente en las cosas y de ellas llega a nuestro conocimiento (20). Al hablar del orden de la Asunción, aclara la idea diciendo que el orden supone no sólo un principio sino también un medio y un fin (21). Hay dos clases de orden en las cosas: uno "hace que una cosa creada esté ordenada a otra, también creada, como lo están las partes al todo, los accidentes

(17) En opinión de Pablo Landsberg, en San Agustín "el orden ya no descansa meramente en sí mismo, como para la Antigüedad, pero tampoco sólo en Dios, y menos en el hombre, donde había de descansar según Kant. Tiene existencia en sí mismo y descansa al propio tiempo en el espíritu infinitamente bueno de la persona divina" (Pablo L. LANDSBERG, La Edad Media y nosotros, trad. J. Pérez Bances, Madrid, Rev. de Occidente, 1925, pág. 86).

(18) Así lo destaca Ferrater Mora para quien el orden agustiniano es una perfección (José FERRATER MORA, op. cit., pág. 338).

(19) Brian Coffey, que ha estudiado la noción de orden en Santo Tomás, elaboró una definición diciendo que es "la disposición de una pluralidad de cosas u objetos de acuerdo con la anterioridad y la posterioridad en virtud de un principio" (Cit. por José FERRATER MORA, op. cit., pág. 338).

(20) SANTO TOMAS DE AQUINO, Suma Teológica, 2-2, q. 26 a. 1, trad. Francisco Barbado Viejo O.P. (dir.), Madrid, BAC, 1959, T. XVII, págs. 846/48.

(21) Ibidem, 3, q. 6 a. 1, T. XI, Madrid, BAC, 1960, pág. 277.

tes a la substancia y cada cosa a su fin", y el otro "hace que todas las cosas estén ordenadas a Dios"(22). En el hombre, en cambio, observa un triple orden que podría llamarse orden racional, orden social y orden teológico, en los que las acciones deben conformarse, respectivamente, a la razón, a la ley humana y a la ley divina (23). El pecado transgrede dichos órdenes y es, por tanto, un acto desordenado que merece una triple pena de la conciencia, de la sociedad y de Dios (24). Lo ordenado se integra en una jerarquía, que puede contar con diversos órdenes, sin que pueda concebirse un orden que no pertenezca a una jerarquía. Esta es definida como un principado, esto es, como "una multitud uniformemente ordenada bajo el gobierno de un príncipe". Aunque en una ciudad pueda haber muchos órdenes (jueces, militares, labradores, etc.), bien pueden reducirse a tres "en cuanto que toda multitud perfecta consta de principio, medio y fin": ellos son la "clase alta", la "clase infima" y la "clase media". En suma, "el orden puede tomarse de dos modos: por la ordenación misma, que comprende bajo sí los diversos grados, y en este sentido no hay más que un orden, o por cada uno de los grados, y así es como se dice que hay varios órdenes en una jerarquía"(25).

Se ve bien claro, pues, a nuestro juicio, que el pensamiento tomista sobre el orden y el desorden es la mayor respuesta que el cristianismo de todos los tiempos haya dado sobre dichos temas. Y hasta podrían citarse solamente las afirmaciones del Aquinatense para resumir la concepción medieval sobre el orden del mundo. Lo que en San Agustín aparecía como una visión de conjunto cuyas irregularidades interiores se resolvían siempre con referencia al todo armónico y, en última instancia, a Dios, adquiere en Santo Tomás una nueva inserción, en la cual las partes de ese todo, lo creado, reciben una explicación mayor de su sentido (26). Lo que surge es la visión tomista de un cosmos donde cada pieza es un engranaje, sea el hombre, sean las cosas, sea la sociedad, conformando una multiplicidad de órdenes, pero referidos, en definitiva, a la jerarquía divina (27). El orden tomista es, pues, una compleja relación de principio y fin, entendidos como el origen y el destino último de cada cosa. El desorden es posible si se contrarísa dicho orden; el pecado aparece así como el supremo acto desordenado, ubica-

(22) Ibidem, 1, q. 21 a. 1, T. I., 3a. ed., Madrid, BAC, 1964, pág. 748.

(23) Ibidem, 1-2, q. 72 a. 4, T. V, Madrid, BAC, 1954, pág. 622.

(24) Ibidem, 1-2, q. 87 a. 1, pág. 861.

(25) Ibidem, 1, q. 108 a. 2, T. III (28), Madrid, BAC, 1959, pág. 848. V. También, 1 q. 108 a. 1, p. 845.

(26) Según Landsberg, Santo Tomás llega al pleno equilibrio entre la idea de Dios y la idea del orden, equilibrio que luego pierden sus sucesores. (Pablo L. LANDSBERG, op.cit., pág. 101).

(27) Al respecto puede verse Johannes HIRSCHBERGER, Historia de la filosofía, T. I, trad. Luis Martínez Gómez, S.I., 4a. ed., Barcelona, Herder, 1971, pág. 399.

do fuera del orden y no dentro de él como afirmaba San Agustín, pero que recibe una sanción inmediata de todos los planos en que el conjunto resulta afectado. En suma: Santo Tomás armoniza el orden y el desorden bajo otras premisas pero cabe destacar también que su "mundo" traduce una imagen de pesadez, donde nada es azaroso y en el cual las posibilidades humanas de descubrimiento de nuevos órdenes parecen estar notoriamente cercenadas (28).

## DESCARTES: EL ORDEN EN EL PENSAMIENTO

5. Las transformaciones en la visión del mundo que produjo el advenimiento de la modernidad se reflejaron también con nitidez en la idea del orden y el desorden. Aquello que el realismo aristotélico-tomista había ubicado principalmente fuera del yo, cambia de "habitat" con Descartes para trasladarse al interior del hombre. El orden inmanente a las cosas es puesto en duda suplantándose por el orden de los pensamientos. La contundente afirmación cartesiana: "todo el método consiste en el orden y la disposición de los objetos sobre los cuales hay que centrar la penetración de la inteligencia para descubrir alguna verdad" (29), no deja dudas. A ello cabría agregar la tercera de sus máximas de "moral provisional" en la que se propone "cambiar mis deseos antes que el orden del mundo" (30). Para Descartes una de las principales reglas del método es la conducción ordenada de los pensamientos desde los objetos más simples hasta los más complejos, "suponiendo, incluso, un orden entre los que no se preceden naturalmente" (31). Hay, pues, dos maneras de acceder a un orden: uno, por la observación del orden existente en el objeto mismo, y otro, mediante la invención de un orden mental que permita conocerlo (32). Las fuentes más seguras de orden son las artes menores (artesanía, bordados, etc.) y la aritmética, pues "ellas responden enteramente a la capacidad del conocimiento humano" y, por lo tanto, presentan innumerables órdenes claros y distintos; observarlos cultiva el espíritu, con la condición de no tomar prestado el conocimiento, "antes bien lo saquemos de nosotros mismos" (33).

(28) En este sentido, puede verse José GALLEGOS ROCAFULL, El orden social según la doctrina de Santo Tomás de Aquino, 2a. ed., Méjico, Jus, 1947, pág. 35.

(29) René DESCARTES, Reglas para la dirección de la mente, Regla V, trad. Francisco de P. Samaranch, Buenos Aires, Hyspamérica Orbis, 1983, pág. 165.

(30) René DESCARTES, Discurso del método, III, trad. Antonio Rodríguez Huéscar, Buenos Aires, Hyspamérica/Orbis, 1983, pág. 65.

(31) Ibidem, II, pág. 60; VI, pág. 107; Reglas..., cit., Regla IV, pág. 164; Regla VII, págs. 177/78.

(32) Ibidem, Regla X, pág. 192.

(33) Ibidem, págs. 191/92.

Descartes busca, afanosamente, garantizar su filosofía; para ello apela a un orden metódico que le evite los riesgos del error, en una suerte de seguridad intelectual, protector de un racionalismo temeroso de fracasar. Aparecen en el pensamiento cartesiano los primeros indicios de lo que puede llamarse, en términos de Ferrater Mora (34), proceso de "desontologización", de la idea de orden, esto es, la separación entre lo que es y su orden y su desorden. Pero cabe aclarar que al estar la preocupación esencial de Descartes en el conocimiento, en el que no sólo existe orden sino que es preciso suponerlo para mejor conducirse, subsiste ahora en él una estructura cuyo orden es indiscutiblemente ontológico: ella es el "yo pensante", la "cosa" pensante, porque allí pensamiento y realidad pensada son una y la misma cosa. Del mismo modo, en la idea de Dios, en tanto ser perfecto, se comprende la existencia (35), lo cual también equivale a admitir un orden ontológico en el pensamiento de Dios. Pero en el mundo exterior, no puede tenerse a juicio de Descartes, seguridad de un orden y, si bien a veces lo menciona, se trata de un orden confuso. Justamente el método debe hacerlo claro y distinto (36).

### SPINOZA: EL ORDEN COMO LO UNICO

6. La radicalización del pensamiento de Descartes en la obra de Spinoza tuvo también sus consecuencias sobre la evolución de los conceptos de orden y desorden. Para el filósofo holandés "el orden y la conexión de las ideas es el mismo que el orden y la conexión de las cosas" (37), con lo cual la duda cartesiana sobre el orden del mundo comienza a disiparse. La afirmación de Spinoza proviene de la identificación de sustancia pensante y sus tancias extensa en Dios, de quien como sustancia única, como "naturaleza naturante", deriva el universo de las cosas particulares, la "naturaleza naturalizada", que no son más que modos de expresión de los atributos divinos (38). Así, "ya concibamos la Naturaleza bajo el atributo de la Extensión, bajo el atributo del Pensamiento o bajo otro cualquiera, hallaremos un solo y mismo orden, una sola y misma conexión de causas, es decir las mismas cosas dedu-

(34) José FERRATER MORA, op. cit., pág. 338.

(35) René DESCARTES, Discurso...., cit., IV, pág. 75.

(36) Según Rodríguez Huéscar, esa apertura del yo al exterior fundamenta su tesis de que Descartes, si bien abrió ampliamente las puertas al idealismo, no puede ser él considerado un idealista (Antonio RODRIGUEZ HUESCAR, Prólogo al Discurso del método, cit., págs. 26 a 28).

(37) Baruch de SPINOZA, Eética, II, Prop. VII, trad. Juan Carlos Bardé, Buenos Aires, Peredo, 1940, pág. 61.

(38) Ibidem, I, Prop. XV a XXIX.

ciéndose las unas de las otras" (39). Hay, pues, en la naturaleza cognoscible por el hombre un único orden, manifestado en causalidades, en deducciones matemáticas de cosas e ideas identificadas (40). El desorden sólo es posible en virtud de un conocimiento confuso, parcial, del orden universal necesario, error en el cual cae el nombre por seguir sus percepciones sensoriales, que determinan un sometimiento a las pasiones (41). La razón y la intuición aseguran, en cambio, el camino hacia la captación del orden (42).

Con Spinoza el concepto de orden vuelve al plano ontológico, del que lo había sacado, al menos parcialmente, Descartes. Pero la diferencia con el pensamiento aristotélico y cristiano radica en que el universo spinociano no contiene un sentido de finalidad; Dios está planteado como causa no diferente, sino idéntica a lo causado. Por lo tanto, para llegar a él no hay más que comprender el orden del mundo tal como es, con un método racional-intuitivo. Es decir, que el hombre llega a Dios más mediante el conocimiento de un orden de causas que a través del desarrollo hacia un fin. El desorden, para Spinoza, carece de entidad; en realidad, sólo puede hablarse de una ignorancia del orden. Su férreo esquema deja, además, sin alternativas a la libertad humana (43).

### LEIBNIZ: EL ORDEN Y EL DESORDEN PREESTABLECIDOS

7. La elaboración racionalista de Leibniz busca superar la visión spinociana y ofrece una nueva perspectiva de las ideas de orden y desorden. El filósofo alemán distingue entre el orden universal y los órdenes particulares. El primero es perfecto y necesario; los otros son pura contingencia establecida entre las criaturas, pero que, en última instancia se subordinan a aquél, pues "nada ocurre en el mundo que sea absolutamente irregular"

(39) Ibidem, II, Prop. VII, Esc.

(40) "Un círculo existente en la Naturaleza y la idea del círculo existente, la cual existe también en Dios es una sola y misma cosa que se explica mediante atributos diferentes" (Idem).

(41) Ibidem, II, Prop. XXIV a XXXI, XXXV y XXXVI; IV, Prop. XXXVII, Esc.

(42) Ibidem, II, Prop. XL, Esc. 2; Prop. XLIV.

Tiene razón Paolo Lamanna cuando dice que en Spinoza, en tanto identifica la idea con la cosa, el problema del conocimiento deja de ser tal en lo que se refiere al paso de la idea a la cosa: "no puede haber distinción entre conocimiento verdadero y conocimiento falso, sino en el sentido de conocimiento oscuro y confuso y conocimiento claro y distinto" (E. Paolo LAMANNA, Historia de la Filosofía, III, Trad. Oberdan Caletti, 2a. ed., Buenos Aires, Hachette, 1979, pág. 134).

(43) A juicio de Ciuro Caldani, el panteísmo de Spinoza condujo a la negación de Dios en la era contemporánea: "Todo es Dios, Dios es todo, Dios es nada" (Miguel Angel CIURO CALDANI, Spinoza tres siglos después, en diario "La Capital", Rosario, 21/2/77, pág. 4).

(44). El universo se encuentra ordenado pues Dios, como mónada perfecta, ha realizado la unidad de la diversidad, esto es, ha creado una multitud infinita de sustancias simples, cuyas aparentes diferencias, no son más que distintas perspectivas de un solo universo (45). Por ese medio, se obtienen "la mayor variedad posible con el mayor orden posible", es decir, "cuanta perfección es posible" (46). Además, Dios ha escogido el mejor de los órdenes posibles, pues su sabiduría conoce todas las posibilidades, su bondad elige la mejor y su poder la realiza (47). La consecuencia es que todas las sustancias simples, las mónadas, se desenvuelven en función de una "armonía pre establecida" que les viene del creador, sin que entre ellas puedan influirse o alterarse (48), por lo que no puede concebirse "caos ni confusión sino en apariencia" (49), ni nada fuera del orden, ni aún los milagros (50). El mal del mundo puede explicarse como resultado de un acto de voluntad particular de Dios, que si bien constituye una excepción a sus actos de voluntad general, permite la obtención de un bien mayor, "de manera que, al fin, se encuentra más perfección en toda la serie que si todo el mal no hubiese ocurrido" (51).

La idea del orden concebido ontológicamente aparece en Leibniz como una refinada construcción fundada en la razón. El desorden sólo es posible en lo particular pero siempre resulta corregido por la armonía del total; para ello no es necesaria la intervención divina, pues todo está previsto desde el principio, hasta el mismo desorden. Se puede afirmar, entonces, que para

(44) Gottfried LEIBNIZ, Discurso de metafísica, VI, en "Tratados Fundamentales", 1a. serie, trad. Vicente P. Quintero, 2a. ed., Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 99.

(45) Gottfried LEIBNIZ, Monadología, 57, en "Tratados...", cit., pág. 71, "Discurso...", XIV, en "Tratados...", cit., pág. 112; Principios de la Naturaleza y de la Gracia, fundados en Razón, 12, en "Tratados...", cit., pág. 88.

(46) Gottfried LEIBNIZ, Monadología, 58, en "Tratados...", cit., pág. 71.

(47) Ibidem, 55.

(48) Ibidem, 7, pág. 60. Ver además, 78, p. 76; "Discurso...", XIV, en "Tratados...", cit., pág. 112.

(49) Gottfried LEIBNIZ, Monadología, 69, en "Tratados...", cit., pág. 74; Del origen radical de las cosas, en "Tratados...", cit., págs. 173 y ss.

(50) Gottfried LEIBNIZ, "Discurso...", VII y XV, en "Tratados...", cit., págs. 100 y 114/5.

(51) Ibidem, VII, págs. 100/01.

Leibniz el desorden existe, aunque más no sea desde el punto de vista de las sustancias particulares, pero que es inocuo para desviar el orden general, más aún, desde esta última perspectiva, es inexistente. De ello pueden extraerse algunas consecuencias. En primer lugar, el optimismo leibniziano, desplegado en todas sus obras, basado en la idea de que el orden universal es el mejor posible, traduce un conservadorismo radical asentado no sólo en la causalidad de las cosas sino también en su finalidad. Por otra parte, como en Spinoza, el determinismo universal condiciona la voluntad humana, bien que para Leibniz, fiel a una concepción mecanicista y metafísica (52), cada múnada actúa espontáneamente en el desarrollo de su sustancialidad, dispone de libertad, sin que ello signifique la ruptura de la "armonía preestablecida". La "prisión" de Spinoza, parece haberse convertido en una "libertad condicional".

## KANT: LA RAZÓN COMO ORDENADORA

8. La constante indagación del idealismo sobre las posibilidades de la razón humana permite a Kant reubicar el orden y el desorden. Sus palabras no dejan dudas: "nosotros mismos somos los que establecemos el orden y la regularidad en los fenómenos que llamamos 'naturaleza', siendo imposible hallarlos en ella si no los tuviéramos y existieran primitivamente en nuestro espíritu" (53). En otras palabras, el orden está en nuestra mente y gracias a él puede conocerse un objeto de la experiencia. En el campo de la intuición sensible dicho orden "a priori" consiste en formas -el Espacio y el Tiempo-, que permiten captar la diversidad de los fenómenos bajo ciertas relaciones (54). En última instancia, para Kant, la forma de la Sensibilidad que ordena los fenómenos en general, tanto los externos como los internos, es el Tiempo, pues condiciona a ambos, mientras que el Espacio sólo es forma ordenadora de los objetos externos (55). El fenómeno así percibido por nuestra Sensibilidad necesita ser pensado, función que cumple el Entendimiento mediante nuevos ordenadores: los conceptos (56). Ellos realizan la "síntesis" de la diversidad necesaria para el conocimiento; son las llamadas "categorías" (57). En tanto el Entendimiento se ocupa de observar los fenómenos

(52) Para Windelband, "la conciliación de las concepciones del mundo mecanicista y teleológico y, con ello, la alianza de los intereses científicos y religiosos de su época, constituye el 'Leitmotiv' del pensar leibniziano" (Wilhelm WINDELBAND, Historia General de la Filosofía, trad. Francisco Larrojo, Barcelona, El Ateneo, 1970, pág. 368).

(53) KANT, Critica de la Razón Pura, trad. José del Perojo, 8a. ed., Buenos Aires, Losada, 1976, T. I, pág. 256, secc. 3a. de la primera edición de la obra hecha por el autor.

(54) Ibidem, pág. 173.

(55) Ibidem, pág. 186 y pág. 241 (1a. edición).

(56) Ibidem, págs. 211 y ss.

(57) Ibidem, págs. 221 y ss. Ver también págs. 266/67.

para descubrir aquello que regla sus relaciones puede definirselo como la "facultad de las reglas". Yendo más allá aún, afirma Kant que el Entendimiento no sólo es la facultad de establecer leyes por la comparación de fenómenos, sino que "es una legislación para la naturaleza, es decir, que sin él, no habría naturaleza, unidad sintética de lo diverso en los fenómenos según reglas" (58). Más allá de la Sensibilidad y el Entendimiento continúan realizándose operaciones ordenadoras: son las que lleva a cabo la Razón cuando organiza los conceptos en sistematizaciones absolutas, llamadas "ideas". Con ellas el espíritu intenta saltar el cerco de la experiencia y alcanzar lo incondicionado, la realidad en sí, el alma, el universo, Dios. Pero por lo mismo que estas sintetizaciones supremas se hallan fuera de la experiencia, la conclusión es que son inabordables por la vía del conocimiento racional (59).

El orden aparece en Kant como una cierta regularidad de las relaciones entre los fenómenos (60), existente en la razón pura. Esta se define como la facultad ordenadora del sujeto cognosciente, que se perfecciona a través de distintos grados buscando sintetizar aún aquello que se halla fuera de la experiencia. Similar facultad posee la razón práctica que, dirigida no ya al conocer sino al obrar, permite a la libertad humana alcanzar su orden a través de la ley moral. El hombre no es el creador del mundo pero es indudablemente su ordenador. A su manera, Kant resuelve el problema del desorden que tanto había preocupado a pensadores anteriores. No puede existir desorden pues sólo con su orden la mente humana se halla en condición de conocer y obrar y si existiera, nada podría decir de él la razón. La pureza así alcanzada es otra de las muestras del agigantamiento del hombre racional.

### COMTE: EL ORDEN Y EL DESORDEN SOCIALES

9. La idea de orden aparece en Comte vinculada al estudio de la sociedad que él bautizara "sociología" o "física social". Distingue una estática y una dinámica sociales; la primera es el estudio de las leyes de la coexistencia dentro de la sociedad y desemboca en una teoría del orden espontáneo; la segunda se propone abordar las leyes de la sucesión de los fenómenos sociales y elabora una teoría del progreso, en la cual el orden adquiere

(58) Ibidem, págs. 256/57 (1a. edición).

(59) Ibidem, T. II, "Dialéctica Trascendental", págs. 45 y ss. Diferenciando a Kant del ateísmo, dice Friedrich Jodl que "la profunda convicción que sirve de base a toda la dialéctica trascendental es que las dificultades que ahí se ponen de relieve no se presentan con el carácter de errores casuales o pasajeros ni de falsos pasos, sino que revelan en sí una contradicción necesaria inherente a la esencia de la actividad del conocimiento humano" (Friedrich JODL, Historia de la Filosofía Moderna, trad. J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 1951, págs. 442/43).

(60) En este sentido puede verse E. Paolo LAMANNA, op. cit., pág. 384.

desarrollo en el tiempo (61). Comte se propone compatibilizar las ideas de orden y progreso que hasta ese momento aparecían como inconciliables puesto que "ningún orden real se puede establecer, ni sobre todo durar, si no es plenamente compatible con el progreso; ningún gran progreso estaría efectivamente consumado si no tendiera en última instancia, a la evidente consolidación del orden (62). Observa Comte en las sociedades modernas que el orden es la bandera de los espíritus retrógrados, mientras que el progreso es sostenido por las doctrinas críticas y anarquistas (63). En su famosa "ley de los tres estados" de la humanidad (64), a la política teológica corresponde la idea de orden, a la política metafísica la idea de progreso y la política positiva es la encargada de realizar la conciliación (65).

Es preciso vincular la idea de orden en Comte con su concepción positivista de la ciencia y la filosofía (66). En tanto las causas y esencias de los fenómenos no pueden ser conocidas, el orden que puede establecerse en los hechos es sólo relacional, de regularidades y de sucesión entre ellos. Aunque es grande la influencia del fenomenalismo kantiano, en especial en lo referido a la metafísica, Comte presenta en la "física social" un orden real, observable en los hechos y las cosas, lo cual marca una diferencia notable con el orden compuesto sólo de formas, que habría concebido Kant. Por otra parte, el orden social para Comte se basa en la organización familiar y, tanto dentro de ella como en el ámbito de la nación, supone jerarquías, esto es, relaciones de mando y obediencia invariables (67). El desorden no es, pues, equiparable al orden ya que el orden y el progreso son espontáneos y la voluntad humana poco puede hacer para desviarlo (68). En suma, el desorden social sólo es transitorio. El mecanismo de Comte pretende disolver científicamente los conflictos entre reaccionarios y revolucionarios de su época. Pero en la sociología, que ha contribuido a fundar la voluntad humana tiene límites tan severos como los que le habían fijado algunas concepciones teológicas y metafísicas.

(61) Auguste COMTE, Cours de Philosophie Positive, T. 4, 48e., Leçon, Paris, Schleicher Frères, 1908, pág. 192.

(62) Ibidem, 46e. Leçon, págs. 5/6 (traducción propia).

(63) Ibidem, pág. 6.

(64) Ibidem, T. 1, 1907 1ère. Leçon, págs. 1 y ss.

(65) Ibidem, T. 4, 46e. Leçon, págs. 7 y ss. y 48e. Leçon, págs. 169/70.

(66) Ibidem, T. 1, 1ère. Leçon, págs. 8 y ss.

(67) Ibidem, T. 4, 50e. Leçon, págs. 283 y ss.

(68) Ibidem, pág. 305.

## BERGSON: EL DESORDEN Y LOS DOS ORDENES

10. Desde la óptica de su filosofía vitalista, Bergson aporta un novedoso planteo sobre el orden y el desorden. En primer lugar, observa que el problema esencial de la teoría del conocimiento es saber el motivo y las condiciones por los cuales la realidad se somete a un orden (69). De ello se infiere que la idea de desorden, en tanto ausencia de dicho orden, asume un rol central y prioritario en las cuestiones gnoseológicas (70). Bergson acepta la tesis kantiana de que el Espacio es una noción preexistente en nuestra sensibilidad. Pero la explicación de este hecho, a su juicio, debe hacerse desde otro punto de vista, basado en un concepto del Tiempo como duración que, por lo demás, es un pilar básico del pensamiento bergsoniano. De tal manera, la relación entre el espíritu y las cosas, determinante para el conocimiento, se produce por un mismo movimiento vital, que crea, a la vez, la intelectualidad del espíritu y la materialidad de las cosas. Esto es, no hay armonía pre establecida entre sujeto cognocente y objeto, ni imposición de uno a otro, sino adaptación progresiva hasta alcanzar una forma común (71). El orden de las cosas es, pues, creado por dicho movimiento y reencontrado luego por el espíritu (72). Ahora bien, el orden que puede alcanzar la ciencia es contingente, en virtud de que el espíritu está imposibilitado de comprender la totalidad de las cosas y situarlas donde corresponde; sólo le es dado plantear los problemas uno a uno (73). Subsiste, sin embargo, la cuestión del desorden. Bergson parte del hecho de que la ausencia de un orden no es comprobable y que siempre que se habla de desorden es porque se ha encontrado un orden diferente del que se buscaba (74). Esta aparente diversidad de órdenes se reduce finalmente a dos, esto es un orden vital, querido, y un orden automático, inerte. La razón es que el espíritu puede marchar en dos sentidos opuestos: o bien su progreso es natural, creación continua y libre, bajo la forma de la "tensión", o bien se detiene e invierte esta marcha adquiriendo la forma de "extensión". En el primer caso, el orden es vital -por ejemplo, una obra musical-, mientras que en el segundo caso, el orden es automático -por ejemplo, los fenómenos astronómicos- (75). Aunque distintos, ambos órdenes hacen que nuestra experiencia se repita y nuestro espíritu generalice, pero la diferencia estriba en que en el orden

(69) Henri BERGSON, L'évolution créatrice, 77e. éd., Paris, Presses Universitaires, 1948, págs. 221 y 232.

(70) Ibidem, pág. 221.

(71) Ibidem, págs. 205/07.

(72) Ibidem, pág. 217.

(73) Ibidem, pág. 208.

(74) Ibidem, págs. 222/23 y 234 y ss.

(75) Ibidem, págs. 224/25.

automático o físico las mismas causas producen el mismo efecto, en tanto que en el orden vital se asegura la estabilidad de los efectos aunque exista variación en las causas. De allí, la idea de un orden general de la naturaleza, comprensivo a la vez de la vida y de la materia, que se expresa en leyes en el dominio de la materia inerte y en géneros en el dominio de la vida (76). Para Bergson, estas dos especies de órdenes han sido confundidos permanentemente tanto por el dogmatismo de la filosofía antigua como por el relativismo moderno (77), con la consecuencia de que la teoría del conocimiento no ha aclarado del todo por qué existe orden y no desorden en las cosas. En suma: lo que se llama desorden no es más que la ausencia de alguno de los órdenes mencionados y, consecuentemente, la presencia del otro; por otra parte, "la pretendida ausencia de todo orden es en realidad la presencia de los dos con el agregado, además, del balanceo del espíritu que no se posa definitivamente ni sobre uno ni sobre otro" (78), generando así la idea de lo incoherente (79).

El planteo de Bergson no es el único que se ha efectuado en el curso de este siglo en materia de orden y desorden (80), pero es, sin duda, uno de los más importantes que puedan encontrarse en la filosofía contemporánea. En primer lugar, porque refleja la trascendencia del tema para el pensamiento filosófico, en especial, en la teoría del conocimiento, esclareciendo aspectos poco explicitados en obras anteriores. Pero además, por constituir una respuesta espiritualista frente al mecanicismo y determinismo que campeaba en las ideas del siglo XIX. El "impulso vital" bergsoniano pretende recuperar el sentido profundo de la presencia del hombre en el cosmos, en el cual sea posible su libertad creadora, desarrollándose en un orden de vida, diferente del orden geométrico de la materia sin vida.

(76) Ibidem, págs. 226/27.

(77) Ibidem, págs. 228 y ss.

(78) Ibidem, págs. 234/35 (traducción propia).

(79) Ibidem, pág. 237.

(80) Por ejemplo, merece citarse también a Hans Driesch, cuya teoría del orden -llamada "métodico-solipsista"- parte de la intuición elemental de que el Algo del cual se tiene conciencia está ordenado. La lógica se encargará luego de decir en qué consiste dicho orden, sin cuestionarse si dicho Algo existe "en sí", pues lo que le interesa es que existe "para mí". Pero a contrario de Kant, el orden existe en el objeto. Un resumen de esta teoría puede verse en Hans DRIESCH, Metafísica, trad. Moisés Sánchez Barrado, Barcelona, Labor, 1930, págs. 28 y ss.

## REFLEXION FINAL

11. La cuestión del orden y del desorden, como se ha visto, hace a la esencia misma de toda problemática filosófica. Por cualquier camino que los hombres busquen una explicación del cosmos surge el interrogante por aquello que aparece o se concibe ordenado y desordenado, ya esté más acá o más allá de la verdad que desean encontrar. Por ello es certero Lecourt cuando dice que la palabra clave de la ontología, el Ser, es el Orden, el "Orden de los órdenes", que el pensamiento occidental ontologizante ha intentado sin cesar establecer (81). Pero dicho "Orden de los órdenes" entendido como un "ordenamiento de los seres fundados en el Ser, determinados y destinados por el Ser", al que Lecourt quiere superar proponiendo una nueva práctica filosófica contra todo Orden, contra la posibilidad de anclarse en una ontología aunque sea dialéctica, (82), constituye, a nuestro juicio, una suerte de "condena" para el pensamiento humano. El hombre contiene en sí una formidable incitación hacia la verdad, cuya inabordable plenitud lo obliga a fraccionar el objeto del conocimiento para posibilitar una respuesta cierta. El desfraccionamiento de Lecourt, aunque valioso para vencer transitoriamente los obstáculos de la mente por su propia imperfección, llevado al infinito colisiona con aquella ansiedad humana que sólo se calma -aunque más no sea fugazmente- cuando alcanza un Orden. Siglos de reflexión parecen demostrarlo.

(81) Dominique LECOURT, El orden y los juegos. El positivismo lógico cuestionado, trad. Julio Ardiles Gray y Margarita N. Mizraji, Buenos Aires, Ed. de la Flor, 1984, pág. 253.

(82) Ibidem, págs. 253/54.

La vida consiste en una chispa creadora que enciende  
y de la que no hay lógica que pueda dar cuenta.  
Saint-Exupery

## EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACION ITALIANA

Ada LATTUCA (\*)

### Introducción

Los avances científicos y técnicos de nuestro tiempo han extendido los límites cronológicos de la existencia humana. El desarrollo tecnológico, especialmente, le ha conferido un mayor confort posibilitando el acceso a numerosos "apoyos" materiales que se han ido acrecentando a partir del siglo XIX. Por entonces el índice de longevidad se calculaba entre los 62 años para los hombres y 65 años para las mujeres. Guarismos que actualmente se han elevado a 69 y 75 años respectivamente.

El proceso de evolución de estas conquistas, para el género humano, fue muy lento. Hacia fines del siglo XVI, la población crecía despacio samente. Los nacimientos se equilibraban o apenas superaban a los fallecimientos. Ya en el Setecientos la situación se revirtió y la población mundial creció vertiginosamente. De 705 millones de habitantes ascendió, en la actual centuria a 4.763 millones (1). Ello resulta como consecuencia de la disminución en la mortalidad infantil y la prolongación de la vida frente a la muerte.

Nacimiento y muerte, dos fenómenos tan simples y tan profundos, a través de los cuales expresan los individuos su dialéctica respecto de la vida.

Entre el nacimiento y la muerte se ubica una franja, cada vez más amplia y más "tensa": el de la "perdurabilidad" de la vida.

La problemática, que tal hecho comporta, suscita la atención constante de los planificadores gubernativos en procura de hallar soluciones adecuadas y de efectos duraderos. La impresión y contingencia desnaturalizan -en no pocos casos- la orientación de una política que debe estar signada por la justicia de sus alcances.

Un país densamente poblado como el italiano, con más de 57 millones de habitantes, debe fomentar especialmente el estudio dirigido a descifrar la idiosincrasia de su componente poblacional. De allí que el examen pormenorizado de su evolución demográfica adquiera, en estos tiempos, singular

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

(1) BARBIERI, B. "Elementos de Demografía", La Goliardica, Roma, 1980.

relevancia.

La literatura respectiva muestra, en los extremos de la escala biológica, la manifestación de coeficientes preocupantes a causa de las notables transformaciones operadas. El decrecimiento de la natalidad debido a la constante disminución de los nacimientos durante los últimos años, presagia que la población italiana está muy cerca de alcanzar el "crecimiento cero". En el corto espacio de dos décadas -1961 a 1983- el coeficiente de natalidad ha padecido una merma comprendida entre el 18,4 a 10,6 por mil habitantes (2). Esta petrificación de su crecimiento demográfico natural constituye una perspectiva bastante cercana. Si bien se estaba en antecedentes acerca de esta situación no se preveía que alcanzara esa meta en tan breve lapso. Consecuencia de ello es que Italia enfrenta el mínimo histórico alcanzado en las estadísticas poblacionales hasta el presente.

En este proceso de acusada "desnatalidad" se sabe que la variable fecundidad juega un rol preponderante. La retracción natal depende, asimismo, de un conjunto de factores interactuantes como ser: el avance socio-económico; el nivel de instrucción y desempleo; el grado de emancipación femenina; la crisis y el costo de la vivienda. Una sociedad con bajo poder adquisitivo tiende a mantener alta la tasa natal puesto que las familias sin recursos y con bajo índice de instrucción buscan su seguridad apoyadas en su prole; además el logro del alfabetismo conlleva a una manifiesta reducción de la fecundidad. A medida que se avanza en los niveles instructivos se retrasa el matrimonio, se sugieren alternativas profesionales a la maternidad y se constituyen familias más pequeñas. Por ello la acción voluntaria

(2)

QUOTIENTI DI NATALITÀ PER REGIONI (per 1.000 abitanti)

REGIONI	1961	1983	REGIONI	1961	1983
Piemonte	13,4	8,1	Lazio	19,6	10,7
V. d'Aosta	14,4	7,5	Abruzzo	16,6	10,7
Lombardia	16,3	9,1	Molise	17,1	10,9
T. A. Adige	19,4	10,8	Campania	24,8	15,0
Veneto	18,5	9,2	Puglia	23,9	14,0
Fr. V. Giulia	12,8	7,6	Basilicata	22,8	12,1
Liguria	12,6	6,6	Calabria	24,1	13,9
E. Romagna	14,2	7,2	Sicilia	22,1	13,6
Toscana	13,7	7,7	Sardegna	23,4	12,6
Umbria	14,8	9,5	ITALIA	18,4	10,6
Marche	15,8	9,2			

En "Un rapporto sulla situazione demografica in Italia", CNR, IRP, giugno, 1985.

limitativa es decisiva en la aceleración de este proceso contractivo (3).

El otro extremo: la mortalidad, es el principal sustraendo en la evolución demográfica y se halla desde principios de este siglo en progresiva disminución. Los descubrimientos y avances de la ciencia médica y farmacológica, el mejoramiento de las condiciones ambientales han extendido el límite de supervivencia humana.

Cuando en una sociedad, como la italiana se arriba a una etapa de desnatalidad y a un incremento de la ancianidad se altera profundamente la proporcionalidad de sus extremos vitales. A raíz de ello uno de los hechos más preocupantes de esa sociedad es el paulatino envejecimiento de su población (4).

A mediados del siglo anterior se estimaba la existencia de una persona con más de 65 años de edad por cada 15 en edad activa; un siglo después la proporción se sitúa en el orden de 1 por cada 4, con una progresiva tendencia al "achicamiento" entre ambos guarismos. Según los datos aportados por el Instituto Central de Estadística el número de jubilados italianos ascenderá, dentro de cuatro años, a 21.715.000. Desde la última estimación, perteneciente al año 1985, el total de pasivos aumentó en más de 2 millones (5).

El planteamiento de este fenómeno inédito ha suscitado, en el seno de los respectivos ministerios, organismos sindicales y partidos políticos, la formulación de proyectos y reformas que sin embargo no llegan a producir las transformaciones requeridas. Uno de los hechos que se proponen resolver

(3) A raíz de los numerosos abortos provocados en intervenciones ilegales, las autoridades italianas del área salud han optado por enmarcar en normas legales la decisión voluntaria de interrupción del embarazo. La reforma sanitaria realizada en la Región Umbría preve la asistencia oficial en los casos de interrupción voluntaria de la gravidez, "para proteger los derechos femeninos". Según datos aportados por la Unidad Local Socio Sanitaria, "la situación puede considerarse estacionaria: se han practicado cerca de 4.000 intervenciones anuales".

(4) Hecho éste que conmociona también a las autoridades Regionales. En una reunión realizada en la Región Friuli-Venezia-Giulia, con el objeto de evaluar este acontecimiento se emitieron conclusiones "decepcionantes". El problema no se halla radicado solamente en las grandes ciudades; las comarcas pequeñas padecen un constante traspaso de su población juvenil hacia centros industrializados en procura de mejores réditos, provocando así un agudo proceso de "senilización" en los pueblos. En algunos no se ha podido completar el cupo mínimo requerido para integrar cursos de la escuela primaria debiendo cerrarse varios establecimientos escolares". Ver "I gravi problemi di una gente e di una terra". Mensile del Ente Friuli nel Mondo, anno XIV, nº 377, marzo 1986, pág. 6.

(5) Ver pág. 44.

es el de una población activa, casi estabilizada, sustentadora del sector pasivo en expansión. De allí los intensos y prolongados debates promovidos con el objeto de producir "reformas comprensivas en un ordenamiento legal que prevea la multiplicidad y diversidad de prestaciones y contribuciones", sin acertar a encontrar aún puntos convergentes. Se suele culpar al "armazón de una burocracia lenta y engorrosa; a la deficiencia en los servicios sanitarios o al laberíntico sistema de normativas tradicionalmente herméticas y controvertidas", como causales del entorpecimiento en los servicios sociales (6). Mientras que el Instituto Ministerial de Servicios Previsionales, IMPS, denuncia en sus balances anuales la inflación padecida en el déficit de los recursos destinados a subvencionar a su población pensionada.

Uno de los últimos proyectos presentados por el Ministerio de Trabajo, impugnado por algunos partidos políticos, es el de extender la edad pensionable a 65 años para ambos sexos como una medida para sanear la maltrecha economía. Algunos denuncian la injusticia de esta discriminación en base a la edad "No debería pensionarse solamente porque se ha llegado a la fatídica edad de 65 años, sino porque ya no se está en grado de desarrollar su propio trabajo" (7).

(5) Viene de la pág. 44.

AÑOS	Nº de Jubilados
1951	3.704.422
1956	5.427.799
1961	8.035.799
1966	9.910.365
1971	14.073.794
1974	15.713.221
1975	16.076.034
1980	17.171.561
1985 (estimativa)	19.475.000
1990 (estimativa)	21.715.000

Fuente: ISTAD, Compendio estadístico italiano, 1983.

(6) Informe de la Federación Unitaria de la Confederación General Italiana del Trabajo (CGIL); de la Unión Italiana de Trabajadores (UIL), septiembre de 1985. También las declaraciones formuladas por Forni, Arvedo Sec. Gral. del Servicio Previsional Italiano (SPI); Nella, Marcelino Sec. Gral. de FILTEA; Pascucci, Gilberto, Sec. Gral. de FILCAMS; Schettino, Pino, Sec. Gral. Agente de la Función Pública, en "Notiziario Inca", Mensile dell'Istituto di Patronato della CGIL, octubre 1985. También "Rassegna" Settimanale della CGIL, anno XXXI, nº 49, 1º noviembre 1985.

(7) "Para muchos jubilarse es un "shock" porque se sienten imprevistamente, inútiles y puestos de lado aunque aún estén en grado de desarrollar su propio trabajo"... "Además

Pero más allá de estos datos y de los esfuerzos oficiales nos queda el interrogante sobre el desempeño futuro del ex-trabajador en la sociedad que le toca vivir o "perdurar". Hecho que adquiere singular gravedad en la soledad de la ancianidad. Con la longevidad alcanzada crecen los núcleos familiares en general, pero también aumentan los formados por una sola persona. Situación acentuada en el área septentrional, pero también intenso en el radio de las grandes ciudades. En Roma las estadísticas muestran que en los núcleos monopersonales de todas las edades, las personas con más de 65 años constituyen el 40% del promedio municipal (8). Qué hacer con tantos viejos? es el desafío planteado. Ello comporta la producción de profundos problemas de orden sicológico y de naturaleza práctica. Los lineamientos propuestos para combatir los funestos resultados de esta realidad carecen, en gran parte, de la solidez y comprensividad requeridas. El ofrecimiento de alternativas para este sector de "marginados", en procura de mantener al anciano en su propio ambiente salvaguardando la familia", no deja de pasar por el campo de una capilaridad que no penetra la verdadera dimensión planteada.

Correspondiente con la política nacional, las Regiones suelen ofrecer análogos paliativos. "Para los de la tercera edad que habiten solos es su propia casa y quieran participar de la realidad de todos los días" las autoridades de la zona de Vicenza han instalado el "Telessocorso". Según reza el anuncio es un dispositivo simple y seguro que complace instantáneamente cualquier pedido de ayuda sanitaria, social o de cualquier índole, y concluye que "merced al avance tecnológico, el anciano podrá vivir en su propia casa con sus recuerdos personales mientras otros vigilan por él las 24 horas del día" (9). Será cuestión de dotarlos a todos de un aparato telefónico, que entre sus conocidos atributos figura el de ofrecer esta nueva forma de terapia.

Otro de los resortes utilizados en la búsqueda de soluciones lo constituye la construcción de casas alojamiento, "destinadas solamente a los ancianos y dotadas de servicios especializados y de personal idóneo".

De las informaciones ofrecidas en publicaciones Regionales, y algo diluidas entre el cúmulo de noticias, suele aparecer la publicidad de estos sucedáneos. Destacamos, como plausible intento, la creación de la Universi-

(Cont. (7)) se plantearía el problema sobre la decisión: quién y cómo se decide que el trabajador está en condiciones de jubilarse? Por otra parte, muchos se declaran favorable a esta propuesta porque de ese modo los ancianos dejarían puestos de trabajos para los jóvenes". En "Corrispondenza Italia", nº 158 del 16 aprile 1986.

(8) "La Famiglia nella società italiana. L'aspetto demografico", en Vita Italiana, Press. del Consiglio di Ministri, nº 2, aprile-giugno, 1985.

(9) "Per gli anziani che vivono soli". Mensile dell' Ente Vicentini nel Mondo, anno XXXIII, nº 11-12, noviembre-diciembre, 1985, págs. 7.

dad para la Tercera Edad creada en Perugia en abril de 1982. El objetivo de tal iniciativa es "el ayudar a los ancianos y combatir la marginación y soledad de sus vidas, en el plano socio-cultural". Actualmente funcionan 9 centros similares en la región Umbría y ha estimulado la inscripción de más de 2.500 personas (10). Creemos que esta idea lanzada recientemente puede alcanzar rendimientos positivos para aquellos que experimentan, a través de esta entidad, la sensación de ser aún partícipes de la vida que les toca vivir.

## CONSIDERACIONES GENERALES

Resulta angustiante oír exclamar a los ancianos: Somos cada vez más viejos! que reemplaza al Somos demasiados! de otras épocas. Pero, lo verdaderamente peligroso de esta expresión es el juicio de valor que lleva inmediatamente a menospreciar esa etapa de la vida. Es claro que si a la vida la valoramos sólo biológicamente la niñez y la juventud valdrían más. Y en esta temática se insertan hoy numerosas sociedades. No es por azar el culto exagerado, a veces, que profesamos al "efebismo". No queremos descartar con ello la preocupación que debemos asumir por esta etapa vital. Afirma Cicerón que la temeridad es más propia de mozos y la prudencia de los viejos, pero el mundo requiere de esa temeridad y de esta prudencia para vivir en vida plena (11). La vida posee un despliegue axiológico enriquecido con la experiencia. En la etapa de los clásicos la "aristocracia" de una comunidad se alimentaba en la gerontocracia. Ciertamente los valores sustentadores de la cultura se han modificado en el devenir histórico. Nuestra sociedad utilitaria aprisiona cada vez más a sus habitantes en las selvas de cemento, obligándoles a vivir estibados en complejos horizontales y a morir de la misma forma en hileras rectangulares prolíferamente uniformes.

A medida que esta sociedad estime sólo al hombre por sus posibilidades biológicas se recortará el espacio vital de la ancianidad. "En nuestro tiempo se porfiaba en confundir la ancianidad, que puede ser la culminación de la humanidad, con la vejez que es su decadencia, y creemos urgente reconocer que es insuficiente lo que se hace para evitar que los últimos años de vida sucumban ante los riesgos de envejecimiento axiológico" (12).

Las soluciones esbozadas por políticos y científicos radicalizan, quizás

(10) "Lo studio, elisir di Giovinezza", en "Agenzia Umbria Notizie", anno 6, nº 99, mayo 1985, pág. 60. Vicenza, inauguró en 1980, su Universidad en la que se diplomaron en 1985, 25 ancianos. Ver "L'Università degli anziani entra nel 5º anno", en "Mensile del Ente Vicentini...", op. cit., pág. 6.

(11) CIURO CALDANI, Miguel Angel. "La ignorancia de la muerte", en Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, T. 1, F.I.J., Rosario 1982.

(12) CIURO CALDANI, Miguel A. "Notas axiológicas sobre la vida humana", op. cit., pág. 263.

demasiado el aspecto de una impecable planificación que intenta que intente sustituir la espontaneidad de la vida, encerrado en un futuro predecido por computadoras.

El hecho central que deberá guiar la actitud a asumir con la población longeva dependerá, creemos, de la conciencia que el hombre contemporáneo tenga frente a la vida o a la muerte. El hombre de nuestro tiempo no comprende las grandezas y pequeñeces de la vejez por su ignorancia de la muerte. "Podría decirse que la muerte está a punto de "morir", está lo grande su victoria tal vez definitiva, porque va "muriendo" la vida misma. (13).

Resulta común advertir el desgarro de la misma vida puesta en nuestra sociedad al servicio de la muerte. Se asesina a los niños nonatos por decisión voluntaria de los padres o por el consejo de los facultativos de practicar un "aborto selectivo" y los hijos arrumban a sus padres en los asilos, denominados "hogares" quizás como expiación por el abandono cometido.

Creemos que por encima de todas las planificaciones minuciosamente estudiadas se debe tener en cuenta que en la sociedad la imprevisibilidad y la solidaridad son fundantes de lo vital y no tratar de reemplazarlas por la predeterminación y el egosmo. En el hombre, manifestación suprema de la vida -ha dicho Miguel Angel Ciuro Caldani- la imprevisibilidad se expresa en la elección y la solidaridad se corona en el amor.

En definitiva pensamos que esta problemática que no se acierta a solucionar muestra la ahistoricidad de nuestro tiempo. Tenemos cada vez menos apego al pasado y atenuamos o sacrificamos la esperanza de un futuro.

Aunque todas las etapas de la vida son importantes, sus extremos requieren especial atención y resguardo por los ataques dirigidos a cercenar el logro de su personalización a que se debe aspirar en un régimen humanista. En especial urge proteger al joven y al viejo mediante la aceptación de sí mismos, cuya falta conducirá a la frustración y al suicidio.

(13) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Apología de la vida". op. cit., pag. 252.

# ASPECTOS DIKELOGICOS REFERIDOS A LA SUBJETIVIDAD JURIDICA DEL INDIO

Ada Lattuca de Chede  
Mario Eugenio Chaumet (\*)

## SUMARIO: JURISTICA DIKELOGICA

- I. INTRODUCCION
- II. PARTE GENERAL
- III. PARTE ESPECIAL
  - 1. Axiología dikeológica.
  - 2. Axiosofía dikeológica.
    - a. La justicia de los repartos.
    - b. La justicia del régimen.

## JURISTICA DIKELOGICA

### I. INTRODUCCION

La manifestación de los tiempos modernos suele indicarse con una multiplicidad de características propias que la distinguen del medioevo (1). Quizás la más relevante, sin asignarle exclusividad, sea la formación de los estados nacionales (2). Esa lenta gestación dirigida a superar la heterogeneidad

(\*) Investigadores del C.I.U.N.R.

(1) Troeltsch opina que el calificativo de moderna habrá que entenderlo "a potiori", ya que como cultura no hace sino prolongar una gran parte de las potencias más antiguas; pero precisamente en la lucha constante con estas potencias más viejas cobra conciencia de su peculiaridad. Débese ello, en parte, a la multiplicidad y heterogeneidad de las potencias y condiciones que la determinan. TROELTSCH, Ernest. "El protestantismo y el mundo moderno" Traduc. de Eugenio Imaz, 2da. edic., F.C.E., Méjico, 1958, pág. 13. El paso de una a otra edad en la historia es un proceso de doloroso alumbramiento en el que sobreviven múltiples legados anteriores difíciles de desarraigar. Precisamente, al caracterizar a la Edad Moderna se ha expresado: "Iniciada por un inmenso esfuerzo en la Edad Media y acelerada en la segunda mitad del siglo XV, hasta tal punto que los historiadores vacilen en la consideración de esta centuria dentro de los tiempos medievales o de los modernos". MOUSNIER, Roland. "Los siglos XVI y XVII" en "Historia General de las Civilizaciones", Edic. Destino, Barcelona, 1959, T. IV.

(2) "La vida espiritual europea desde mediados del siglo XVII hasta fines del siglo XVIII está caracterizada y dominada por dos grandes movimientos: I) el intenso y rápido progreso de las ciencias de la naturaleza, y II) la formación y consolidación de los Estados nacionales sobre las ruinas del Estado feudal de derecho divino y la aparición en el escenario de la historia de la nueva clase burguesa, que surge frente a las antiguas privilegiadas". LAMANNA, Paolo E. "Historia de la Filosofía" de Descartes a Kant. Trad. de

dad de estados feudales con sus reyezuelos prepotentes por un sistema político-administrativo con fronteras afianzadas y un poder cada vez más consolidado.

En España la superación del pluralismo político medieval se canaliza mediante la unión de las coronas de Castilla y Aragón, fundando la monarquía hispánica de caracteres modernos. El cumplimiento de un programa, requerido por los nuevos tiempos, requería la adecuación a un sistema económico más ágil que el utilizado hasta entonces. La creación y funcionamiento de las lonjas y bolsas dio gran tonicidad al movimiento mercantil y financiero, acaparando las transacciones operadas en virtud del florecimiento y auge del capitalismo (3).

(Cont. (2)) Oberdan Caletti. Edic. Hachette S.A., Bs. As., 1964, T. III, pág. 9. No desnocemos la importancia y jerarquía que tuvo el desenvolvimiento, en proporciones inusitadas en Europa, del individualismo. Al enunciar como una de las características salientes la formación de los estados nacionales, lo realizamos en el convencimiento de que fueron posibles merced a esta tendencia, cada vez más fuerte, del hombre individual que lo llevará a incursionar en la religión, la filosofía, el arte y a dominar, desde Europa, al resto del mundo. "El individualismo del Renacimiento se manifiesta, en política, por la organización de Europa en un sistema de Estados, en función del equilibrio de las naciones correspondientes. La concepción de una igualdad jurídica entre los Estados, individuos libres de costumbres e ideal semejante, aunque divididos de hecho por la áspera rivalidad de fuerzas antagónicas, substituye a la idea jerárquica de la Edad Media". TROELTSCH, Ernest, op. cit., pág. 102, ver también: WEBER, Alfred. "Historia de la cultura", traduc. por Luis Recasens Siches, 9a. edic., F.C.E., México, 1968, pág. 225; FERGUSON, Wallace K., "Il Renascimento nella critica storica", traduc. por Alfonso Prandi, Il Mulino, Bologna, 1969; SABINE, George H., "Historia de la Teoría Política", traduc. por Vicente Herrero, 2da. Edic., 6ta. reimpr., F.C.E., México, 1979, págs. 249 y ss.; PRELOT, Marcel, "Historia de las ideas Políticas", trad. de Manuel Osorio Florit, La ley, Bs. As., 1971; GETTELL, Raymond G., "Historia de las ideas políticas", traduc. de Teodoro González García, Edic. Labor. Barcelona, Bs. As., 1930, págs. 9 y ss.

(3) Desenvolvimiento económico debido a la progresiva sedentarización de un comercio de intercambio cada vez más importante. "A las ferias periódicas suceden las transacciones ininterrumpidas, que se realizan desde 1649 en un local llamado la Bolsa (de Buerse, en flamenco, apellido de la familia dueña del inmueble). En adelante, la voz Bolsa ha venido a significar centro de contratación mercantil o financiera". VAZQUEZ DE PRADA, Valentín. "Historia Económica Mundial", Rialp, Madrid, 1961, T.I, pág. 192. También AYMARD, Maurice. "Historia rural y desarrollo económico", en Moneda y Crédito, Rev. de Economía, nº 102, Valera, Madrid, 1967. "En la Bolsa, en vez de la mercadería individual (como sucedía en las Ferias) se reunieron solo las muestras de profesionales como compradores y vendedores, quedando expresada la compensación automática de la oferta, y de la demanda mediante las cotizaciones variables y no ya mediante un precio regulado por la justicia, según la idea medieval". BRINKMANN, Carl, "Historia económica y social", traduc. de Adolfo von Ritter-Shony, El Ateneo, Bs. As., 1962, pág. 105; SEE, Henri, "Origen del capitalismo moderno", traduc. por Makedonio Garza, F.C.E., Méjico-Bs. As., 1961; PIRENNE, Henry, "Histo-

Los nuevos monarcas acuciados por las convulsiones internas producidas por el reordenamiento territorial y administrativo recurren, con peligrosa frecuencia, al servicio de prestamistas y banqueros prestos en colaborar en un negocio que les redituaba pingües ganancias (4).

En consecuencia, las doctrinas que guiaron en los tiempos medievales las transacciones o el préstamo a rédito debieron modificarse. En el primer período medieval la utilidad fue en gran medida valor vicario de la justicia, cuya realización estaba profundamente desorganizada. En tanto que la santidad será el valor predominante.

La modernidad fue un período de eclosión y efervescencia de valores, con detrimento de la santidad y un neto avance de la utilidad, la belleza,

(Cont. (3)) ria económica y social de la Edad Media", F.C.E., Méjico, 1941; DOPSCH, Alfonso, "Fundamentos económicos y sociales de la cultura europea", F.C.E., Méjico, 1951, págs. 159 y ss.; OLMEDA, Mauro, "Sociedades precapitalistas", Olmeda, Méjico, 1963, pág. 314.

(4) Ya en la Edad Media, los italianos y los habitantes de los Países Bajos fueron los primeros en someter la industria a la dominación del capitalismo. El poder financiero de los italianos llegó a ser tan grande que extendieron sus transacciones comerciales a todo el Occidente Cristiano. Pero, en los tiempos modernos, el capitalismo asume otras características, en base a las modificaciones operadas. Los príncipes cada vez más necesitados de dinero sirvieron a la causa capitalista. El capitalismo financiero aparece también en la Edad Media, pero como sucedáneo del capitalismo comercial, pues la mayor parte de los que se dedicaban a transacciones financieras eran mercaderes entregados al tráfico de mercancías, comerciantes en géneros, tenderos, merceros. "SEE, Henri, op. cit. pág. 22 y agrega "Es innegable la relación que existe entre el desarrollo de las monarquías, de los grandes Estados, y el progreso del capitalismo. Por otra parte, los empréstitos de los príncipes y las necesidades del crédito público acrecentaron de una manera singular la importancia de las grandes fuerzas financieras, de los Fugger y sus émulos". Ibidem pág. 34, ver también: CARANDE, Ramón, "Sevilla, fortaleza y mercado", en Anuario de historia y derecho español, T. II, 1925; HAUSER, Henri, "Los orígenes del capitalismo moderno en Francia", en Revista de Economía Política, 1902; SOMBART, Werner, "Lujo y capitalismo", Madrid, Rev. de Occidente, 1928, pág. 15, este autor sostiene que una de las motivaciones prevalentes fue la introducción del lujo, entre otros. El impacto de los metales americanos en España, y de allí itinerando por toda Europa ha suscitado una importante producción bibliográfica así como una controversia, no finalizada aún, sobre el rol de causa primera o concurrente que tuvieron en el alza de precios, durante el siglo XVI. Paredoja de la historia dramática de la humanidad: el indio americano transformó su rudo trabajo, su sangre, su vida, en los codiciados metales que enriquecen a Europa y posibilitan el desarrollo de la sociedad mercantil, ver además HERZOV, Jesús Silva, "Historia del pensamiento económico-social de la antigüedad al siglo XVI", F.C.E., Méjico-Ba. As., 1961, del mismo autor, "Antología del pensamiento económico social", F.C.E., Méjico, 1963; HARING, Clarence H., "Comercio y navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgos", traduc. de Ema Salinas, F.C.E., Méjico, 1939.

la verdad, la justicia y el más característico: la humanidad. Cabe destacar que la tensión que tal época arrastra subvertirá, en muchos casos, el plexo axiológico arrogándose la utilidad, el valor estimativo de la justicia.

La sustitución no fue -como pretenden algunos historiadores- puro efecto o consecuencia de la evolución económica sino independiente y superior a ella. Se trata de un movimiento en el que cambian, no solo los criterios sino los valores dominantes: modificando en consecuencia la edad histórica basada en la adhesión a una jerarquización valorativa que la caractे<sub>riza</sub>.

Los monarcas hispánicos, en orden a las relaciones con el nuevo mundo, se adhirieron a la cosmovisión moderna entre cuyos postulados prevaleció la búsqueda del valor utilidad. Se lanzaron a la empresa con un programa de franca difusión de la fe, de evangelización y de respeto al aborigen. Pero, colisionaron con los límites que la realidad les impuso. El avance de su empresa sería factible en tanto colocara, dentro del plan axiológico y en primordial ubicación, el valor utilidad sobre la justicia, ubicándolo al indio como principal factor de producción. La unificación y centralización administrativa, consumada por los Borbones, así lo atestigua.

Si permanecía fiel a las antiguas doctrinas España se enquistaría frente a las demás potencias. Sin embargo, podía haber recurrido a un sistema fundado en la justicia, logrando con ello un avance que hubiese redundado en beneficio del indio. Pensar en esta eventualidad resulta, aunque caro a nuestra mente, un ejercicio estéril por cuanto significaría forzar etapas históricas.

No dudamos de la sinceridad de los presupuestos evangelizadores de los monarcas hispánicos. Pero para que un régimen realice la justicia, es necesario que se integre con el amor. Si no amáramos resultaría en profundidad caprichoso el reconocimiento de la justicia: daría lo mismo, lo justo que lo injusto (5). Precisamente un ejemplo de atemporalidad fue desarrollado por los jesuitas, quisieron a porfía insertarse en los tiempos modernos

(5) Sin embargo, la opción por el individualismo que fue la constante en la Edad Moderna quebró la armonía necesaria para lograr el éxito de la tarea evangelizadora. "Los criterios de valor brindan "individualidad" a los hombres y a los períodos históricos. Cuando además de los criterios cambian los valores dominantes se modifican las edades históricas, según sucedió con el avance de la utilidad en la Edad Moderna, y si varía el valor supremo, como ocurrió con la jerarquización de la humanidad en el cristianismo, cambia la era de la historia. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Los criterios de valor y la crisis en el mundo jurídico" en J.A., Bs. As., 7 de Abril de 1982; del mismo "Estudio de Filosofía Jurídica y Filosofía Política". -El derecho y el amor-, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1982, pág. 41; MASSINI, Carlos Ignacio, "La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna", Ed. Abeledo-Perrón, Bs. As., 1980; VILLEY, Michel, "Compendio de Filosofía del Derecho", traduc. de Diorki, Edic. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1979, t. I, pág. 39.

con el bagaje de una etapa anterior. Hicieron funcionar su sistema en las reducciones casi artificialmente desligado del tiempo que vivían. En cierta manera aislaron al indio de la realidad circundante. Lo sustrajeron de tal forma que cuando llegó la Reforma borbónica al ser expulsados, porque ese sistema contradecía los objetivos propuestos por la realeza, los indios retornaron masivamente a sus naturalezas, huyeron y quedaron incapacitados, en sumo grado, para participar del mundo que se les ofrecía. Tan distinto y desprotegido del que había sido su morada (6).

## II. PARTE GENERAL

En cuanto a las clases de justicia (7), puede decirse que prevaleció la justicia extraconsensual sobre la consensual, de allí que todo lo referente a la subjetividad del indio se aproximó a la esfera del derecho público. En relación con las clases de justicia que se determinaron desde el punto de vista de quiénes son recipientes, se evidencia el mayor alcance de la justicia con acepción de persona, y en especial la justicia inmanente. Si tenemos en cuenta las potencias e impotencias recibidas y dadas por el indio, observamos un desborde de la justicia asimétrica. No es sin razón que el régimen indiano, en cuanto al tratamiento específico del indio, estuvo lo suficientemente lejos de una simetría perfecta capaz de hacer desaparecer reparto y justicia por agregación y amor. Desde el punto de vista de la forma, desapareció prácticamente la justicia dialogal en pos de la monologal. La exigencia de lealtad y la intolerancia del régimen demuestran que, el protecciónismo del indio se inspiró en una fundamentación unilateral que hace a la prevalencia de la justicia espontánea sobre la comutativa (8).

Respecto a la totalidad del régimen y en cuanto a los repartidores, fue más desarrollada la justicia gubernamental que la parcial; en cambio en miras a los recipientes, existió un profundo desborde de la justicia sectorial sobre la integral; lo que remarcó la situación desigualitaria del indio (9). Si bien las normas estuvieron signadas por el alcance comunitario de la justicia de participación, el régimen hispánico condujo al disgregacionismo al tolerar el exterminio del indio, producto de la primacía de las justicia de

(6) FURLONG CARDIFF, Guillermo, "Las misiones jesuíticas" en Historia de la Nación Argentina, 3a. edic., El Ateneo, Bs. As., 1961, Vol. III, pág. 389.

(7) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectiva Trialista de la axiología dikelógica", en E.D., T. 86, págs. 915 y ss.

(8) GOLDSCHMIDT, Werner, "Fundamento jusfilosófico de la prestación liberal: La justicia espontánea", en E.D., t. 84, págs. 889 y ss.

(9) RAWLS, John, "A Theory of Justice", Harvard University Press, Cambridge, 1980; BOWIE, Norman E., "Justicia Distributiva", traduc. por Manuel Barberá, Edic. Economía y Empresa, Bs. As., 1972, págs. 75 y ss.

aislamiento.

En cuanto al tratamiento del indio se distinguió el apego por la justicia relativa sobre la justicia absoluta, impulsando así, el paso de la edad Media a la Moderna; que en este sentido caracterizó a nuestra sociedad colonial. Asimismo se exaltó la justicia particular sobre la general en la medida en que, al no integrarse debidamente el indio se repartió en miras a ciertos individuos o sectores, y no en atención al bien común.

En los valores sostenidos en el orden de reparto, sólo la búsqueda de la previsibilidad apoyó la realización de la justicia en la personalización del ente. Por el contrario, en su realización el poder, la cooperación, la solidaridad y el orden se alzaron contra el valor superior (10).

En el caso del indio se descubre la significativa integración que debe producirse entre el amor y la justicia para que esta pueda realizarse, sobre todo cuando una sociedad comienza a desarrollar una moral utilitaria que impide liberar a la justicia de criterios o valoraciones falsas (11).

Atendiendo a los criterios expresados por la Corona, orientados a la evangelización del indio, se percibe cómo el gobernante justo se enfrenta con una dura oposición para realizar el bien común, al tener que dejar de lado ciertos intereses particulares (12).

Se vivía un momento de complejidad impura que confundía el derecho positivo con el derecho natural, es decir que se escondía tras una norma invocante de la divinidad una realidad disvaliosa. Es así como la sociedad colonial, que alegaba una serie de criterios y de valoraciones fingía su assimilación, aunque en realidad se apartaba de ellos. En consecuencia, juzgamos destacable el progreso que ha logrado la ciencia jurídica mediante la diferenciación tridimensional que permite destacar el velo de la realidad y de la normatividad, sin que se las confunda o quiera confundir con la justicia (13).

(10) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Ubicación de la Justicia en el mundo del valor", Zeus, Rosario, 11 de Marzo de 1982, T. 26.

(11) Idem, "Estudios de Filosofía...", cit., págs. 30 y ss.

(12) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosofía al Derecho", Sta. Depalma, Bs. As., 1976, pág. 385; MARITAIN, Jacques, "La persona y el bien común", Ed. Desolée de Brauder, Bs. As., 1948; BIDART CAMPOS, Germán, "Derecho Político", 2da. edic., Aguilar, Bs. As., 1969, págs. 279 y ss.; LEGÓN, Faustino J., "Tratado de derecho político general", Ediar, 1959, T. 1, págs. 438 y ss.

(13) GOLDSCHMIDT, Werner. "Derecho Natural Jurídico", en E.D., Bs. As., 28 de Octubre de 1982, t. 100; del mismo op. cit. "Introducción...", págs. 382 y ss.

Sabido es que la justicia valora la adjudicación razonada como justa o injusta. Al realizarla estamos anexando el deber ser ideal puro -que el valor engendra- de un deber aplicado. A partir de esta afirmación intentaremos comprobar la manifestación o ausencia de lo antedicho en la problemática indígena.

La normatividad inherente sostuvo un amplio reconocimiento de un deber ser ideal aplicado impersonal y positivo, puesto que se dirigió a la obtención de mecanismos que facilitaren la personalización del indio. Se contempló que fueran libres y no sujetos a servidumbre. Se consintió en afirmar la libertad como justa(14). Pero la norma no queda allí, se enlaza en un deber ser ideal positivo y personal, al establecer específico mandamiento de cumplirlo. "Es nuestra voluntad, y mandamos, que ningún Adelantado, Gobernador, Capitán, Alcalde, ni otra persona, de cualquier estado, dignidad, oficio o calidad, que sea, en tiempo y ocasión", transgreda lo estipulado cercenando su libertad. Es decir que al declarar el sumo bien para el indio y reconocerlo no permanece aislado de lo que llamaríamos la efectivización de la declaración en salvaguarda de cualquier peligro. Por ello, el deber ser ideal impersonal y positivo asumió la característica de personal. Esto es, en el momento que llamó la atención a las personas encargadas de cumplimentar y mantener el deber ser impersonal.

La realidad, no obstante, contradice la interpretación que entre ambos actos debieron existir. Las autoridades aceptaron de buen grado, en su prolífica producción, el estado de justicia que significó la consagración de la libertad del indio, aunque omitieron el mantenimiento y aún la superación de tal principio con un decidido deber de actuar. Las razones, a nivel general ya hemos expresado, no podían proteger a quien debían utilizar. Y quizás, una no muy convincente escapatoria a esta imposición en el actuar será la argumentación frecuente acerca del carácter discolo de los indios que obligaba a iniciar guerras y persecuciones, recurriendo a veces a motivacio-

(14) Este concepto, defendido públicamente, desde los violentos sermones de Fray Antonio de Montesinos no ha dejado de tener vigencia en la historiografía india. A partir de las Leyes de Burgos-1512- primer código amplio de la legislación india la Corona hispánica se preocupó de legislar sobre las relaciones ideales entre los indios y sus señores españoles. Si bien, aquellas leyes dejan señalado como principio básico la libertad del indio lo hacen compatible con la obligación del indio de tributar, aceptando además el régimen de encomienda. El Padre Las Casas que ha originado una interesante polémica, enfatiza su definición de la libertad como derecho inherente al hombre necesariamente y de el principio de la naturaleza racional. A partir de allí el concepto lo hará extensivo al indio condenando la apropiación indebida hecha por el español. LAS CASAS, Bartolomé. "Derechos Civiles y Políticos", Edit. Nacional, Madrid, 1974; LOSADA, Angel. "Fray Bartolomé de las Casas", Edit. Tecnos, Madrid, 1970; HANKE, Lewis. "La lucha por la justicia en la conquista de América", Edit. Sudamericana, Bs. As., 1949.

nes ficticias (15).

Analizando la potencia e impotencia adjudicada de los repartos habidos en el régimen colonial, hallamos también la constante de un deber ser ideal impersonal negativo al reconocer la injusticia en el tratamiento de los indios. Falencias señaladas reiterativamente por monarcas y autoridades menores. Las recomendaciones y punitoriedades implícitas en las normas, que lo hubieran convertido en deber ser ideal negativo personal, fueron mera declaración de principios. El deber de actuar no se consumó (16).

En síntesis, tanto en el primero como en el segundo caso, permanecieron divorciados el deber ser actual, como situación, y el deber ser de actuar, que no se concretó. Por eso podemos decir que la normatividad indiana reconocía un deber ser ideal aplicado impersonal al establecer la necesidad de protección del miserable y su consecuente personalización. Pero iba aún más allá, en el preciso momento que tuvo en cuenta un deber ser ideal aplicado personal. En cierto grado la sociedad colonial no se sintió comprometida, le faltó una cabal vivencia de la exigencia del valor. Es así cómo los pueblos, aún conscientes de su misión caen frecuentemente en un conformismo que los conduce a olvidarse que la justicia no se realiza, "durmiendo la siesta" (17).

### III. PARTE ESPECIAL

#### 2. Axiología Dikelógica

El concepto de miserabilidad conlleva un criterio de justicia que supone la personalización de un incapaz. Así se conforma un fraccionamiento de las valoraciones para proteger al indio, contra el régimen, los demás y lo demás. El fraccionamiento que provocó este criterio invitaba a la seguridad, pero decididamente no alcanzó para realizar la justicia. Por otro lado, partiendo de similar criterio, los jesuítas no supieron desfraccionar las influencias del futuro.

Una de las características que asume la relación indio-español, fue el gran fraccionamiento de las consecuencias. Producto de las venganzas se castigaba, no a los verdaderos culpables, sino a cualquier miembro de la otra comunidad (18). Esto explica el profundo apego por determinados criterios y explica, como el resentimiento y la falta de perdón impidieron la con-

(15) LATTUCA DE CHEDE, Ada, CHAUMET, Mario. "Aspectos sociológicos de la subjetividad jurídica del indio", en C.I.U.N.R., item. II 1.1.

(16) Ibidem.

(17) GOLDSCHMIDT, Werner. "Justicia y Verdad", Edit. La Ley, Bs.As., 1978, págs. 560 y ss.

(18) CIURO CALDANI, Miguel Angel. op. cit., "Los criterios de valor...".

vivencia. La diferenciación en el tratamiento con el indio y el negro, arroja un fraccionamiento del continuo temporal.

El régimen hispánico vivía aferrado a ciertos criterios, (condición social, desigualdad natural, etc.) y la sociedad no veía el pasaje de los criterios a las valoraciones, y con ello se ignoran las personas que se refugian detrás de dichos criterios orientadores falsos. (18').

## 2. Axiosoffa Dikelógica

### a. La justicia de los Repartos

El tema de la subjetividad jurídica del indio entraña con la esencia de la axiosoffa dikelógica, ya que ésta se basa en el principio supremo de justicia, que consiste en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona. De allí que el tratamiento de todo sujeto de derecho se dirige, directamente, al principio de la dikelogía.

Hemos mencionado en el transcurso del presente trabajo, la concepción sobre la miserabilidad del indio y el comportamiento, que en consecuencia, determinaba. La protección, dirigida al logro de su desenvolvimiento psico-físico, la desempeñaban los agentes que la Corona designase.

Por ende, expresamos que la acción estuvo orientada a suplir, en definitiva, la voluntad de un incapaz. Y quizás ello tendría cierta justificación si, quienes detentaban esa actividad -que limitaba ostensiblemente la esfera de libertad mínima para personalizarse- hubieran tenido superiores cualidades morales, científicas o técnicas. Aval que legitimaría la consecución de los propósitos previstos en la normatividad vigente.

Sin embargo, resulta azaroso justificar el desempeño de los protectores de aquellos miserables, puesto que no pertenecían a esa clase de repartidores aristocráticos señalada.

El encomendero convirtió, compulsivamente, los postulados espirituales en formas totalmente vacías, y en aras a la protección del incapaz diagramó una realidad en la que estuvo ausente el mínimo margen de libertad codiciado por el indio para convertirse en persona. Conforme con lo expresado, se legítima por su origen convencional o autónomo, el curador de un incapaz. Pero sucede que nos encontramos con un ente que evidencia ciertas peculiaridades. De acuerdo a las mismas, se impone reconocer que tal aristocracia debe brindar cierto margen de autonomía que no hiciera vana la personalización.

En las reducciones, se dio un tipo de relación que permitió, a instancias de repartidores aristocráticos -los jesuitas- válidos de saber y experiencia, la proyección de cierto grado de autonomías hacedero de la personalización del indígena. Al permitir y respetar algunos usos y costumbres que no contradecían sus principios dogmáticos, como mantener la vida en familia, ejercer ciertos derechos tribales, aprender su idioma, contribuyeron al funcio-

namiento de un régimen de marcada autonomía, surgida de la concepción planificada por estos religiosos para la etapa colonizadora hispánica. No dudamos que este sistema tuvo, como en todo reparto aristocrático medidas coactivas, pero no alcanzaron a sumegir al indio en la esclavitud, como ocurrió, lamentablemente, en el resto del virreinato.

Siempre que se restringe la capacidad de una persona, se proclama la responsabilidad que asumen, los que supien la incapacidad. Aunque en la realidad, las normas que estipularon dicha exigencia fueron inexactas, el juicio histórico no exime de responsabilidad a los que, por su conducta personal, negaron el justo tratamiento que merecía el indio.

Espinoso problema de saber en qué medida tienen responsabilidad los supremos repartidores al restringir la esfera de libertad de un ente en aras a su personalización, cuando en definitiva supone lo contrario. Como lo anticipáramos anteriormente (19), esto implica asumir una postura historiográfica determinada. Hay quienes ponen el acento en el reparto y sólo ven las culpas del régimen, otros observan las normas y cuando se muestra su inexactitud, el acento cae en la naturaleza, la influencia humana difusa o el azar. Sin soslayar ambas posiciones creemos que el juicio de responsabilidad, para con la Corona Española le es favorable.

Los encargados de consumar en la realidad la personalización del aborto son pasivos del juicio condenatorio?. Creemos que una afirmación categorica resultaría improcedente. Sabemos que el español, autoridad o encomendero, fue producto del devenir histórico que avanzaba sobre supuestos totalmente nuevos, aceptados pero aún quizás no elaborados totalmente. Sin embargo la dictomía le sirve para su propio y exclusivo beneficio, durante su vida. En tanto que, en el momento de su muerte, surgen los arrepentimientos adhiréndose a valores de justicia y santidad, sepultados hasta entonces.

En la medida que nuestra investigación avanza en el tratamiento del indio concedemos potencia e impotencia. Pero en realidad la potencia, en primera instancia, la recibimos nosotros al penetrar con la precipitada actitud en la investigación del indio, conscientes en la importancia, que para la búsqueda de la identidad nacional posee la correcta identificación de los anteces-tros. Sin embargo, en la medida en que el otorgamiento de potencias e impotencias no lo sea, exclusivamente en nuestro propio interés, sino en atención al "indio desaparecido" el mismo será el recipiendario de nuestro reparto.

Desde el punto de vista de la justicia del objeto, debemos formularnos la siguiente pregunta: ¿qué es lo repartible cuando se restringe la subjetividad?. En primer lugar se nos presenta como objeto la libertad. Sabido es que en determinadas circunstancias se justifica intervenir en la esfera de libertad de personas que carecen de madurez. En el caso de los indígenas, la normatividad habilitó, merced al concepto de miserabilidad, el avance sobre su marco de libertad. Si bien el reparto de libertad se encuentra en algunos casos

(19) LATTUCA de CHEDE, Ada, CHAUMET, Mario, op. cit., item IV.

justificado, es sumamente riesgosa la libertad como elemento repartible, porque se está muy próximo de esclavizar al individuo afectado. "La esclavitud en sentido lato comprende toda clase de trabajo forzado" (20).

En cuanto a las relaciones español-indio, el ataque a la libertad se produjo de diversas maneras. No podía transitar libremente, se los mudaba de sus naturalezas alejándolos de sus familias y afectando, por ende, la normal procreación; se los intercambiaban entre encomenderos como objetos de uso; desempeñaba trabajos extenuantes; se los contrataba sin requerir su consentimiento; se los compelía a contraer nupcias para aumentar el rinde de las encomiendas; se los capturaba en guerras "defensivas" u "ofensivas"; prestaban obligatorio servicio en el domicilio de los nuevos amos, etc. En síntesis, se organizó -debido a una multiplicidad de causas suficientemente expuestas- un sistema impeditivo de la personalización del aborigen, que intenta vanamente superar apelando a cruentas sublevaciones en aras a salvaguardar su don más preciado, la libertad. "No es posible desarrollar la personalidad, si uno siempre amenazado por el látigo de vigilantes crueles, tiene que trabajar hasta el total agotamiento" (21).

Respecto de los quehaceres, es comprobable que al indio se lo requirió en trabajos que significaron un valladar a su personalización. Su obligado destino sería el cumplimiento de las órdenes cuya evasión presuponía el castigo. La posibilidad de desarrollar un quehacer de tipo creativo hubiese distorsionado la planificación económica. La realización de tareas mecánicas es injusta y lleva a la despersonalización.

Sin embargo en el sistema de reducciones los jesuítas permitieron cierta coexistencia de los quehaceres y por ende el indio participó en tareas creativas. Los vestigios de testimonios valiosos son ejemplos incontrastables de ello.

Las normas reconocían la superioridad axiológica, que desde el punto de vista formal, le corresponde a la negociación y al proceso. Pero, en la realidad los indios rara vez negociaban, o los procesos eran tales: adoptándose la adhesión y en la mayoría de los casos la mera imposición. Por eso es necesario comprender la importancia que adquiere un real proceso cuando se restringe la capacidad de un ente.

#### b. La Justicia del Régimen

Cuando hablamos de humanismo lo hacemos en el supuesto de considerar una posición que aspira a lograr el desarrollo de la personalización del individuo. Podemos advertir, en el seno de las diversas instituciones, la manifestación de un humanismo intervencionista, si participa de los mecanismos

(20) GOLDSCHMIDT, Werner. "Introducción filosófica...", cit. págs. 433y 434.

(21) Ibidem; ver además LATTUCA de CHEDE, Ada, CHAUMET, Mario. "El indio y la libertad" en "La Capital", Rosario, 22 de julio de 1981.

dirigidos al desarrollo de la personalidad, siempre que el individuo carezca de la madurez requerida.

España concibió, desde el momento del descubrimiento de las nuevas tierras, la implantación y difusión de la fe católica en sus dominios. Consecuente pues, con estos propósitos se arrogó el derecho de apartar al indio de sus idolatrías, injertándolo en la nueva fe; y si bien no los dejó fijarse sus propias pautas de vida, lo ubica como fin y no como medio de su empresa. Un régimen de tipo intervencionista-paternalista fue, por ende, celosamente vigilado por la Corona. Crefan, sinceramente obtener, de este modo, la pronta superación espiritual del indio. No obstante, debemos preguntarnos si la conversión fue lograda por convicción o compulsión. Si el intervencionismo fue rígido o lenitivo. Este es uno de los problemas más arduos que se nos presenta en la evaluación dikelógica del proceso hispano-indiano. El aborigen era una unidad psicofísica, protagonista de un sistema que reclamaba el trabajo extenuante y atentaba contra su libertad. Pero también, un ser con ritos y creencias ancestrales condenadas, por la intervención, en la mayoría de los casos, de los mismos personajes que disponían impunemente de sus reservas físicas.

Sin embargo, no debemos arriesgar falsas generalizaciones. Se sabe que se consiguieron logros positivos conducidos merced a la convicción de religiosos y aún de civiles que difundieron la fe con amor y respeto al prójimo.

En síntesis, opinamos que España, provista de altos ideales religiosos, intentó trasladarlos a sus dominios utilizando un régimen intervencionista de tipo paternalista, que no resultó adecuado para ofrecer un espacio vital donde el gobernado pudiera convertirse en persona. Pero sucede que la idiosincrasia de España, propagadora de la fe, era profundamente paternalista. Con un espíritu abstencionista, hacia adentro, pero con la precisa y efectiva idea de ver en cada región ganada, un medio de ingresos para la metrópoli. Así fueron encaradas otras colonizaciones. No obstante, el magnífico y justificado intento de la España colonizadora se perdió ante los límites que le fijó la realidad.

La subjetividad jurídica, el otorgamiento y restricciones a la capacidad, alcanzan a ubicarse en el campo más relevante de la política general. En principio estas cuestiones no pueden quedar sujetas a lo que determinen los particulares. En régimen hispano así lo comprendió y deseó proteger al indio mediante una profusa legislación, que intentó mantener un alto grado de control gubernamental. Sin embargo, en la realidad se implementó un "régimen paragubernamental" que impidió se realizaran los designios de la ley.

El intento de limitar la subjetividad del indio se realizó en aras a la unicidad. En el aspecto normológico el régimen hispánico permitía el desarrollo de la unicidad del indio y le otorgaba una serie de privilegios que rompieron la igualdad con el resto de los miembros de la comunidad.

No obstante, estas características no fueron correspondidas en el campo sociológico, donde se lo terminó esclavizando. El régimen, signado en una estructura de características feudales introdujo una solución deshumanizante,

cumplida preferentemente por el encomendero.

La profunda inexactitud de las normas, en cuanto a sus propósitos respecto al indio obedece, quizás, al desfasaje de un régimen sumamente inspirado en un contenido evangélico que no se desenvolvió fraternalmente con los naturales. En efecto, para que en la realidad las restricciones y privilegios que se otorgan en atención a la figura de un incapaz no se vuelvan en su contra, se le debe insertar en una sociedad concebida como una familia.

Las misiones jesuítas desplegaron un régimen con un sentido mucho más comunitario, hacia adentro, pero imposibilitado de integrarse con el resto del régimen.

El objetivo de los supremos repartidores, contenido en la normatividad hispano india, se orientó definitivamente hacia la protección del aborigen.

El fortalecimiento del régimen, en un sistema que tendía a la centralización, no olvidó la consideración para con sus gobernados. La organización vertical presuponía la obediencia graduada a los poderes establecidos. Sin embargo, las normas contienen la intencionalidad de velar por el indio, al procurar un sistema paralelo de protección, emergente de su miserabilidad, con el establecimiento de protectores ad-hoc. Asimismo, es común advertir en el sistema punitorio, cierta distensión favorable al indio, frente a iguales transgresiones cometidas por el español. Ello nos induce a concluir que no obstante el enfatizado propósito de protección contra el régimen, el gobierno hispano indiano se caracterizó por una serie de alternancias, explicada quizás por el momento jurídico político de transición que debió protagonizar.

España no acabó de despojarse del ropaje medieval en la etapa de iniciar la colonización. Su relación con el indio fue cursada con la tensionalidad que una subversión axiológica le imponía.

No dudamos, y las expresas normas lo corroboran, la protección solicitada contra lo demás y contra sí mismo. La preocupación por aliviarle los males, la soledad, las enfermedades, la recomendación de contraer matrimonio con españoles, la prohibición, reiterada, de desarraigárselas de sus naturalezas, de someterlos a trabajos extenuantes o de apartarlos de sus vicios e idolatrias, así lo corroboran.

No obstante, obra aquí también la dicotomía normativa. El legislar para un espacio inabarcable, con población desconocida, resultó una tarea difícil. La Corona española se halló en una encrucijada, en una agonía, en donde estaban en juego no sólo su capacidad de obrar sino el reflejo, la imagen de un país que, frente a sus contemporáneas aspiraba a mostrarse sólida, vertebrada. En parte, el soporte se lo ofrece una religión, con presupuestos éticos que guió a sus legisladores. Pero que no logró penetrar con la fuerza requerida para convertir plenamente y personalizar a los recipientes.

Constreñida por un deber ser ideal y un existencial ser, acabó por competir con el entorno y consigo misma, porque aún transitaba por la crisis. No creemos que España haya tenido la intención de ofrecer un acabado y ejemplar sistema de administración, y si un reflejo de la tensa cosmovisión

que padecía. Su oscilante accionar no puede ser juzgado apresuradamente. Conquistó un territorio al que colonizó con metas a-temporales.

Por otra parte, no cabe duda que, respecto al indio conforma un típico caso de protección de minorías contra una superioridad. La consolidación del grupo social colonial se realizó en un intento de adopción de los supuestos que animaba el grupo colonizante, que en definitiva y casi exclusivamente primaron sobre la primitiva sociedad.

En síntesis, España que padecía íntimamente de una contradicción axiológica, producto, justamente, de su etapa histórica transicional, plasmará en los hechos esta realidad. Se vivió, por ende, un período de escasa "sinceridad axiológica", en el que se alegaba la predicción de una serie de valores sostenedos, considerablemente, en la realidad social. Por ello, aparecen dos indios: el de las Leyes de Indias y el de la realidad.

Creemos que esta neurosis axiológica es un aspecto en la constante crisis argentina que lleva a realizar el valor natural relativo desorientación. "A través de toda su historia nuestro país se ha debatido entre criterios orientadores opuestos: desde las dos "Españas", habsburguiana y borbónica, a federales y unitarios, populistas y elitistas, etc. En sentido objetivo la crisis se manifiesta en los frecuentes "cursos y recursos" de nuestra vida nacional, acentuados en las últimas décadas; pero sobre todo se advierte la crisis en la cultura. Hay dos "argentinas", que en última instancia se caracterizan por criterios comunitaristas e individualistas diversos" (22).

(22) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Los criterios de valor...", cit., pag. 25.

## ¿INTERPRETACION O ELABORACION DE NORMAS EN MATERIA CONTRACTUAL?

"La interpretación requiere lealtad;  
la integración reclama coraje".  
Werner Goldschmidt (\*)

por Noemí Lidia Nicolau (\*\*)

1. El funcionamiento de la norma es una materia de notable importancia en la dimensión normológica del mundo jurídico. Es un tema que, en principio, corresponde estudiar a la filosofía del derecho, pero que como ningún otro, debe ser correctamente conocido y empleado por los juristas de todas las ramas del derecho, los jueces y los abogados (1).

Se observa que, con frecuencia, los encargados de hacer funcionar los preceptos legales, quizás demasiado influidos por algunas corrientes filosóficas imperantes, no diferencian con claridad las distintas etapas que deben transitar a fin de obtener su correcta aplicación. Fue Gény, el extraordinario revolucionario del método de interpretación del derecho positivo, quien denunció en su tiempo, numerosos casos, admitidos pacífica y erróneamente, como de supuesta interpretación (2). En forma reiterada los juristas y los jueces manifiestan estar abocados a la tarea de interpretar las disposiciones legales, sin embargo, no advierten, o no quieren advertir, que exceden el ámbito específico de la interpretación, y con complejos razonamientos y argumentos exegéticos, atribuyen al legislador aquéllo que no quiso o ni siquiera supuso. Se apartan de la ley, sin atreverse a manifestarlo (3).

(\*) "Introducción filosófica al derecho", 6a. edición, Depalma, Bs. As., 1980, pág. 253.

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

(1) P. V. GENY, Francisco, "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo", Reus, Madrid, 1925, pág. 6; BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", traduc. José Luis de los Mozos, Edit. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1971, pág. 91; KALINOWSKY, Georges, "L'interprétation du droit: ses règles juridiques et logiques", en Archives de Philosophie du Droit, t. 30, Sirey, 1985, pág. 174.

(2) GENY, Francisco, op. cit., pág. 251.

(3) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 293; NINO, Carlos S. "Introducción al análisis del Derecho", Astrea, Bs. As., 2a. edición, 1980, pág. 298, dice que "En nuestro ámbito, los jueces son, en general, marcadamente renuentes a admitir explícitamente que, en muchas ocasiones, deciden bajo la influencia de consideraciones de índole pragmática acerca de las consecuencias sociales de cada uno de las soluciones posibles. Cuando ocurre lo contrario, resulta llamativa la actitud del juez"; p. v. asimismo ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Astrea, Bs. As., 1975, pág. 140.

Como contribución al correcto funcionamiento de las normas del derecho privado patrimonial creemos que, después de reseñar sintéticamente las distintas posturas en relación a la interpretación, puede resultar beneficioso señalar algunos casos de incorrecta interpretación que se destacan en el derecho contractual, aquellos que más impresionan por la falta de lealtad al legislador.

2. La interpretación es una actividad humana casi intrínseca al ser. Interpretar es entender, se vincula con el conocer. El problema epistemológico del entender, es un aspecto del problema del conocer (4).

El contenido y el alcance que se acuerde a la interpretación en el mundo jurídico depende de las diferentes escuelas filosóficas. En el derecho occidental continental en épocas anteriores a la codificación, el método de interpretación presentaba particularidades distintas a las actuales propuestas, pues debía siempre referirse al derecho romano (5), por la gran dispersión de las fuentes (6).

Producido el acontecimiento trascendente de la unificación del derecho francés en el Código Civil, la burguesía, que había logrado el acceso al poder, a fin de mantener su hegemonía, mediante la escuela de la exégesis y valiéndose del aparente orden sistemático y hermético de sus códigos, atribuye al juez el rol limitado de ser "la bouche de la loi". En este ambiente, la interpretación no tiene otra finalidad que investigar la intención del legislador manifestada en la ley, y con ella se agota la tarea del encargado de hacer funcionar la norma.

En la escuela alemana, el genio de Savigny, avanza notablemente sobre la escuela exegética. Para este gran jurista interpretar es reconstruir el pensamiento insrito en la ley, a través de cuatro elementos: el elemento literal, lógico, histórico y sistemático. Acuerda importancia al elemento histórico y en especial al sistemático que refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad (7).

Pero será Gény, quien a principios de este siglo, aseste el golpe de gracia a la escuela de la exégesis, y conmocione el método de interpretación.

(4) BETTI, Emilio, op. cit., pag. 29.

(5) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol", traduc. Delia García Daeiraux, La Ley, Bs. As., 1979, t. 1, pag. 271; GENY, Francisco, op. cit., pag. 20.

(6) CAVANNA, Adriano, "Storia del Diritto Moderno in Europa", Giuffrè, Milano, 1979, t. 1, págs. 193 y ss.

(7) SAVIGNY, F.C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", traduc. Ch. Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2a. edición, Góngora, Madrid, 1878, t.I, pag. 150.

ción. Reconoce que existe un primer momento que es la interpretación de la ley, pero su aporte insuperable es haber advertido la existencia de una segunda etapa, la de la libre investigación científica. Entiende que en el momento de la interpretación debe investigarse la voluntad del legislador, inspirándose ante todo en la fórmula de la ley escrita, ilustrándola y completándola con los elementos extrínsecos de donde ella tomó forma y vida, pero des tierra del ámbito de la interpretación todo trabajo de investigación tendiente a descubrir lo que el legislador hubiera resuelto si se hubiera representado el caso o, como propone Windscheid, lo que hubiera debido racionalmente querer (8). Sostiene con énfasis que debe impedirse que se falsee o desnaturalice el pensamiento del legislador, considerando que no es lícito ni digno eludir la voluntad legislativa (9). La segunda y trascendente tarea es la de la libre investigación científica: a veces se hace necesario, dice Gény, ir más allá de la interpretación. Cuando el legislador no se ha dado cuenta acabada y perfecta de lo que se propuso establecer; cuando hay insuficiencia o incertidumbre en la voluntad legislativa, el texto no puede explicarse, entenderse y por tanto no cabe hablar de interpretación. No se puede interpretar una voluntad que no tuvo conciencia plena del sistema que quiso imponer, porque a veces el legislador no ha meditado sobre algunos asuntos por considerarlos secundarios o ha meditado menos. En esos casos la voluntad no ha sabido exteriorizarse conscientemente, ha faltado a su objeto. Y entonces no se puede interpretar, hay que superar esa etapa e ir a la libre investigación científica. Entonces la norma no se interpreta sino se integra, se crea una norma nueva.

Más modernamente, y con relativas afinidades con el pensamiento de Gény, Betti sostiene que interpretar es reconocer y reconstruir el significado que debe atribuirse a formas representativas en la órbita del orden jurídico. Dentro del concepto de formas representativas se incluyen las normas jurídicas y las declaraciones o comportamientos (10). Para Betti la interpretación jurídica tiene una eminente función normativa, y lo que caracteriza esa función es el problema del entender para obrar (11), para decidir, para tomar partido. Interpretar no es solamente entender el pensamiento del autor (esto sería un primer momento, el aspecto hermenéutico), sino integrarlo para realizarlo en la vida de relación (un segundo aspecto, el aspecto jurídico de actividad normativa). Esta función de integración es fundamental, especialmente en los casos de interpretación jurisdiccional, cuando existen lagunas. Betti admite la existencia de lagunas en el sistema jurídico, para él no es algo completo y hecho de una sola vez y para siempre, y en relación a las lagu

(8) GENY, Francisco, op. cit., pág. 292.

(9) Idem, pág. 259 y 251.

(10) BETTI, Emilio, op. cit., pág. 95.

(11) Idem, pág. 95.

nas destaca la función de la analogía como autointegración del orden jurídico (12). Considera que no tiene importancia plantearse si la analogía pertenece al ámbito de la interpretación o está fuera de él, como lo cree Gény (13). Por último, nos interesa destacar que Betti efectúa una especial referencia a la interpretación integradora de normas con lagunas, conceptualizándola como una creación subordinada y vinculada a la totalidad del sistema jurídico, como orgánica concatenación de normas, tanto como a las exigencias del ambiente social y de las relaciones en cuestión.(14).

Kelsen afirma que la interpretación consiste en investigar el sentido lingüístico usual de la norma. En su afán de purificar el derecho descarta la posibilidad de averiguar la voluntad del autor, considerando que ella corresponde a la sociología. Por otra parte, como tampoco considera legítimo tomar como referencia la justicia, cuando el intérprete tiene ante sí distintas posibilidades interpretativas de una norma, puede elegir aquélla que considere políticamente más conveniente (15).

Para algunos representantes de la escuela analítica, interpretar es atribuir significado a los símbolos, lingüísticos o no (16). El intérprete no puede alterar lo que está escrito en la ley, pero sí puede adaptar el significado de las expresiones lingüísticas a usos lingüísticos diferentes de los seguidos por el legislador (17). Dentro de la interpretación de las normas y como efectos lógicos de los sistemas jurídicos estudian los analíticos el problema de las lagunas, admitiendo la existencia de lagunas axiológicas (18). Las lagunas valorativas no se dan siempre que el ordenamiento normativo acuerda una solución injusta para un caso, sino cuando tal injusticia se funda en la consideración de que debería tomarse como relevante una propiedad que para el derecho no lo es (19). Se admite que los jueces y los científicos del derecho tienen la posibilidad de reelaborar las normas jurídicas.

Por nuestra parte, siguiendo los postulados de la teoría trialista, reconocemos en el funcionamiento de la norma cuatro etapas bien diferenciadas: interpretación, determinación, elaboración y aplicación (20). Creemos que no

(12) Idem, pág. 156.

(13) Idem, pág. 156; GENY, Francisco, op. cit., pág. 295.

(14) BETTI, Emilio, op. cit., pág. 137.

(15) KELSEN, Hans, "Teoría pura del Derecho", traduc. Moisés Nilve, Eudeba, Bs.As., 1960, pág. 166 y ss.

(16) NINO, Carlos S., op. cit., pág. 246.

(17) ALCHOURRON y BULYGIN, op. cit., pág. 140; NINO, Carlos S., op. cit., pág. 247.

(18) ALCHOURRON y BULYGIN, op. cit., pág. 158; NINO, Carlos S., op. cit., pág. 287.

(19) NINO, Carlos S., op. cit., pág. 288.

(20) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 254.

es superfluo (21), sino que reviste suma importancia distinguir esos diferentes momentos, por cuanto el encargado de hacer funcionar la norma debe ser auténtico, veraz, leal (22), debe manifestar en qué momento interpreta al legislador y cuándo elabora él mismo el derecho para el caso concreto. En esa circunstancia no podrá ampararse en la autoridad de la ley, sino que deberá explicitar sus propios fundamentos que lo habiliten para apartarse de la misma.

Los momentos más importantes son la interpretación, que consiste para Goldschmidt "en una comparación entre el sentido actual de la norma conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el momento de su creación..." (23) y cuya finalidad es la adaptación de la norma a la voluntad de su autor; y la elaboración, que es la integración del ordenamiento normativo en los supuestos de carencias de normas.

3. Habiendo establecido cuáles son los criterios que adoptamos, analizaremos a continuación algunos casos de interpretación de preceptos de nuestro Código Civil a fin de averiguar si se ajustan al concepto de interpretación o son verdaderas elaboraciones de normas, necesarias por existir carencias díkelógicas.

### Problemática del art. 1187 del Código Civil

Dice el art. 1187: "La obligación de que habla el art. 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses".

En relación al elemento literal esta disposición legal no presenta duda alguna, no contiene términos oscuros. Tampoco el elemento lógico debe preocesar al intérprete ya que el precepto es correcto sintácticamente, pues, dado el antecedente (el que resistiere cumplir con la escrituración) establece con claridad la consecuencia (podrá ser demandado para que la otorgue y si así tampoco lo hiciere quedará resuelta la obligación y deberá pagar pérdidas e intereses).

Sin embargo, atendiendo al elemento sistemático puede introducirse alguna duda en la interpretación de este artículo aquella que hace varias décadas preocupó a nuestra jurisprudencia y doctrina (24). Quiso el codificador

(21) Ver supra nota Nº 13.

(22) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 262; GENY, Francisco, op. cit., pág. 251.

(23) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 254.

(24) Las soluciones fueron tan contradictorias que las Cámaras Nacionales Civiles de la Capital, convocaron a plenario con fecha 3-10-51 en autos: "Cazes de Francisco, Amalia c/ Rodríguez Conde, Manuel", publicado en ED. t.2-405; LL.64-476; JA. 1951-IV-155.

que el incumplimiento de la condena de escrituración produjera como consecuencia la resolución del contrato e indemnización de pérdidas e intereses o que tratándose de una obligación de hacer pudiera ser cumplida por un tercero, el juez, por ejemplo? ¿Cuál fue la auténtica voluntad del legislador? ¿Hay razones para dudar de la autenticidad de su voluntad?

La interpretación sistemática nos lleva a efectuar ciertas consideraciones: -En el art. 505 Vélez Sársfield indica que los efectos de las obligaciones son, respecto del acreedor, entre otros, hacerse procurar por otro, a costa del deudor, aquéllo a que éste último se ha obligado. Luego, en el título de las obligaciones de hacer prevé para el caso de incumplimiento distintas consecuencias: 1) si la obligación es personalísima no podrá ejercerse violencia sobre la persona para obtener el cumplimiento, se resuelve en daños y perjuicios (art. 629); 2) en caso contrario, puede el acreedor optar por a) hacer ejecutar el hecho por un tercero por cuenta del deudor; b) solicitar la indemnización por la inejecución (art. 630). Al redactar el art. 1187 el legislador considera en primer término que la obligación de escriturar es de hacer, pero luego se aparta de lo dispuesto en el art. 505 y en el art. 629.

La mayoría de los intérpretes de este artículo insisten en considerar que el Codificador no ha sabido exteriorizar consciente y claramente su voluntad en la disposición legal; sostienen que el elemento sistemático autoriza a interpretar que si se trata de una obligación de hacer, cuando es incumplida puede el juez procurársela al acreedor (25).

Creemos que el elemento histórico refleja de modo correcto cuál ha sido la verdadera voluntad del legislador, y que ella contradice notoriamente la pretendida interpretación sistemática. El Dr. Vélez Sársfield ha querido sin lugar a dudas que el acreedor en caso de incumplimiento a la condena de escrituración sólo pudiera solicitar daños y perjuicios (26).

Para ser leales al autor del precepto legal no podemos forzar su voluntad (27). En este caso, carecemos de la interpretación auténtica, pues el artículo carece de nota, pero contamos con los valiosos borradores de los manuscritos de nuestro Código Civil. Estos nos permiten, en principio, observar que el Codificador conocía las discusiones que existían en la doctrina y en la legislación desde el derecho romano, y se planteaba las mismas cuestiones

(25) P. v. voto del Dr. Podetti en el fallo plenario mencionado en nota anterior; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Contratos", I, Perrot, Bs. As., 5a. edic., 1983, pág. 382; LOPEZ DE ZAVALLA, Fernando J., "Teoría de los contratos. Parte especial", Zavalla, Bs. As., 1976, t. 1, pág. 309.

(26) Voto del Dr. Sánchez de Bustamante en el plenario referido en nota Nº 24.

(27) Como resulta, a nuestro entender, de la interpretación formulada por LOPEZ DE ZAVALLA, Fernando J., en op. cit., pág. 309: "En cuanto al texto mismo del art. 1187, es verdad que plantea una alternativa, uno de cuyos dos términos es la indemnización de pérdidas e intereses, pero ello no significa que no haya otra posibilidad, derivada de la genérica referencia al régimen de las obligaciones de hacer".

respecto de la naturaleza jurídica del precontrato en materia de compraventa (28). En segundo lugar, es interesante observar que en el primer borrador, proyectó un artículo que decía que la promesa de vender una cosa por un precio determinado equivale a una venta actual cuando ha sido aceptada como promesa recíproca de comprar. Luego, en el proyecto definitivo no incluye ese artículo tan significativo e introduce un precepto como el del art. 1187 donde resta al precontrato la naturaleza de contrato serio y definitivo que permitiría escriturar al juez. El legislador tomó el art. 1187 del anteproyecto de Freitas, quien consideraba la obligación de escriturar como una obligación personalísima. En mérito a las consideraciones precedentes, es legítimo pensar que nuestro codificador coordinó el art. 1187 con el 629 reproduciendo la consecuencia jurídica por éste prevista. No hay indicios que nos permitan dudar que Vélez entendía que el contrato del art. 1185 era un contrato preliminar y que al momento de celebrarse la escritura pública debían las partes renovar su consentimiento para celebrar el contrato definitivo y por tanto ese consentimiento no podía ser suplido por el juez.

Comparando la interpretación literal y la histórica, ambas coinciden, la norma es, por tanto, fiel al pensamiento de su autor. Frente a esto concluye toda labor de interpretación del art. 1187, no es ilícito atribuir a Vélez otra voluntad que la claramente expresada en ella (29).

Pero dado que es tarea del jurista hacer funcionar la norma, el arduo trabajo de relacionar la norma con la vida, de conocer para obrar, no puede detenerse en esta etapa. Es necesario valorar si esa norma es justa.

La solución del art. 1187 es disvaliosa. En efecto, los contratos cuya enunciación se efectúa en el art. 1184 son contratos formales no solemnes. La ley exige una forma determinada, pero esa forma no hace a su validez si no a su eficacia. Mientras no se alcance la forma prescripta por la ley el contrato es válido, y si bien, no surte todos sus efectos propios, produce algunos muy importantes. Entendemos que se trata de un contrato serio y definitivo y que el elemento forma puede ser alcanzado a través

(28) P. v. PIZARRO, Néstor A., "Anotaciones sobre la compraventa en el Código Civil Argentino", en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año XXXV, Nº 1, marzo-abril 1948, pág. 96.

(29) En igual sentido se expidió el Dr. Sánchez de Bustamante en su voto ya referido en nota 26. Compartimos su afirmación sólo en cuanto interpreta lealmente la voluntad del legislador, pero entendemos que si dicho magistrado comprendía que la solución legal no era justa y no existía "ninguna dificultad técnico-jurídica" para que proceda la escrituración por el juez, no podía exigir "una ley de fondo que reformara la legislación vigente", y "mientras eso no ocurra, el contrato hecho en instrumento privado sea una promesa de venta", no pudiendo el juez sustituir al obligado. Era también la opinión de Mosset Iturraspe en su Manual de Derecho Civil. Contratos, donde afirmaba que esa solución es "más respetuosa de la ley", si bien admitía de jure condendo como sistema "más práctico y previsor" la escrituración por el juez, p.v. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Ediar, Bs. As., 1981, pág. 239, nota 51.

del hecho de un tercero, porque no es necesario renovar un consentimiento ya logrado por ambas partes en el instrumento particular. Es injusto impedir la conservación de un contrato cuando el incumplimiento de uno de los contratantes puede ser suplido por el hecho de un tercero (30).

Porque creemos que el art. 1187 es injusto, producimos una carentia dikelógica. Diremos entonces, nosotros, no el legislador, que siendo la obligación de que trata el artículo en cuestión una obligación de hacer no personalísima, la parte que resistiere escriturar podrá ser condenada a hacerlo bajo apercibimiento de ser otorgada la escritura por el tribunal, si fuere legalmente posible (31).

### Problemática del art. 1329 del Código Civil

El art. 1329 del C.C. refiere a la compraventa de cosa ajena. En su último párrafo dice: "Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio". Merece nuestra atención la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han efectuado del párrafo transcripto.

Teniendo en cuenta los elementos literal y lógico el precepto legal es claro: si el comprador es de mala fe (por conocer que la cosa es ajena), no tiene derecho a pedir la restitución de lo pagado. La doctrina ha apuntado al elemento sistemático para acordar al mismo un alcance que no tiene. Se ha sostenido que debe concordárselo con el art. 2101 inc. 3º y de este modo, el comprador de mala fe perderá el derecho a solicitar la restitución del precio, cuando sabiendo que la cosa era ajena renunció a la responsabilidad por evicción. En los demás casos siempre tendrá la posibilidad de exigir la restitución de lo pagado (32). Esta interpretación no parece acertada, pues

(30) El Dr. Colmo destaca la injusticia de la solución contraria en su voto dictado en autos: "Fessia c/Del Valle": "...el acreedor no ha contratado daños e intereses, sino una prestación dada, éste no pude ser obligado a recibir una indemnización en lugar del cumplimiento de la obligación, siempre que, claro está no se demuestre que la persona del deudor es indispensable".

(31) Con este procedimiento somos leales al autor y justos en la solución del caso. En sentido contrario, SPOTA, Alberto G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", Bs. As., 1975, Vol. III, pág. 169, cuando dice: "Sin perjuicio de reiterar la anterior argumentación, digamos que no obstante pareciese que dejamos de lado el texto severo de la ley". Este autor no tiene claro que en realidad hay un abandono de la ley y dice que "la jurisprudencia deforma el texto legal para adecuarlo a las necesidades económicas, sociales, éticas". Esa es la incorrección que pretendemos señalar: el encargado de hacer funcionar la norma no está habilitado para "deformarla", debe tomarla o descartarla y en este caso atreverse a decirlo.

(32) SALVAT, R., Fuentes de las obligaciones, actualiz. A. Acuña Anzorena. Tipográfica Editora, Bs. As., 1957, 2a. edic., T. I, pág. 277; seguido por LOPEZ DE ZAVALIA, F., op.cit., pág. 128. Esta tendencia se observa también en la jurisprudencia C.N.C., 13-12-63, ED. 7-286.

el art. 1329 merece ser concordado con el art. 2106 que, en total conformidad con la última parte del 1329, dispone que si el adquirente conocía de cualquier modo el peligro de la evicción nada puede reclamar del enajenante, a no ser que hubiese convenio al respecto (33).

Borda, siguiendo a Risolla, efectúa una interpretación que tampoco consulta la voluntad del legislador. Afirma que el comprador no podrá pedir la restitución del precio cuando ha actuado de mala fe, pero el concepto de mala fe no es el que explicita el legislador como el conocimiento de la alienación de la cosa, sino que es la conciencia de que se está realizando un acto en perjuicio del dueño (34). Si no existe el propósito doloso, para estos autores puede reclamarse la restitución. A nuestro parecer esta interpretación se aparta de la voluntad del legislador, contradice la letra misma de la ley.

Para investigar la auténtica voluntad del autor de la norma podemos recurrir al elemento histórico. Puede el intérprete remitirse entonces a los borradores del Código Civil, ya que la nota del artículo que comentamos no hace referencia al párrafo que nos interesa. En los documentos mencionados puede verificarse que en el primer borrador el precepto estaba redactado como sigue: "Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiere vendido como ajenas, aunque fuese de buena fe debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses resultantes de la anulación del contrato. El vendedor después que hubiese entregado la cosa no puede demandar la nulidad de la venta y la restitución de la cosa" (35). No hay referencia alguna al comprador de mala fe. En el segundo borrador aparece el último párrafo, lo cual nos hace suponer que Vélez al retrabajar su obra meditó al respecto y cuando decidió incorporar la última parte de este artículo plasmó con total claridad una solución concreta para el supuesto planteado.

Procede ahora comparar la interpretación literal con la histórica y necesariamente se concluye acerca de la coincidencia de ambas, por lo cual esta etapa debe cerrarse.

Es el momento entonces de preguntarse si la disposición legal es justa, y en caso contrario, será necesario elaborar la norma que permita solucionar con justicia el caso hipotético planteado.

Ahora sí podemos valernos de los argumentos vertidos por el Dr. López de Zavala cuando trata de fundamentar la interpretación del art. 1329: "...nos parece de una injusticia notoria el permitir que el vendedor retenga el precio. Si fue de buena fe, actuando de buena fe no puede pretender rete-

(33) P. v. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Compraventa inmobiliaria", Ediar, Bs. As., 1976, pág. 171.

(34) BORDA, Guillermo, op. cit., pág. 71.

(35) PIZARRO, Néstor, op.cit., pág. 148, primer borrador; pág. 159, segundo borrador.

nerlo; y si fue de mala fe, ello implicaría premiarlo sin razón alguna" (36).

Creemos que es injusto y contra la naturaleza de las cosas que se trate de mantener un desequilibrio patrimonial notorio en la relación interna, entre vendedor de la cosa ajena y comprador, cuando éste debe soportar la evicción del propietario de la cosa. Aún cuando no se produzca la evicción parece más justo facultar al comprador de mala fe para que pueda accionar por anulación de la venta y restitución del precio, por cuanto este le permite reparar su hecho ilícito.

Producido entonces una carencia dikelógica, sin recurrir a argumentos artificiosos, y con total autenticidad, elaboramos la norma justa para el caso.

### Problemática del art. 1198 del Código Civil

Nos interesa poner de manifiesto el equívoco que entendemos existe en la interpretación de esta disposición, respecto de las acciones que acuerda al perjudicado por el acontecimiento extraordinario e imprevisible. ¿Es sólo titular de la acción por resolución del contrato o puede optar por peticionar la revisión del mismo?

Atendiendo al elemento literal no se presenta ninguna duda: el damnificado sólo puede demandar la resolución. La disposición alude reiterada y exclusivamente a ese medio de extinción del contrato, prevé las condiciones para que puede ser peticionado, y los efectos del mismo. Sólo menciona la posibilidad de conservar el contrato mediante una mejora equitativa que permite ofrecer a la otra parte.

Desde el punto de vista lógico podría afirmarse que "quien puede lo más, puede lo menos" (37), quizás la resolución se corresponda entonces, con el máximo y la revisión con el mínimo. No obstante, ciñéndonos a la interpretación de la voluntad del legislador es muy claro que cuando quiso lo menos, la revisión, la mejora equitativa, expresamente la incluyó en su norma, pero sólo para la parte no perjudicada.

En cuanto al elemento histórico, si nos atenemos a la interpretación que del texto ha formulado uno de sus principales factores, el Dr. Borda (quizás interpretación auténtica), ni siquiera menciona la posibilidad de revisión por parte del perjudicado en el comentario a la Reforma publicado a pocos años de su sanción (38). Si nos remontamos a los antecedentes de la nor-

(36) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, op. cit., pág. 129.

(37) Del voto del Dr. Cifuentes en autos: "Boccaratto O. y otro c/ Asociación Santísima Cruz", LL.1979-B, pág. 558.

(38) BORDA, Guillermo, "La Reforma de 1968 al Código Civil", Perrot, Bs. As., 1971, pág. 260.

ma, el más inmediato es la Recomendación Nº 15 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1961. El texto recomendado coincide casi íntegramente con el del art. 1198. De las ponencias presentadas al certamen científico la del Dr. Cardini es la que acuerda las dos posibilidades a la víctima (39) y no obtuvo el apoyo necesario para que se incorpore al dictamen de la Comisión. El antecedente más remoto es el art. 1467 del C.C. Italiano de 1942 que tampoco concede la acción de revisión al perjudicado. La doctrina más caracterizada en Italia y difundida en nuestro país (40) tampoco menciona la opción para la víctima. Conociendo el legislador los antecedentes argentinos y extranjeros y suponiendo que también conocía la interpretación que de los mismos se hacía, no podemos considerar que su voluntad fuera distinta a la que con claridad explicitó en el art. 1198.

Por lo expuesto creemos que ni literal, ni lógica, ni histórica ni sistemáticamente puede llegar a interpretarse que el legislador de 1968 tuvo en miras admitir la revisión del contrato solicitada por la parte perjudicada ante la excesiva onerosidad sobreviniente. Aquí concluimos la interpretación del precepto legal (41).

Es posible en este momento plantearse la necesidad de una elaboración de la norma justa para el supuesto planteado. Creemos que la tarea de inte-

(39) P. v. "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil - 9 a 14 de octubre 1961", Univ. Nac. de Córdoba, Córdoba 1962, T. II, pág. 567.

(40) MESSINEO, Francisco, "Doctrina general del contrato", traduc. Fontanarrosa, Sentís Melendo, Volterra, Ejea, Bs. As., 1952, t. II, págs. 382 y ss.

(41) Creemos que exceden el marco de la interpretación algunos autores como Mosset Iturraspe, por ejemplo cuando dice: "No creemos que el art. 1198 acuerde al perjudicado de manera exclusiva una acción o excepción por resolución del contrato, y que, por el contrario, la revisión sea un derecho que sólo puede ejercer el contratante beneficiado", (*Contratos*, Ediar, Bs. As., 1961, pág. 321); así también p.v. MORELLO, Augusto M., "La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato", J.A. 1976-I-678, en el párrafo que expresa: "Como dato previo a toda reflexión teórica, entendemos que en este problema como en el del conjunto de los que conciernen al mundo del derecho, la tarea del intérprete des齿ansa en una visión actualizada. Que en este cuadrante tiene que responder a la finalidad económica funcional que se persigue con el negocio, sin caer en una aplicación desvirtuante que ofrezca nada más que una respuesta rígida que por tal es injusta", y donde concluye: "En una reconstrucción funcional de la teoría de la imprevisión, y en lo que hace al regulamiento de sus efectos, entendemos que el derecho o poder de revisión...", asimismo el voto del Dr. Voces en autos: "Carozza de García, Ada y otro c/Edificio Centro Caballito y otros", cuando sostiene que adhiere al criterio sustentado por Mosset Iturraspe por que "sin hacer violencia alguna en la letra de la ley, formula una interpretación integradora más acorde con el fundamento y finalidad del remedio legal examinado, al tiempo que ofrece un aspecto más amplio de posibilidades para solucionar con equidad la compleja gama de conflictos que en estos tiempos, genera la excesiva onerosidad sobreviniente", (LL. 1978-D-151).

gración es imprescindible. El encargado de hacer funcionar la norma no puede permanecer ajeno a una realidad que se torna disvaliosa. Lo justo es conceder a la víctima una opción entre resolución o revisión. Si las bases del negocio jurídico han sido modificadas por el acontecimiento extraordinario e imprevisible y se ha considerado valioso facultar al perjudicado para peticionar la extinción del contrato, parece aun más justo autorizarlo para conservarlo, demandando la recomposición de las prestaciones.

Produciendo entonces una carencia dikelógica, sin atribuir al autor de la norma un fin que no quiso, obtenemos la solución justa para el caso.

#### 4. Conclusión

Hemos elegido sólo tres artículos del Código Civil para demostrar que no es posible referirse a interpretación deformante o interpretación integradora cuando se está realizando una verdadera creación de normas nuevas para el caso hipotético o real. Quizás pueda parecer que habiéndose llegado a igual resultado es irrelevante el procedimiento. Creemos que la diferencia es importante, porque permite "descorrer el velo" y conocer quien es el autor de la norma que se aplica, si está legitimado para crearla y si sus fundamentos son válidos y justos.

## NOTAS SOBRE IDEAS POLITICAS Y PUNTOS DE CONEXION (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

Para indicar el Derecho aplicable, el Derecho Internacional Privado se vale de "puntos de conexión", que pueden ser personales, reales o conductistas. La elección de los puntos de conexión debe estar en profundo equilibrio con el significado de los antecedentes de las normas respectivas(1), pero con miras a las posibilidades de reconocimiento de tal equilibrio cabe tener en cuenta la influencia que al respecto pueden poseer las ideas políticas. Por lo menos en casos de duda estas ideas pueden influir en la elección de dichos contactos, y a título de exemplificación cabe hacer referencia a las tendencias del liberalismo, el personalismo cristiano y las orientaciones de más fuerte contenido "social".

En general el liberalismo tiende a preferir los puntos de conexión según un orden decreciente que nace en los contactos conductistas, pasa por los personales y concluye en los puntos reales. En el personalismo dicho orden tiene su preferencia más alta en los puntos personales y luego toma en cuenta, de manera relativamente equilibrada, las vinculaciones conductistas y reales. Por último, en líneas de conjunto, las orientaciones de más fuerte inclinación "social" suelen simpatizar más con los puntos de conexión reales, luego con los personales y por último con los conductistas. Sin embargo, estas orientaciones más "sociales" deben ser diferenciadas según tengan mayor proyección "feudal" y se apeguen a lo real, o posean más significado "socialista" y prefieran en mayor grado los arraigos sólidos pero comunitarios, como el lugar de cumplimiento.

Dentro de cada tipo de puntos de conexión hay a su vez diferentes significaciones, y en el área de los contactos "personales" el liberalismo y el personalismo tienden a preferir el domicilio, en tanto que las orientaciones "sociales" -sobre todo en su vertiente "feudal"- se inclinan más por la residencia. En el marco de los puntos de conexión reales, el liberalismo y el personalismo se orientan a preferir más el lugar de registración, en cambio las tendencias más "sociales" suelen simpatizar más con la situación de los bienes. Respecto de los puntos conductistas, el liberalismo es especialmente afín a la autonomía y al lugar de celebración, en tanto que las orientaciones "sociales" y quizás el personalismo tienden a preferir el lugar de ejecución.

(\*) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III, 1984, págs. 38 y ss.; "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 53 y ss. y 65 y ss.

## DOS NOTAS SOBRE LA "TEORIA CRITICA"

Alfredo Mario SOTO

### 1) Resumen de la obra "Teoría crítica: Max Horkheimer y Theodor W. Adorno" (\*)

Un momento decisivo de la Teoría Crítica fue la convicción de no poder determinar de antemano la sociedad justa. Se podía saber lo malo a través de una crítica de la historia de la sociedad y a partir de ello saber qué se debía trabajar para erradicar definitivamente lo malo. Pero de ahí en más no surgía la idea de lo "correcto" sino la de una sociedad racional que es el interés de los hombres en situaciones humanas (1).

Las tres categorías básicas de la Teoría Crítica son: la Dialéctica (2), el Materialismo (3) y el Interés del Conocimiento (4). Para sus representantes la libertad y la justicia están tan vinculadas entre sí como también son opuestas; cuanta más justicia, menos libertad (5).

Los primeros escritos de Horkheimer entendían por metafísica el disparañado intento de dar una "interpretación con sentido" al todo a través de la suposición de un sujeto independiente del tiempo y de las condiciones de la realidad (6) ya que en su pensamiento la relación sería, en principio,

(\*) De Carl Friedrich GEYER, traducción de Carlos de Santiago, Barcelona, Editorial Alfa, 1985, 194 págs.

(1) Ver Geyer, op. cit., págs. 50 y ss. Vinculado con la idea de la sociedad racional también puede leerse que la compasión es la única respuesta adecuada del sujeto autoconsciente al contexto ciego de la naturaleza. "Naturalmente, en un mundo que se encuentra bajo el principio del ascenso social, de la libre competencia y del progreso ininterrumpido, la compasión es algo poco frecuente". La compasión es una idea que, cuando se vincula con los intereses de los individuos, aproximan a la sociedad al objeto de su autoconstitución racional, págs. 129 y ss.

(2) V. Geyer, op. cit., págs. 22 y ss.

(3) Ibíd., págs. 26 y ss.

(4) Ibíd., págs. 31 y ss.

(5) Ibíd., pág. 56. También: "La constatación de que la justicia y la libertad son en sí mejores que la injusticia y la opresión, no es científicamente verificable y es inútil. En sí, suena ya casi tan carente de sentido como la constatación de que el rojo es más bello que el azul o que un huevo es mejor que un vaso de leche", pág. 125. Sobre otros valores como el poder, por ej. manifiestan que es lo fundamentalmente destructivo, pág. 124.

(6) Ibíd., pág. 77.

inversa: las condiciones de la realidad determinarían al hombre. Por otro lado para este autor la filosofía tiene "la tarea de expresar aquello que en general no es expresado así" (7).

Otro pensamiento central de la Teoría Crítica es que se puede nombrar lo negativo, pero se tiene que renunciar a pintar positivamente lo bueno (8).

La Teoría intenta superar la rígida diferencia entre fenómenos de base y de superestructura (9). Parten del hecho de que una nacionalización de los medios de producción, como última ratio de la praxis histórico-social, no provocaría por sí misma una liberación del hombre en aquel sentido amplio que está latente en el concepto de la "sociedad racional". Una socialización de los medios de producción sería más bien objeto de nuevos análisis; pero no el fin de la crítica a la marcha de la sociedad". "El escepticismo frente a la creencia simplista de que con la nacionalización de los medios de producción se solucionarían todos los problemas es, en buena parte, el resultado del ejemplo de la impotencia de una praxis así reducida en vista de las ex

(7) Ibíd., pág. 82. Otra definición del autor acerca de la filosofía como "...intento metodológico y tenaz de llevar la razón al mundo; esto condiciona su posición precaria, controvirtida. Es incómoda, obstinada, y además, carece de utilidad inmediata; es pues una fuente de disgustos", págs. 113. Horkheimer: "...la verdadera filosofía es crítica y pesimista...", págs. 133, "...lo único que en la sociedad actual es posible como filosofía auténtica, es..., formular..., una "crítica de lo existente", págs. 136. Según Adorno: "La filosofía, que alguna vez pareció ser superada, sigue viva porque se dejó pasar el momento de su realización", págs. 117. Se advierte en algunos planteos una oposición entre Teoría Crítica y Metafísica; así Horkheimer: "no hay ninguna metafísica" elimina también radicalmente todos los intentos de explicar el dolor y el mal", págs. 133. Esta idea de "teodicea se remonta a G.W.Leibniz y designaba un procedimiento racional, discursivo-argumentativo, para la justificación de Dios en vista del mal y lo perverso en el mundo...", págs. 132.

(8) Como ejemplo de esta visión un tanto pesimista puede también verse en página 111, cuando dice "...la filosofía negativa de la historia... puede tan sólo negar pero no cambiar la contradicción de verdad y justicia, de verdad y realización en lo absoluto que está presente a lo largo de la historia". En otros párrafos expresan "...ausencia de toda perspectiva de un éxito seguro", págs. 130; "Hasta la idea de una instancia absolutamente justa y bondadosa, ante la cual sucumben la oscuridad terrenal, la maldad y la suciedad de este mundo y puede existir y triunfar el bien que los hombres desconocen y pisotean, es una idea que muere y se desvanece con quienes la concibieron. Este es un triste conocimiento". Según Horkheimer, la única exigencia obligatoria que surge de este conocimiento es una vida humana con compasión por los hombres que, sin embargo, no puede superar en general el dolor ni puede mover la naturaleza extrahumana; y esto ni siquiera en el caso de que pudiera realizarse la sociedad racional intencionada. "...su concepto de bondad es un concepto humano y que puede llegar un momento en el cual se transformen todas sus concepciones", págs. 134.

(9) Ibíd., págs. 91.

periencias del estalinismo y del fascismo". "El distanciamiento de la Teoría Crítica con respecto a la marxista se entiende como un aumento de la complejidad en relación con la en el fondo no dialéctica y ahistórica forma de consideración que subyace al esquema marxista de base y superestructura". "El aumento de complejidad que aquí se aduce en contra del materialismo histórico es, a su vez, identificado con un concepto relativamente amplio y diferenciado de producción que incluirá todos los elementos de la autorrealización humana" (10).

El materialismo, en la recepción de los representantes de la Teoría Crítica, es entendido como análisis de las relaciones histórico-sociales concretas. Referido a la moral, esto significa que al materialismo lo que le importa es mostrar las condiciones reales de las cuales surge el problema moral y que, aunque en forma distorsionada, se reflejan en las teorías filosófico-morales. La felicidad de un individuo sigue siendo la categoría central de una moral materialista a la que le parece "como si los seres vivientes tuvieran una pretensión a la felicidad y no se pregunta en lo más mínimo por una justificación o fundamentación al respecto" (11).

En cuanto a la relación entre Teoría (interpretación crítica de la realidad) y Praxis (reflejo de la totalidad de decadencia dominante) advierte Adorno que es una relación de identidad (12).

También para los representantes de la Teoría Crítica en las llamadas "democracias occidentales" en lugar del totalitarismo aparece el pensamiento calculatorio de la razón instrumentalizada, formalizada; su "principio de la mayoría" sigue consideraciones de utilidad, intereses inequívocos que reflejan más lo casual, lo que determina el momento, que pasos planificados en la vía de la realización de la sociedad racional. La llamada "opinión pública" hace su parte para llevar a la conciencia general los intereses casuales y con ello, reforzarlos (13).

Para finalizar apuntamos que para Adorno el arte clásico estaba hermanado con la religión y al igual que ésta, era afirmativo. Por ello, según Hegel, el arte perdió su derecho de existencia en el momento en que la filosofía alcanzó una grada de desarrollo que tenía que eliminar la pretensión del arte de ser la necesidad suprema del espíritu". Ahora las obras de arte son imágenes de la producción humana que sólo reflejan la situación de las relaciones de producción" (14).

(10) Ibíd., págs. 115 y ss.

(11) Ibíd., págs. 127 y ss.

(12) Ibíd., págs. 117 y ss.

(13) Ibíd., pág. 124.

(14) Ibíd., pág. 150.

## 2) Apreciaciones sobre la "Teoría Crítica"

A nuestro entender, y como se desprende de la lectura de la obra comentada, los sostenedores de esta teoría no consideran un deber ser que exija su realización por el hombre, de carácter objetivo, como lo entiende la Teoría Trialista en cuanto a la justicia en tanto valor. Y esto ocurre porque parten aparentemente de una respuesta idealista genética con respecto a la pregunta acerca del origen del mundo, fundando, como hemos visto, por ejemplo, su relativa oposición a la metafísica en el hecho de que es un disparate intento de dar "una interpretación con sentido" al todo, suponiendo un sujeto independiente de la realidad. De ahí que también opinen que la constatación de que la justicia y la libertad son en sí mejores que la injusticia y la opresión, no es científicamente verificable y es inútil.

Es una visión simplista del mundo y de la vida. Reducen todo a una visión relativista del valor ya que saben lo malo a través de la crítica de la historia y la sociedad y saben también que es necesario trabajar para erradicarlo. Pero no saben "lo correcto" sino sólo la idea de una sociedad racional que es el interés de los hombres en situaciones humanas.

La complejidad pura que nos propone el Trialismo, en cambio, parte de una concepción realista genética: los objetos existen independientemente del sujeto y éste los descubre a través de tres métodos, que tienden a la personalización del individuo. A diferencia de la teoría crítica en la que el derecho ocupa un espacio poco significativo por cuanto dicen por ejemplo que cuanta más justicia menos libertad, el trialismo asigna al derecho un papel fundamental ya que el principio supremo de justicia consiste precisamente en atribuir a cada individuo la esfera de libertad que necesita para convertirse en persona. En todo caso diremos entonces que cuanto más justicia, más libertad (la necesaria desde el punto de vista dikelógico).

No obstante la teoría crítica trata de superar el esquema marxista que incluiría al derecho en la superestructura, pues en la infraestructura -formada por las relaciones de producción- no sólo estaría el valor utilidad sino todos los elementos de la autorrealización humana, entre ellos, pensamientos, otros valores, aunque relativizados. Y es así como al tratar el tema del poder lo consideran fundamentalmente destructivo. Colegimos de todo lo expuesto que se advierte una postura pesimista. No así en el planteo trialista que considera al poder, por ser un valor natural relativo, como valioso en tanto contribuya a la realización de la justicia, en cuyo caso hablamos de autoridad.

La alternativa que ofrece la teoría trialista es optimista, con una plena confianza en el hombre. No es la crítica por la crítica misma (hipercrítica). Coincidimos con el Dr. Juan Carlos Puig (15), al afirmar que la teoría

(15) Ver su obra "Justicia y realidad social internacionales. Reflexiones teóricas y repercusiones sobre la autonomía latinoamericana", en: Mundo Nuevo. Revista de Estudios La

fundada por Goldschmidt formula "...principios de hondo contenido y justifican la crítica del orden existente, el enjuiciamiento de las normas y conductas... derivado de valoraciones concretas".

La filosofía auténtica no consiste sólo en formular una crítica de lo existente. Además es necesario avanzar en la realización humana de a poco, pero con éxitos seguros, convencidos de que estamos logrando el valor humanoidad con la coadyuvancia de todos los entes ideales exigentes, y por tanto, objetivos.

(Cont. (15)) tinoamericanos. Instituto de Altos Estudios de América Latina. Universidad Simón Bolívar. Caracas, Año 1, Nº 2 Octubre-Diciembre de 1978, pág. 127.

## SOBRE LA NECESIDAD DE UNA JURÍSTICA DEL ARTE

Julia Adriana VERA

El porqué se hace indispensable la organización y profundo estudio de una jurística del arte, está en la estrecha vinculación entre el mismo y la educación; el arte y su aspecto laboral; el arte y su faz en el campo de los valores -como ya lo tratará Platón- y múltiples aspectos que, por ser tan numerosos, escapan a la observación prima facie de esta propuesta.

En primer lugar, es necesario destacar distintas apreciaciones en que se conciben las manifestaciones artísticas como mero proceso intelectual por un lado, y como capacidad puramente intuitiva por el otro, que se descubre en el empirismo del sujeto en su relación con la obra de arte. También, se considera al arte como disciplina ambivalente, es decir, que no puede ser proceso intelectual ni pura intuición en forma aislada sino ambos aspectos en estrecha vinculación.

Arte, no es sólo el conocimiento de toda su historia sino también la apreciación y perceptiva de una obra maestra al sólo contacto con ella; de ahí la aversión del crítico Herbert Read cuando se trata de encasillar al arte en las disciplinas intelectuales. SENSIBILIDAD expresa el mencionado crítico inglés en su oportunidad, esta es la médula del arte (1).

### Una Cuestión de Valores

Platón estudió profundamente la importancia de los valores morales e ideales; como cuestión de valores realizó su "Teoría sobre el arte y la educación" que puede considerarse el inicio de una jurística del arte que tendría en cuenta no sólo el valor educación, sino también el valor belleza como epicentro relativo en coadyuvancia con los valores jurídicos que culminan en la justicia. Este tema es de profunda importancia y a la vez una problemática complicada que demandará tiempo para su perfeccionamiento.

Si bien es imposible captar en la jurística del arte el estallido magnífico de vida que él significa, la obra del hombre en este aspecto fundamental que trasunta su CREATIVIDAD puede organizarse adecuadamente -y es menester hacerlo- en su aspecto laboral.

(1) "En todas las otras asignaturas -lenguas muertas y lenguas vivas, literatura inglesa, historia, matemáticas y filosofía- la base para apreciar la preparación del estudiante podía ser considerada como intelectual".

Con respecto al arte como asignatura: "...tanto más me convencía que ella no guardaba relación alguna con estas admirables cualidades, sino que era algo cabalmente diferente, que podía ser descripto como SENSIBILIDAD".

READ, Herbert, "Arte y Sociedad", Kraft, Buenos Aires, 1951, págs. 199-200.

## El Arte como Instrumento de Dominación

Herbert Read -prestigioso conocedor del arte en todas sus manifestaciones- hace apreciaciones muy claras acerca de la educación para el arte en los primeros años de vida del individuo, manifiesta su indignación al comprobar que en los colegios ingleses se educa el intelecto a partir de los once años para las ciencias de la lógica y se deja de lado como ciencias secundarias o incluso innecesarias a las manifestaciones artísticas.

Prueba eficaz de que el arte -en referencia a la música especialmente- no es un mero instrumento de distracción o elevación del espíritu, da Platón en su Libro II de "Las Leyes" al accordar un papel importantísimo al uso de los cánticos escolares para dar un pequeño respiro a las disciplinas lógicas y luego poder continuar sin que los niños se rebelen por una excesiva disciplina racional que coarte sus facultades de oposición o creatividad frente a los cánones establecidos. Platón -al decir de H. Read- hace de la música el "...dulce para disfrazar el amargo de un medicamento indispensable, es una manera de dorar la píldora" (2).

El arte es un tema inagotable como lo es la creatividad humana y -en consecuencia- se hace imperiosa la necesidad urgente de comenzar a organizar una jurídica del arte que contemple, al menos, algunos aspectos de tan vasta manifestación de los sentidos.

(2) Escribe Platón: "Así, pues, con el fin de que el alma del niño no pueda acostumbrarse a sentir alegría y pesar de una manera que esté en desacuerdo con la ley y quienes la obedecen, sino que pueda más bien cumplir la ley y regocijarse y afligirse con las mismas cosas que la gente de edad; con el fin, digo de producir este efecto, parecen haber sido inventados los cantos, que realmente deleitan y están destinados a implantar esa armonía de que hablamos. Y como la mente del niño es incapaz de soportar un entrenamiento serio, se los llama juegos y canciones y se los practica jugando...".

PLATON, "Las Leyes", op. cit., t. II, pág. 659-670.

# REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE EL DERECHO TRANSITORIO <sup>(1)</sup>

*Miguel Angel CIURO CALDANI*

## I. Ideas básicas

1. Una de las problemáticas más significativas para un país como Argentina, sometido a la tensión de las necesidades de incorporarse al orden reinante en los países desarrollados y de producir importantes cambios para superar su atraso, con miras a recorrer el sendero del verdadero progreso, es la del "Derecho transitorio". Mucho, aunque no suficiente, es lo que se ha discutido acerca del tema y, a nuestro parecer, resultan esclarecedores los aportes que pueden hacerse para su comprensión desde una perspectiva jusfilosófica trialista <sup>(2)</sup> como la que desarrollamos en estas páginas.

Desde el punto de vista de los conceptos, el Derecho transitorio suele ser comprendido al hilo de las nociones de retroactividad, efecto inmediato y ultraactividad <sup>(3)</sup>, pero en definitiva cabe reconocer que se trata de saber si el ámbito temporal pasivo, en que ocurren los casos, ha de coincidir o ha de diferir con el ámbito temporal activo, de vigencia de las normas, expresándose esta diferencia en la retroactividad o la ultraactividad.

En la dimensión normológica, cuando las captaciones normativas son entendidas como meras construcciones lógicas el Derecho transitorio tiene muy pocos límites, porque mientras se permanezca en ellas puede pensarse con franco apartamiento de la realidad, en este caso sobre todo de la realidad pasada. En cambio, en el despliegue sociológico, el Derecho transitorio se mueve en un marco especialmente condicionado por límites necesarios surgidos de la inmodificabilidad del pasado, que -sin embargo- puede ser pensado como si hubiese sido de otra manera y modificado en su sentido y sus consecuencias fácticas. En este marco, la expresión "retroactividad" es de cierto modo peligrosa, porque la "actividad" de la norma no puede cambiar el pasado en su temporalidad, sino sólo nuestro pensamiento sobre él, su sentido y sus consecuencias <sup>(4)</sup>. Los límites del Derecho transitorio poseen gran importancia para la comprensión profunda de su significado, pero es, no obstante, en la dimensión dikelógica donde se encuentran en definitiva las respuestas acertadas para los alcances temporales de las adjudicaciones. La retroactividad, los efectos inmediatos y la ultraactividad han de decidirse por consideraciones de justicia.

Muchas veces se han pretendido soluciones de Derecho transitorio consagradas dogmáticamente, por ejemplo, al hilo de la noción de derechos adquiridos, sin embargo, es a la luz de la filosofía jurídica y particularmente de la

(\*) Investigador del CONICET.

comprensión dikelógica que ha de resolverse al respecto. Quizás el orden del pasado sea siempre inferior al orden del presente y el porvenir y, tal vez, ni la coherencia con el pasado ni la coherencia actual y futura sean preferibles entre sí, porque toda coherencia tiene como tal igual jerarquía; sólo la vida, valorada por la justicia, brinda criterios transitorios penetrantes, porque nunca la vida vale igual y no hay preferencias a priori al respecto.

La retroactividad y la ultraactividad son las figuras extremas en relación con las cuales, en lugar "intermedio", cabe comprender los efectos inmediatos. Dejando de cierto modo al margen las cuestiones conceptuales con que se ha ido construyendo la filigrana teórica del Derecho transitorio, estas páginas están destinadas, sobre todo, a mostrar cómo la filosofía puede enriquecer esas nociones básicas de retroactividad y ultraactividad.

## II. El Derecho transitorio en sus despliegues trialistas

### 1) Parte General

2. En Derecho transitorio se presenta ante todo el conflicto entre dos o más adjudicaciones de potencia e impotencia. Aunque estas adjudicaciones pueden ser repartos (provenientes de la conducta de seres humanos determinables), realizadores del valor **conducción**, o distribuciones (originadas en la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas), que satisfacen el valor **espontaneidad**, el conflicto transitorio se hace especialmente agudo cuando se produce entre repartos, y así surge de la propia expresión "actividad" compuesta en las palabras "retroactividad" y "ultraactividad". En estos casos, la retroactividad acentúa de cierto modo la pretensión repartidora, que la relaciona más con la realización del valor **conducción**, en tanto la ultraactividad deja más juego al acontecer, satisfaciendo el valor **espontaneidad**. Sin embargo, la retroactividad irrumpre en el reparto anterior produciendo, desde la perspectiva de éste, la extinción de la conducción (5).

El reparto retroactivo cambia la identidad del reparto anterior y el ultraactivo la mantiene, lo que en términos trialistas puede entenderse sobre todo como cambio o mantenimiento de los **recipriendarios** y los sentidos de las **potencias e impotencias** adjudicadas. Si se trata de la "actividad" del nuevo o el viejo reparto, hay que saber así cuál es el alcance real de esa actividad (y, en definitiva, cuál es el complejo de valores respectivo). Puede hablarse, según el alcance del cambio, respectivamente de retroactividad por "transmudación" o "transustanciación" del reparto (6).

En la retroactividad hay más afinidad con la imposición de los repartos autoritarios, que satisfacen el valor **poder**; en cambio en la ultraactividad hay más reconocimiento de lo que ya se ha establecido, con mayor juego relativo de

la autonomía y del inherente valor cooperación. La retroactividad satisface más el valor revisibilidad y, en cambio, la ultraactividad brinda más juego a los valores previsibilidad y solidaridad, siendo éste un caso de excepción en que la revisibilidad realizada en el plan de gobierno en marcha se distancia del poder. La ultraactividad brinda previsibilidad con menos poder.

La retroactividad es más afín a la idea de revolución, en que cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, y por eso en ella el conflicto entre adjudicaciones es más frontal; en tanto que en la ultraactividad hay más parentesco con la noción de evolución, donde cambian sólo los criterios supremos de reparto y hay una vicisitud menos radical (7). Si perduran los repartidores, hay generalmente respeto de los repartos anteriores y ultraactividad.

La retroactividad significa la sustitución por lo menos parcial de un orden, en tanto que la ultraactividad corresponde a la integración del orden del pasado dentro del orden del porvenir (8). La retroactividad produce cierto desorden diacrónico y puede corresponder más a un estado de guerra; en cambio la ultraactividad significa cierto desorden sincrónico y en principio es más afín a la paz.

Según ya hemos referido, la retroactividad debe respetar el límite necesario de la inmodificabilidad del pasado. Por su parte, la ultraactividad ha de atender al necesario replanteo de los mandamientos referidos a cuestiones vitales en cada oportunidad en que han de cumplirse.

### b) Dimensión normológica

3. Una norma es retroactiva en tanto abarca total o parcialmente en su antecedente hechos ocurridos antes de su entrada en vigor; a su vez, es ultraactiva cuando su consecuencia jurídica sucede, total o parcialmente, luego del cese de su vigencia. En cambio, creemos que no es retroactiva una norma que condiciona a un hecho futuro las consecuencias de otro hecho futuro ocurrido luego de su entrada en vigor. Sería retroactiva, por ejemplo, una norma legal que dijera: "Dado que Juan sufrió un perjuicio antes de la entrada en vigor de esta ley... será subsidiado...", y también lo sería, v. gr., otra que dispusiera: "Si uno de los beneficiarios de un subsidio otorgado antes de la entrada en vigor de esta ley cometiera un hecho ilícito... será obligado a devolver su monto...". No lo sería, en cambio, una norma que dijera: "Si uno de los beneficiarios de un subsidio establecido en la presente ley cometiera un hecho ilícito,... será obligado a devolver su monto..." (9).

En la medida que una norma, por ser retroactiva, se refiera a un sector social pasado, anterior al marco de su ámbito activo, es una norma individual por el antecedente, realizadora del valor inmediatez; en cambio, la ultraactividad se relaciona con el carácter siempre 'futurizo' y genérico de la consecuencia ju-

rídica, satisfactorio del valor predecibilidad. Aunque la norma retroactiva es más claramente individual cuando contempla un sector pasado como pasado ("Dado que..."), también lo es cuando se refiere al pasado como una posibilidad a descubrir en el porvenir ("Cuando resulte que uno de los beneficiarios que han recibido subsidio con anterioridad a esta norma no había...").

Todas las fuentes reales de normas tienen fácticamente posibilidad de ser retroactivas o ultraactivas; sin embargo, es entre las **fuentes formales** que la problemática se hace más notoria. Entre éstas, tanto las leyes como las sentencias, por ejemplo, pueden ser retroactivas, aunque las sentencias siempre lo son de cierto modo, porque se refieren a casos sucedidos con anterioridad, y las leyes han sido crecientemente pensadas para morigerar los alcances retroactivos de las sentencias, haciendo las soluciones más predecibles. Pese a que la preocupación por la irretroactividad es muy anterior, el liberalismo político a través de la conquista de la elaboración de normas generales (referidas a sectores sociales supuestos) ha dado a las leyes más amplio carácter irretroactivo.

La retroactividad pretende que en el Derecho anterior hay una **carenza** de norma que, ahora ya en el pasado, posee más el carácter de una carencia dikelógica (aunque en su origen haya sido histórica) y que, como tal, es necesario superarla. Transcurrida ya la circunstancia del reparto pasado, si algo ha de hacerse para cambiarlo se debe a que es injusto, pues el caso ha tenido ya una solución, aunque no sea por reparto. Sin embargo, pese a esta estrecha vinculación con la etapa de la elaboración de las normas, la retroactividad se relaciona también de manera especial con la **interpretación**, ya que a través de ella puede lograrse, de manera falsificada, una criptorretroactividad.

Kantorowicz brindó, a través de la "teoría del Derecho libre", una sugerencia interpretativa más retroactivista; en cambio, la escuela de la exégesis había requerido más afinidad con la ultraactividad de la intención del legislador. La interpretación verdadera se vincula de cierto modo con la ultraactividad de las normas, ya que en ambas hay una "actividad" posterior al momento de la elaboración de la norma, aunque existe ultraactividad en sentido estricto sólo cuando el marco temporal activo ha cesado. A nuestro parecer, las enseñanzas trialistas, que respetan la auténtica voluntad del autor, pero reconocen la posibilidad de carencias dikelógicas, guardan el mejor equilibrio funcional entre ultraactividad y retroactividad. Por otra parte, por tratarse de problemas de "actividad" de las normas, la retroactividad y la ultraactividad se relacionan además de manera especial con la **aplicación**.

La versión subjetiva del problema transitorio emplea tradicionalmente la noción de **derecho adquirido** y, por su parte, la retroactividad suele valerse de la noción de **orden público**; pero ambas han de integrarse en la comprensión cabal de la cuestión. La retroactividad es especialmente afín a la idea de **institución**;

en tanto que la ultraactividad se vincula más con la noción de **contrato**. El Derecho transitorio, y dentro de él la retroactividad y la ultraactividad, son manifestaciones especiales de la problemática de las **relaciones entre respuestas jurídicas**, de la cual el Derecho Internacional Privado es, a su vez, expresión espacial internacional. Al hilo de la comprensión general de las relaciones entre respuestas, y aprovechando el desarrollo teórico del Derecho Internacional Privado, cabe reconocer los fenómenos –en este caso transitorios– de coexistencia de unidades relativamente independientes, dominación, integración, desintegración o aislamiento relativo (10).

La retroactividad suele valerse, cuando la captación normativa es plena, de la integración **relacional** de la adjudicación anterior, que es traída a colación por la norma del nuevo reparto. Además, suele integrar la realidad anterior con distintos **significados** que le incorpora la nueva normatividad. Así, por ejemplo, las normas retroactivas antes señaladas relacionan el nuevo reparto con un perjuicio o un subsidio anteriores; en tanto que, por otra parte, una norma retroactiva puede hacer –v. gr. – que una realidad que antes tuvo un significado posea otro, como –por ejemplo– cuando se dan por cumplidos servicios no prestados. Los riesgos de falsificación de la realidad inherentes a la integración normativa se presentan aquí en la retroactividad.

El ordenamiento normativo va produciéndose a través de “subordenamientos” sucesivos, de cierto modo semejantes en el tiempo a los “subordenamientos” en la referencia espacial que descubrió Triepel al apuntar a la aparente diversidad de hontanares entre Derecho Internacional y Derecho Interno. No es por azar que ambos problemas se hicieron más evidentes en una época de predominio del Derecho legislado, cuando la mutación temporal y los conflictos de contenidos, que en las costumbres eran menos notorios, se hicieron más perceptibles. La norma hipotética fundamental de un ordenamiento normativo es siempre retroactiva, porque el ordenamiento pretende en definitiva cierto monopolio del tiempo jurídico, que abarca también el pasado. Por su relativa plenitud, la solución que pretende retroactividad es más afín a la **codificación**, en tanto que la coexistencia de soluciones distintas en la ultraactividad tiene más proximidad con la **recopilación** (11).

### c) Dimensión dikelógica

4. La apreciación definitiva de los alcances que tienen y han de tener la retroactividad y la ultraactividad debe hacerse en relación con el valor cuya posible realización identifica en última instancia al Derecho, que es la **justicia** (12). Más que los cambios y las permanencias formales, interesan las que se producen en la realidad social y, en definitiva, los cambios y las permanencias respecto de la realización de la justicia. La elección entre la solución anterior y la

posterior, propia del Derecho transitorio, evidencia toda su tensión pero encuentra también las vías de su debida realización cuando se reconoce la objetividad y el carácter de único valor jurídico absoluto de la justicia. Para el subjetivismo y el relativismo de los valores, la elección queda librada al mero juego de las opiniones subjetivas, en sí equivalentes, y de los valores relativos (poder, cooperación, previsibilidad, orden, etc.). Al hilo de la justicia en "coadyuvancia" con los otros valores, el Derecho transitorio encuentra su debido equilibrio; en tanto que todas sus desviaciones obedecen a fenómenos de secuestro, por ejemplo por subversión del poder, la cooperación, la previsibilidad, etc. (o sea de los valores relativos) que, falsificados, se alzan contra la justicia.

La retroactividad se apoya más en la justicia integral y en la justicia general, que se refieren respectivamente a la totalidad social y al bien común, en tanto que la ultraactividad se afirma más en la justicia sectorial y particular. En consecuencia, la retroactividad es más afín al Derecho Público, identifiable por la justicia general, y la ultraactividad está más emparentada con el Derecho Privado, reconocible en suma por la justicia referida a los particulares. Cuando el Derecho Público consagra enérgicamente la irretroactividad de las leyes, como lo hace en el Derecho Penal contemporáneo, se inspira en el liberalismo político, que "hipoteca" el Derecho Público con la protección a los gobernados, de cierto modo particulares, a quienes tiene en cuenta de modo directo el Derecho Privado. La retroactividad se produce sobre todo por una insatisfacción respecto de la justicia de llegada, en tanto la ultraactividad resulta más próxima a la posición de la justicia de partida. Fracasada la justicia "rectora" de la primera adjudicación, la retroactividad corresponde a una apelación a la justicia "correctora".

Aunque de cierto modo permite una valoración más próxima a los hechos tales como se produjeron, la retroactividad significa también el triunfo del criterio general de la nueva adjudicación y la crisis del criterio de la anterior. En el primer sentido, la ultraactividad corresponde, en cambio, al triunfo del criterio general orientador de la adjudicación anterior. La retroactividad debe satisfacer el desfraccionamiento de una influencia "ex tunc" del porvenir, o sea el descubrimiento de que lo que antes se creyó justo no lo fue, aunque corre el riesgo de fraccionar indebidamente los fundamentos dikelógicos de la solución anterior, que la ultraactividad considera. La ultraactividad significa, en cambio, un fraccionamiento de las influencias del porvenir y como tal produce seguridad jurídica (13). Por otra parte, mediante la retroactividad se trata de cierto modo de desfraccionar el pasado evitando que desde él las injusticias influyan en el presente y el porvenir y la ultraactividad corresponde, en cambio, al fraccionamiento opuesto.

El principio supremo de justicia, consistente en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para convertirse en persona, significa en el Derecho

transitorio liberar del pasado mediante la retroactividad y liberar del presente y el porvenir a través de la ultraactividad. En última instancia, exige proteger a los hombres del pasado y de cierto modo a los hombres del porvenir, que son —en diversos grados— especialmente débiles.

La retroactividad puede invocar la “aristocracia” de quienes están situados en el porvenir conocen más el significado de los acontecimientos, pero también necesita más de la aristocracia para irrumpir en el pasado. En cambio, la ultraactividad guarda, en estos sentidos, más afinidad con la autonomía, aunque tiene alguna afinidad con la aristocracia por la contemporaneidad de los repartidores con el planteo inicial de los casos. La retroactividad y la ultraactividad pueden desviarse con intervención de repartidores meramente “fácticos”, que sin legitimidad irrumpen en el pasado o en el presente y el porvenir.

En uno de sus significados más profundos, la retroactividad y la ultraactividad expresan el reparto del tiempo (como “temporalidad”), que la primera otorga a la nueva adjudicación y la ultraactividad a la anterior. La retroactividad plantea especialmente el problema de saber si, siendo repartible, el pasado es objeto repartidero. Si bien el hombre debe poder “saber a qué atenerse”, también son debidas la evolución y la rectificación para el avance, que son inherentes al desarrollo y la integración exigidas por la propia noción de persona. La ultraactividad suele estar especialmente fundamentada en las cuestiones de importancia intermedia: en los asuntos menos importantes la practicidad puede llegar a legitimar la retroactividad y en los más vitales la vinculación con la condición humana también exige con frecuencia la retroactividad. La “intertemporalidad” difiere de la “atemporalidad” y de la temporalidad profunda.

El Derecho transitorio agudiza los problemas del **humanismo** que debe satisfacer un régimen para ser justo y hace especialmente necesario que cada momento sea un fin en sí, evitando que los hombres del pasado sean convertidos en medios de los actuales y los del porvenir, a través de una retroactividad infundada, o que los hombres del presente y el porvenir sean medios de los hombres del pasado, al hilo de una ultraactividad indebida. La retroactividad acentúa el riesgo de totalitarismo en sentido estricto, donde los hombres son tomados como medio del conjunto social, y la ultraactividad agudiza el riesgo de “totalitarismo” individualista, en que los hombres son considerados medios de otros hombres.

La retroactividad se inspira más en la **igualdad** y en la **comunidad** de todos los hombres, que se satisfacen mejor en la democracia y la “res publica”; en cambio la ultraactividad se apoya más en la **unicidad**, que se realiza principalmente a través del liberalismo político. A su vez, la ultraactividad es especialmente afín al clima de **tolerancia**, aunque suele caer en la **indiferencia**, y la retroactividad puede realizar la verdad al servicio de la tolerancia, pero también corresponder, sobre todo, al clima de **autoridad**. El pasado, el presente y el porvenir

integran "lo demás" contra lo que el régimen a través de un justo Derecho transitorio debe proteger (14)

En definitiva, la retroactividad es justa cuando significa un progreso (o sea que el nuevo reparto es más justo que el anterior) y la ultraactividad es justa cuando conserva lo debido. Todo esto debe apreciarse a la luz del resultado de todas las perspectivas jusfilosóficas; lo que antes podía reconocerse por una intuición global, hoy puede analizarse y sintetizarse sobre todo a la luz de las diversas perspectivas jurídicas (de conducción, espontaneidad, poder, cooperación, etc.) señaladas por la teoría trialista del mundo jurídico.

## 2) Parte Especial

5. El desarrollo de una rama jurídica en cuanto a Derecho transitorio es una muestra de los significados profundos de su "espíritu". Así, por ejemplo, la retroactividad del **Derecho Constitucional** evidencia su conexión con bases últimas del régimen, sobre todo en cuanto a organización de la comunidad. A la luz de la retroactividad de lo favorable y la irretroactividad de lo desfavorable al reo, que debe imperar en el **Derecho Penal** liberal, se puede advertir la tensión entre los gobernantes y el gobernado, en este caso en calidad de reo, que es inherente al liberalismo político en que se inspira. En las cuestiones procesales formales procedimentales, puede ser legítima la retroactividad para facilitar los trámites; en los asuntos materiales, en principio suele ser exigible más ultraactividad para respetar lo que ya ha precluido, pero en las cuestiones procesales materiales más profundamente significativas –por ejemplo, la no denegación de justicia–, vuelve a resultar, ahora muy sólidamente, aplicable la retroactividad. En **Derecho Internacional Público** la retroactividad y la ultraactividad reflejan, como hemos dicho, las respectivos estados de guerra y de paz (15).

En el **Derecho de las Obligaciones** contractuales, la ultraactividad suele resultar legítima por el nivel "intermedio" de los contenidos; en tanto que en el **Derecho de Familia** es, con frecuencia, más fundada la retroactividad, porque se trata de asuntos más vinculados a la condición humana. En **Derecho Internacional Privado**, la diversidad de opiniones entre las soluciones transitorias autárquicas y analógicas, principalmente de la "lex transitus legis civilis fori" y la "lex transitus legis civilis causae", expresa las tensiones entre la internacionalidad en sí misma y las referencias a los Derechos nacionales en sus orientaciones más "chauvinistas" o "cosmopolitas". El respeto al elemento extranjero, llevado a sus últimas consecuencias legítimas, exige la imitación de las soluciones transitorias "causae" para el **Derecho Internacional Privado** y también para el Derecho declarado aplicable (16).

## **II. Horizontes de Historia del Derecho y Derecho Comparado**

6. La retroactividad es más afín a los períodos de cultura, en tanto que la ultraactividad se difunde más en las épocas de civilización. En la decadencia el Derecho transitorio se desorienta y recurre confusamente a las dos soluciones. La desorientación del Derecho transitorio en países como Argentina, donde se retroactivizan y ultraactivizan las soluciones al hilo de la inestabilidad y tendenciosamente, merecería reflexiones jusfilosóficas más frecuentes.

Para encontrar la solución transitoria debida, como para hallar las verdaderas exigencias de la conservación y el progreso jurídicos, deberían tenerse en cuenta los datos de la evolución humana en sus perspectivas más plenas, a fin de no pretender que se mantenga lo que debe cambiarse ni que se cambie lo que ha de mantenerse.

En virtud del dinamismo y el individualismo que caracterizan al Derecho Occidental, el Derecho transitorio y en especial la ultraactividad resultan en él particularmente significativos; más, por ejemplo, que en el Derecho Soviético, donde el deseo de lograr los fines revolucionarios apoya la retroactividad.

## **III. Horizonte de política general**

7. Los valores no jurídicos que determinan las otras ramas de la convivencia poseen en general significados transitorios menos tensos, porque en ellos la mayor realización del valor supera más directamente los méritos de las soluciones de otras épocas, dando con frecuencia más fundamento a la retroactividad. Así sucede, por ejemplo, en la política religiosa, identificable por el valor santidad; la política erológica, reconocible al hilo del valor amor; la política científica, que debe satisfacer —por su parte— el valor verdad, o la política artística, signada, a su vez, por el valor belleza. Cuando se prescinde de las consideraciones jurídicas, estos valores generan fenómenos de agresión, donde las potencias e impotencias se comparten, y entonces los conflictos que desembocan en la tensión entre ultraactividad y retroactividad desaparecen. En cuanto a la política económica, identificable por las exigencias del valor utilidad, la relación del medio a fin exige la primacía “futuriza” y retroactivista de éste, pero —a su vez— el debido “espacio” entre ambos requiere ultraactividad.

La arrogación del material estimativo de unos valores por otros (por ejemplo, de la justicia por la santidad, o a la inversa) y la subversión contra el más alto valor a nuestro alcance, la humanidad, generan soluciones transitorias desviadas (en una imaginaria sociedad de santos, habría muy pocas soluciones ultraactivas).

#### IV. Horizonte filosófico general

8. Los problemas del Derecho transitorio son con frecuencia especialmente agudos en los marcos dominados por el **voluntarismo** y por el **positivismo**; en tanto que el **racionalismo** y el **jusnaturalismo**, remitidos fuera de la voluntad humana, suelen tender a que esas cuestiones sean menos tajantes. En los conflictos entre voluntades no remitidos a los valores, la elección se hace especialmente difícil; en cambio, si bien lo que se cree de Derecho Natural suele considerarse retroactivo, la "naturaleza" presenta con frecuencia menos "saltos" que la voluntad humana.

- (1) Puede v por ej. ROUBIER, Paul, "Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)", 2a. ed., París, Dalloz - Sirey, 1960; PACE, Gaetano, "Il Diritto Transitorio con particolare riguardo al Diritto Privato", Milano, Ambrosiana; MARTY, Gabriel - REYNAUD Pierre, "Droit Civil", t. I, 2a. ed., París, Sirey, 1972, págs. 184 y ss.; MAZEAUD, Henri y León - MAZEAUD, Jean, "Lecciones de Derecho Civil - Parte Primera - I", trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As., EJEA, 1968, págs. 212/213 y 221 y ss.; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil argentino —Parte General— 7a. ed., Bs. As., Perrot, 1980, t. I, págs. 155 y ss. y 187 y ss.; "Retroactividad de la Ley y Derechos Adquiridos", Bs. As., Perrot, 1951; FIORE, Pasquale, "La irretroactividad e interpretación de las leyes", trad. Enrique Aguilera de Paz, 2a. ed., Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1900; ENNECERUS, Ludwig, "Derecho Civil (Parte General)", en ENNECERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martín, "Tratado de Derecho Civil" trad. Blas Pérez González y José Alguer, vol. I., Barcelona, Bosch 1934, págs. 232 y ss.; RUGGIERO, Roberto de, "Instituciones de Derecho Civil" trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, vol. I., Madrid, Reus, esp págs 169 y ss ROTONDI Mario, "Instituciones de Derecho Privado", trad. Francisco F. Villavicencio, Barcelona, Labor, 1953, págs. 665 y ss.; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil — Parte General— I", 6a. ed., Bs. As., Perrot, 1975, págs. 131 y ss., GOLDSCHMIDT, Werner, "Estudios jusprivatistas internacionales" Rosario, UNR 1969, págs. 291 y ss., "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As. Depalma, 1976, págs 77/78, 228/229, 238, 257/258 y 435/436; v. asimismo "Digesto Jurídico" La Ley, t. I, págs. 873 y ss. y "2", t. I, págs. 634 y ss.
- (2) Puede v GOLDSCHMIDT "Introducción" cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política" Bs. As. Depalma, 1976, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política" Rosario, FIJ, 1982 - 1984 "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ 1986, "Perspectivas Jurídicas" Rosario FIJ, 1985; "Filosofía, Literatura y Derecho" Rosario FIJ, 1986
- (3) V ROUBIER, op. cit. págs 9 y ss
- (4) V PACE, op. cit. págs 134 y ss también v GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit págs 75 y ss
- (5) PACE op. cit. pág 136

- (6) Puede v. CIURO CALDANI, "Derecho", cit. pág. 52
- (7) V. ROUBIER, op. cit., págs. 69 y ss.
- (8) Puede v. BOUDON, Raymond, "La place du désordre", Paris, Presses Universitaires de France", 1984.
- (9) V., no obstante, PACE, op. cit., págs. 151 y ss.
- (10) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 59 y ss.
- (11) V. ROUBIER, op. cit., págs. 89 y ss.
- (12) Cabe tener en cuenta BORDA, obras citadas.
- (13) V. PACE, op. cit., págs. 135 y ss.
- (14) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit. págs. 452/453.
- (15) No cabe duda que, por ejemplo, es diversa la solución que tendría el tratamiento del Derecho inglés en las islas Malvinas, hipotéticamente recuperadas, a través de la retroactividad de la *guerra* o la ultraactividad de la *paz* (en ambos casos, también con otras posibilidades interpretativas *jusprivatistas internacionales*, principalmente iluminables a la luz de la teoría del uso jurídico).
- (16) V. no obstante GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1985, págs. 65 y ss.

# CULTURA Y SISTEMA JURIDICO

(PERSPECTIVA IUSFILOSOFICA DEL DERECHO EN LA "EDAD MEDIA")

Diego José COLOMINA

## A) – INTRODUCCION:

Fueron los humanistas del Renacimiento los que iniciaron la práctica de dividir la historia en tres grandes etapas: antigua, medieval y moderna. Tal distinción se fundó en la convicción de que el mundo había vivido sólo dos períodos de auténtica creación y progreso: la cultura greco-romana por un lado, y el de los inventos modernos por otro. Entre ambos períodos una etapa intermedia (Edad Media), signada a su entender por un abismal sometimiento en la ignorancia y la superstición, un extremo desapego por los bienes materiales, y una permanente preocupación por evitar las miserias de este mundo y los tormentos del infierno. Bajo tales características el período bien pudo ser llamado "Edad de las tinieblas".

Tradicionalmente los historiadores señalan el fin de la "Edad Media" por uno de estos sucesos; la toma de Constantinopla por los turcos, en 1453, o la proclamación de la Reforma protestante por Martín Lutero en 1517. Sin embargo, el mencionado período de oscurantismo y posterior renacimiento no guarda correspondencia exacta con la cronología señalada. La colocación de estas piedras miliares históricas es arbitaria. El renacimiento del saber y la preocupación por las cosas mundanas no fue un fenómeno repentino o abrupto, sino un proceso continuo, que como se ha de ver más adelante, en algunos aspectos se remonta al siglo XII. Por ende no debemos dejarnos engañar por la imagen popular de una cultura medieval absolutamente dominada por la teología, ni suponer que, en el siglo XVI, fue reemplazada súbitamente por un sistema de pensamiento progresista desembarazado de autoridades anticuadas. Las postimerías del siglo XIII señalan a un tiempo mismo la culminación de un orden económico, social, político y espiritual y los signos de una profunda crisis que debía romper un equilibrio, armonía y estabilidad que rodeaba al hombre del primer período medieval (1).

En efecto, en la específica problemática jurídica, veremos que la línea evolutiva que arranca y se define desde el siglo VII en adelante, delata como el resto del marco cultural un quiebre en el curso del período comprendido entre el siglo XI y XII. En adelante, el derecho refleja una estructura económica distinta y un plexo axiológico más complejo (2). Ello es así por cuanto Europa gestó en el propio seno de la Edad Media las fuerzas del capitalismo renovador, que habrían de destruir en el curso de la Edad Moderna las formas feudales de producción.

(\*) Investigador del CIUNR



## B) – EL CONTORNO CULTURAL:

### a) Los componentes del marco cultural en la “Alta Edad Media”

A nuestro entender, y con la salvedad que hemos de plantear más adelante en torno a la discontinuidad del período, el esquema cultural de la Edad Media se desenvuelve en general al hilo de dos actitudes protagónicas que guardan por supuesto, estrecha compatibilidad con el orden económico, social en que había desembocado el sistema productivo del “Bajo Imperio”, y la no despreciable influencia de las conquistas del Islam. Una de aquellas actitudes, la religiosidad, aunque proveniente de Asia Menor venía incubándose en las entrañas mismas del Imperio. A su caída, institucionalizada en la “Iglesia Cristiana” llegó durante la Edad Media a ser una de las preocupaciones esenciales, al extremo de eclipsar y determinar el resto de las actividades del hombre medieval. El segundo estímulo vital provenía en cambio de los pueblos invasores, raza vigorosa que amoldaba su religión, su derecho y su organización a un espíritu esencialmente bélico (3). Este ingrediente se sintetiza en la actitud guerrera de los bárbaros, y su consecuente propensión a dirimir los conflictos jurídicos a través del combate. Frente a este “ethos pagano-bélico”, gestor de la banda de estados sucesores efímeros que surgieron en el antiguo territorio del Imperio; el otro “ethos” a saber, la cristianización, cuya sobrada influencia en el derecho analizaremos más adelante.

### b) Los valores orientadores del período

Ratificando lo expresado, una primera aproximación a esta etapa ascendente de la Edad Media, nos coloca frente a un avasallador despliegue de la religiosidad sobre el resto de las manifestaciones culturales. Impulsado por la Iglesia, el valor **santidad** tomaría un rol predominante en el espectro cultural de este período. Como ha dicho Pirenne, la renunciación del monje es el ideal hacia el cual debe dirigir la mirada toda la sociedad. Como contrapartida, la búsqueda de la **utilidad** dejaba de ser puntal orientador de la acción humana, y es más, hasta debía ser reprobada, ya que, el “tratar de hacer fortuna es caer en el pecado de la avaricia”, estimándose por el contrario a la pobreza como de “origen divino y de orden providencial”. Basándose en este presupuesto axiológico, la Iglesia logró a partir del siglo IX que la prohibición de la usura, en un principio limitada a los religiosos, se extendiera a los laicos. En tal sentido puede retomarse entonces aquella afirmación, según la cual “la **santidad** fue el gran valor estabilizador y generador de exigencias de la Edad Media; .. (4) A sus exigencias respondió el derecho, pero también lo hicieron la literatura, la arquitectura, y hasta en cierto grado las técnicas productivas y comerciales

Pero además, el plexo axiológico se integraba con la presencia de otro valor, apuntalado éste en la vocación guerrera de los bárbaros y al que provisoria-

mente calificaremos como "heroísmo", entendido como la exaltada estima de la destreza física y el manejo de las armas. Más tarde su contenido se habría de completar con otras virtudes, pero no puede ignorarse que el acto de "armarse para la guerra" y el "éxito del combate", fundaban jerarquías en la cultura germana y hasta daban el marco más elemental para la personalización del individuo. Como veremos la misma capacidad jurídica estaba condicionada a la aptitud y disponibilidad para la guerra.

Así, pues, la figura del "caballero" se convirtió junto con la del "monje" en un modelo para la realización personal, y a la capacidad para el lance caballeresco se agregaron bien entrada la Edad Media, tres virtudes que se consideran esenciales a su carácter: la lealtad, cortesía y munificencia.

Este renacimiento del espíritu heroico caracterizaba toda la alta Edad Media que bien podría llamarse la época feudal por excelencia. Son numerosos, señala Romero (5), los signos del renacimiento germánico que aparecen en ella y entre todos, el sentimiento de la hazaña individual ocupa un lugar preferente. Muy pronto la figura del caballero y el recuerdo de su hazaña, habrían de adquirir caracteres de leyenda. En la figura de Carlomagno, de Rolando, del Ruy Díaz brilla la audacia, la desmesura, el esfuerzo sobrehumano, el valor ilimitado, el anhelo de gloria.

Ha dicho César Cantú acerca de la caballería: "Hállanse en más número los gérmenes de la caballería entre los germanos, donde la mujer era objeto de una veneración próxima al culto; donde un príncipe no se podía sentar a la mesa paterna antes de haber obtenido con alguna hazaña, el honor de recibir de un rey enemigo la espada de guerrero".

Estas dos actitudes frente a la vida, religiosidad y disponibilidad para el combate, encontraron unas veces armónica conciliación dando nacimiento a las conocidas "Ordenes de Caballería" o a las mismas "Cruzadas", empresas éstas que se sostuvieron en gran parte en la exaltación de ambos valores. De la misma manera, el desprendimiento de los bienes materiales a la que llamaba la munificencia del caballero encontraba un parangón en la indigencia del monje.

Pero no es menos cierto que ambas actitudes encontraron también serios puntos de colisión, como cuando la Iglesia tratando de encontrar una morigeración a las permanentes guerras instituía para sus fieles la "tregua de Dios" y la "paz de Dios". La primera de ellas, consagrada en los concilios franceses de los siglos IX y XI, prohibía las hostilidades en las grandes festividades religiosas. La segunda, inspirada en concepciones humanas, reglamentó el trabajo a los vencidos y no combatientes e introdujo un sentido de respeto a la propiedad pública, eclesiástica y privada. La Iglesia declaraba impía la ley que permitía el combate en los conflictos privados, y la ley de los borgoñeses por ejemplo, consideraba por su parte un sacrilegio la que establecía el juramento como medio de prueba.

Se trataba de una lucha de poderes. Por una parte a los eclesiásticos les convenía ver que en todos los asuntos seculares se recurriese a las iglesias y a los altares, y por otra, a la nobleza orgullosa le convenía mantener sus derechos con la espada (5).

### c) La estructura económica condicionante del espectro cultural

Es necesario señalar que esta noción de mundo centrado en la religiosidad y el combate respondía perfectamente a las condiciones económicas de un período en el que la actividad productiva había quedado reducida a una economía de subsistencia.

Sin que signifique ignorar las limitaciones a que estaba expuesto el sistema esclavista romano (7), participó en gran medida de la idea de que fue la brusca irrupción del Islam durante el siglo VII, y su conquista de las costas orientales, meridionales y occidentales del Mediterráneo, al factor que terminó casi totalmente el movimiento comercial que había quedado del derruido "Imperio Romano de Occidente". (8).

Como lo ha dicho quien formulara esta hipótesis, en el curso del siglo VIII, los mercaderes desaparecieron a consecuencia de la interrupción del comercio, y el Occidente europeo entró (después del período de confusión que se extiende entre el año 400 y 850) al estado de región exclusivamente agrícola. La tierra fue la única fuente de subsistencia, la única condición de la fortuna y la riqueza mobiliaria no tuvo posibilidades de empleo económico alguno. En lo específico jurídico, la tierra se ha hecho base de todo derecho, al mismo tiempo que el poder espiritual adquiere preponderancia sobre el temporal. La antigua administración del Estado ha desaparecido, y ha sido reemplazada análogamente a lo que ocurre en las sociedades primitivas por asambleas de terratenientes-griegos y por prelados que se reúnen con el rey para deliberar sobre la política del reino.

En la baja Edad Media, la compraventa no es actividad habitual de nadie y el comercio ha dejado de ser una de las ramas de la actividad social, a tal grado, que cada dominio satisface por sí solo todas sus necesidades.

Es cierto que el terrateniente contaba con el control de los medios de producción, pero la idea de ganancia, y aún la posibilidad de obtener diferencias económicas eran incompatibles con su situación. Como no tenía medio alguno, por falta de mercados extranjeros, de producción en vista de la venta no tenía que esforzarse en obtener de su gente y de su tierra un excedente que sólo constituiría para él un estorbo.

Este esquema agrario, cerrado en los límites del "latifundio", estático y estratificado, no incitaba ni a los cambios ni a la obtención de diferencias y toleraba con soltura los ideales económicos de la Iglesia. No habiendo posibilidad de intercambiar nada se violentaba prescribiendo que el comercio es peligroso

para el alma" o "que su ejercicio aparta al hombre de los fines postreros". A nadie estorba la prohibición del mutuo con interés, cuando no hay requerimientos para inversiones especulativas, o cuando no hay capital dinerario acumulado.

Además, en este esquema social el valor económico del tiempo no existe, y quien no necesita pensar en su subsistencia puede pasar la vida combatiendo (9). Así pues, el espíritu militar incorporado por los bárbaros terminó en la formación de un grupo profesional de caballeros que aprendían el oficio exprofeso. Muy poco se valora la riqueza que la guerra destruye, y al fin y al cabo muy poca riqueza hay para destruir.

Concluyendo, la estructura económica que se describe como propia del período explica con bastante claridad la permanencia y estabilidad de ambos valores. Recién a mediados del siglo XI, cuando Europa rompe el aislamiento en que la había sumido la pérdida del Mediterráneo el contacto con los mercados exteriores provoca una alteración en la estructura económica que se refleja inmediatamente en la composición del marco cultural.

### C) – EL DERECHO INTEGRA LA UNIDAD CULTURAL DE LA EDAD MEDIA”

La especificidad de nuestro trabajo trae aparejada la necesidad de demostrar en qué medida el derecho, tensionado por las variables comentadas, recibía su impronta y adecuaba las soluciones a sus requerimientos.

#### a) Estructura económica y derecho

Como se observó, la regresión al sistema de economía natural dejó una profunda marca en el régimen de obligaciones patrimoniales. La falta de moneda y la expansión del trueque importó el repliegue de todas aquellas formas contractuales en las que una de las prestaciones consistía en una suma de dinero y que tan elevado desarrollo habían tenido en el período clásico del Derecho Romano. La compraventa cedió su lugar a la permuta. La locación de predios rústicos se vió reemplazada por esquemas típicamente feudales en los que la contraprestación por el goce se halla representada por una porción de los frutos, o por prestaciones de servicios periódicos en el fundo del señor ("corvée") (10). La misma locación de servicios deja de ser remunerada por una suma de dinero, y el locador recibe en compensación seguridad, alimentación, vivienda y vestido (11). La falta de comercio borró la capacidad de abstracción que permite concebir separadas en el tiempo y en el espacio la compra y la venta, la venta y el pago; con lo que vino a desaparecer la noción de las operaciones a crédito.

El estado de estancamiento económico armoniza a la vez con el primitivismo jurídico de los bárbaros, operándose una completa regresión, en la que el formalismo vuelve a ser el fundamento de las obligaciones. El rasgo más caracte-

rístico de la ley sálica por ejemplo era el simbolismo. Se realiza la entrega de un bien traspasando la "festuca" o el "wadium" (prenda). Todo puede convertirse en símbolo, un pedazo de césped, una cepa de viña, una rama, un cuchillo, etc. Estos símbolos, adecuados para los contratos que suponía la transmisión, venta o división de un bien, se terminaron empleando para muchos otros contratos: mandato para representar en juicio, fianza, promesa de comparecencia en juicio, etc. En síntesis, la simple palabra, el sólo consentimiento no bastan para crear el vínculo, sino que es preciso que se apoye en una prenda (Wadium), o que la refrende un fiador; el formalismo jurídico "toma su eficacia de la magia y la religión".

Como relata Ourliac: "En la sociedad franca, las más frecuentes obligaciones tienen como origen un delito y la actividad contractual está extremadamente reducida, dificultada por la escasez de moneda y por la inseguridad del recurso a los Tribunales. No hay más comercio que el relativo a algunas mercaderías raras y preciosas que son pagadas normalmente al contado" (12). Como adelantamos, la noción del crédito ha desaparecido, y la inseguridad de cumplimiento y recurso judicial aventa toda posibilidad de empleo.

Cuatro o cinco actos completan el cuadro contractual de la época, y resultan suficientes para las necesidades económicas hasta tanto la economía urbana dinamice los mercados. El autor mencionado precedentemente refiere que sólo hay dos tipos de contratos que han dejado rasgos en documentos escritos.

"1º) -La venta, la permuta, la división y sobre todo la donación, mal distinguidos entre sí; el beneficiario es casi siempre la Iglesia.

"2º) -Las concesiones inmobiliarias, el precario por ejemplo; del mismo modo los elementos que van a dar lugar al contrato feudal: beneficio, recomendación y homenaje" (13).

Esta pobreza de derechos personales se explica no sólo por la falta de cambios, sino por el hecho de que los derechos reales se convierten en el instrumento preferido para la transferencia de la potencialidad de los bienes. Efectivamente, los momentos de escasa actividad económica en los que la riqueza pende casi exclusivamente de la propiedad inmueble, se caracterizan siempre por tener un enorme desenvolvimiento de los derechos reales a expensas de las relaciones personales. Es lo que ocurría en la Roma primitiva, en la instancia feudal de la cultura egipcia, en el norte mesopotámico, y se repite ahora en el medioevo Occidental (14).

Ocurre que, el señor feudal, necesitado de ciertos bienes que su irracional método de explotación no le produce, comienza a desmembrar la suma de potencialidades que su dominio implica, en una pléyade de derechos reales (15).

## b) Religiosidad y derecho

La influencia del cristianismo en el derecho, que resaltamos como rasgo característico de la Edad Media, habíase hecho sentir sin embargo ya en la última fase del Derecho Romano. Los nuevos ideales de castidad y caridad impedían a combatir el divorcio, las segundas nupcias, el concubinato legal, a alterar la esencia del patrimonio, a condenar la abominable exposición de los niños, a fomentar y favorecer las manumisiones, mitigar las penas, dar impulso a las finalidades de protección a los débiles, etc. Evidentemente, la idea de castidad cristiana en el mismo derecho justiniano fue inspirando la legislación matrimonial que terminó por apartarse de las soluciones dispuestas por Augusto, las que con la finalidad de fomentar los matrimonios y nacimientos establecían incapacidades en el orden sucesorio contra los solteros, los matrimonios sin hijos y los viudos y divorciados que no contrajeran segundas nupcias. Es que el predominio de la "santidad" llevó en cambio a concebir al celibato como un estado más perfecto que el matrimonial. Las segundas nupcias son miradas por los padres de la Iglesia como "speciosum adulterium" u "honesta fornicatio". La caridad cristiana hizo eximir de responsabilidad al fideicomisario que ha invertido la herencia en el rescate de prisioneros. Es la caridad cristiana la que impulsa a Justiniano la creación de obras pías. Y es aquí precisamente cuando surge el concepto de persona jurídica, la "pía causa" o la "universitas personarum", modelada por el pensamiento helénico pero motivada por los principios cristianos.

Otras veces el mismo interés patrimonial de la Iglesia insuflaba vida a ciertos preceptos jurídicos. Se reconoció validez a las disposiciones testamentarias en las que se instituían como herederos o legatario a Jesucristo, disponiéndose que en tal caso se entendía hecha a favor de la Iglesia del lugar de residencia del causante (16). La "conditio indebiti" no puede prosperar para la repetición de lo recibido sin causa en virtud del testamento legado por una Iglesia. El término de prescripción contra la Iglesia se extiende a cien años, etc.

Sin embargo, a partir del siglo VIII la Iglesia deja de ser sujeto pasivo de la actividad legislativa, se convierte en una estructura paralela al poder temporal y comienza a elaborar una planificación que se superpone y hasta llega a desplazar la legislación imperial. Por ejemplo, la prohibición cristiana de la usura que en un principio se limitaba a los miembros del clero, se extendió a partir del siglo IX a los laicos. La búsqueda de la "santidad" y la salvación impulsaba el desarrollo de los actos fundados en la justicia espontánea (negocios jurídicos altruistas); como la donación (en la forma de la limosna hacia la Iglesia y los desposeídos), el mutuo sin interés, el comodato, etc. Impedía a la vez a los mercaderes que se enriquecieran en plena libertad de conciencia y conciliaran la práctica del comercio con la religión, actuando como obstáculo al desenvolvimiento de las instituciones del derecho mercantil.

Pero la Iglesia vio facilitada su influencia además, por cuanto en el clima de ignorancia propia del período, sólo ella mantenía el conocimiento de la lectura y la escritura, razón por la cual los príncipes y los reyes debían reclutar forzosamente en el clero a sus cancilleres y a sus notarios.

No cabe duda que en materia del derecho de familia, fue la Iglesia la que por el siglo VIII ó IX amplió el perímetro de la exogamia extendiendo la prohibición del matrimonio al séptimo *geniculum* (más o menos nuestro catorceavo grado). Pero la exogamia extrema no fue el único impedimento sostenido en un postulado religioso, debe anotarse el impedimento proveniente de los **votos solemnes** de un clérigo regular o las órdenes mayores de un clérigo secular; y la situación del no bautizado o del hereje (*cultus disparitas*).

La Iglesia logra en este período estructurar una familia religiosa (paralela a la de sangre) a través del parentesco espiritual. La principal forma de este nuevo vínculo era instituida por el bautismo, entre el niño bautizado y sus padres, por una parte, y padrino y madrina por otra. A partir del siglo VIII este parentesco estuvo sometido a la misma prohibición de matrimonio que el parentesco de sangre. Es probable que entre las razones que explican la firme extensión del doble parentesco, estuviese la relativa seguridad que constituía para los niños en caso de fallecimiento de los padres, pero quizás más todavía, por la facilidad que se ofrecía en caso de matrimonio estéril.

Por último, la Iglesia, aprovechándose de la debilidad del Estado había logrado transformar en un verdadero poderío de jurisdicción la autoridad disciplinaria que ejercía **ab antiquo** en orden a las condiciones y formas de celebración del matrimonio, como asimismo tal como lo acabamos de ver en lo atinente a la naturaleza de las relaciones conyugales. El carácter sacramental del matrimonio implicaba el principio de la indisolubilidad del vínculo y la obligación de una regulación de un reglamento profundamente religioso de las relaciones internas de la familia.

Quedaba sin embargo en materia de obligaciones un aporte cristiano de innegable valor positivo. La acción de la Iglesia en su afán por hacer prevalecer el elemento ético reivindicó frente al primitivismo materialista de los bárbaros el presupuesto de la consensualidad. El principio de que el simple pacto basta para producir la acción, de que el consenso puro es causa suficiente de obligación, triunfó en casi todas partes gracias a la autoridad de que la Iglesia gozaba.

Además, siempre en homenaje a este principio ético superior, el derecho canónico desarrolló la doctrina del justo precio, según la cual el precio de venta debía ser no solamente serio, como lo exigía el derecho romano clásico, sino justo, es decir, que correspondiera perfectamente al valor de la cosa vendida. Retómase la corriente iniciada por la famosa constitución de Diocle-

ciano y trasladada posteriormente a la novela de Justiniano. Sobre este principio, el cristianismo extendió la institución del daño enorme de la venta de cosas muebles y en general a todos los contratos conmutativos, y fue acordado reciprocamente al comprador que hubiese abonado más de la mitad del justo precio.

### c) La guerra y el derecho

Hemos señalado como rasgo sobresaliente del pueblo germano su permanente preparación para la guerra. Todas las tribus que invadieron Europa eran tribus guerreras, y como la caballería era la parte más penosa del servicio militar, terminó por imponer una recompensa proporcional. Las causas de esta propensión guerrera a la cual se amoldaba su religión y su derecho han pretendido encontrarse en las continuas y encarnizadas luchas mantenidas con motivo de la conquista y conservación de los territorios colonizados (17).

Lo cierto es que la aptitud para el manejo de las armas era para el joven germano el comienzo de su capacidad de hecho. Ante la asamblea, sin haber alcanzado el grado de abstracción (y fraccionamiento) que consagra la edad como límite de la capacidad, se otorgaba la mayoría mediante la "inspecto corporis". Esta equiparación de la capacidad jurídica con la aptitud para el combate trae las consecuencias lógicas siguientes: -la perpetua incapacidad de la mujer, la pérdida o suspensión de la capacidad jurídica para quien se encuentra afectado por enfermedad que le impide servir en la guerra, etc.

Al confluir, este espíritu, con el clima de destrucción e ignorancia reinante en las comarcas del imperio, el oficio de la guerra terminó por degenerar una descarada barbarie, a la que pretendieron poner coto una serie de leyes que trataron de fomentar las obligaciones más nobles, como la protección de los oprimidos, la defensa de la inocencia virginal, la magnanimitad para con los enemigos (18). Sin embargo, ninguna institución jurídica más que el proceso, sufrió la impronta del espíritu combativo. Posiblemente fundados en el principio de la prueba negativa, los francos ripuarios, alemanes, bávaros, turingios, frisones, sajones, lombardos y borgoñeses, incorporaron la "ley del combate" como modo de poner fin a los conflictos. Como ha dicho Montesquieu, la prueba del combate singular tenía su razón de existir en la experiencia. En una nación puramente guerrera, la cobardía supone otros vicios: -es prueba de haber resistido a la educación recibida y de no haber sido sensible al honor, ni haberse conducido según los principios que han gobernado a los demás hombres (19).

Así pues, si surgía alguna discusión entre dos partes, y si el conflicto no se esclarecía ni por el juramento ni por los testimonios se ordenaba el combate. Todas las acciones civiles y criminales se reducirían a hechos. Sobre estos hechos se combatía, pero no sólo se juzgaba por el combate el fondo del asunto, sino también los incidentes e interlocutorios.

Además, la falta de conocimiento de la escritura redujo la posibilidad de la prueba escrita, y el proceso se estructuró en función de pruebas primitivas, torpes y rudas, donde el resultado dependía más del azar y de la fuerza que de la razón. Ya no se persigue la verdad real o material, sino una verdad puramente formal: -la que apareciera en el proceso, mediante esos medios artificiales y por lo general absurdos, basados en la creencia de una intervención de la divinidad, en la justicia de Dios para los casos particulares y otras semejantes, de las que son ejemplos las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios, como las pruebas del agua caliente y del fuego (20).

No es casual que esta tendencia del derecho germánico comience a ceder a partir del siglo XII, desplazado por el derecho canónico. En otras palabras, los glosadores, los prácticos y los postglosadores trabajaron sobre la base de los esquemas conservadores del derecho romano.

#### D) – COMPRENSIÓN TRIDIMENSIONAL:

##### 1) Dimensión sociológica

Desde el punto de vista de la adjudicación aislada es indudable que la cultura jurídica del período se encuentra más abierta a las distribuciones que a los repartos (21). En otras palabras, el hombre medieval prefiere ver la fuente de la adjudicación o asignación en fuerzas ocultas, y no en la intervención de personas determinadas o determinables. En el proceso judicial, por ejemplo, el llamado “juicio de Dios”, la prueba del agua hirviendo o del hierro caliente, conforman una actitud de resignación por la cual se pretende encontrar el fundamento del fallo en el azar o en fuerzas extrahumanas. Tal convicción se complace con el estado general de ignorancia (desconocimiento de la escritura), a partir del cual se desiste en encontrar una explicación racional al decisorio.

Esta apertura a las distribuciones se correlaciona con la tendencia a estructurar el orden social y el sistema económico sobre los derechos reales. El carácter ancestral de los mismos, su origen remoto y la escasa movilidad dominial permitía diluir en el tiempo el acto o hecho de asignación originario. Para el hombre medieval entonces, la titularidad de la potencialidad encerrada en el derecho real, bien podría compararse en su origen a un hecho de la naturaleza, del azar, o del mismo curso del tiempo. El derecho personal en cambio; constituye un reparto con alcance o proyección más desventajosa para un esquema estático como el feudal. Hasta la misma impotencia que la pobreza importa, no tiene su fuente en el obrar humano, individual o colectivo, sino que es vista como de origen divino y de orden providencial.

Asimismo, en el ámbito del derecho público, el propio gobernante encuentra la fuente de su poder en un hecho no humano. La “Renovatio Imperio” importaba la consagración de Carlomagno por gracia divina: “Entonces todos los

fieles viendo la protección tan grande y el amor que tenía a la santa Iglesia romana y a su vicario, unánimemente gritaron en alta voz, con el beneplácito de Dios y el bienaventurado San Pedro, portero del reino celestial: "A Carlomagno, piadoso augusto, por Dios coronado, grande y pacífico emperador, vida y victoria".

En cuanto a los repartos en su conjunto, la "alta Edad Media" refleja la permanente tensión entre la propuesta de un plan de gobierno que tuviera la extensión espacial del añorado imperio de los césares y la propensión feudal a mantener el particularismo.

Prácticamente era cada señor rival nato de un vecino y nada podía considerarse estable dentro de una orden en el que todo dependía de la eficacia militar de los señores. De tal modo, a la antigua unidad política, siguió una infinita parcelación del poder y el antiguo anhelo canónico se proyectó hacia el plano ideal, en el que la cristianidad constituiría la única unidad concebible.

Esta es la razón por la que la "Edad Media" presenta en Europa un panorama jurídico poco definido y muy anárquico. Por sobre la coexistencia de un crecido número de pequeños ordenamientos se superponen, como un fondo común, la coexistencia de dos fuerzas centralizadoras del derecho: la Iglesia y el Imperio Romano Germánico.

## 2) Dimensión normológica

Si bien es cierto que el derecho germano desde el punto de vista de las fuentes era costumbrista, los invasores no tardaron en decidirse a salir de la tradición oral y se sirvieron de la escritura, adoptando para ello la lengua de los vencidos: el latín. La influencia de la cultura romano-cristiana da el impulso decisivo para la fijación escrita del derecho. La formalización escrita se llevó a cabo a través de las "leges" también llamadas "Leges barbarorum", las ordenaciones de los reyes y de los mayordomos franceses, y una extensa colección de fórmulas y documentos, así como algunos primarios tratados jurídicos. Las "Leges" comprendían tanto el derecho estatuido originariamente en ellas, como la recepción de las encuestas jurídicas sobre el derecho consuetudinario vigente. No menos importante fueron las "Colecciones de Fórmulas y los Documentos". En el Imperio franco se compusieron numerosas colecciones de fórmulas con el objeto de ofrecer formularios para la redacción de documentos. Además el extraordinario acrecentamiento del valor jurídico del documento en materia de los negocios privados hizo sentir la necesidad de que la redacción de los mismos fuere confiada a personas expertas. La importancia que se le otorga, da origen a la formalización de una verdadera tradición notarial: redactar un documento es un arte que tiene sus reglas, las que se transmiten, se perfeccionan, y terminan por fijarse en los formularios. Entre ellos sobresalen: 1) "Las Fórmulas Andecavenses", libro

de fórmulas de aproximadamente del siglo VII, preparado por un escribiente de una curia municipal; 2) "Fórmulas Marculfi", redactadas por el monje Marculfo, alrededor del siglo VII; y 3) Las "Fórmulas Turonenses", más modernas que las anteriores, perteneciente al período merovingio.

Paralelamente a la diáspora del poder político se va gestando una multiplicidad de fuentes, acrecentadas aún más durante la "baja Edad Media". La confusión e "incoherencia" de las normas no hacían más que reflejar el desorden y la desarticulación en que se sumía el régimen feudal. A esta multiplicidad y a este desorden vinieron a poner coto las llamadas "recopilaciones" o "consolidaciones" de la "Edad Moderna".

La "baja Edad Media" ofrecía sin embargo, pocas posibilidades para el desarrollo de normas generales. Efectivamente, las diversas fuentes formales que se mencionan contienen normas individuales. Una sociedad estática difícilmente se abrirá al "vértigo" de la norma general.

### 3) Dimensión dikelógica

#### a) La justicia en su relación con otros valores

Pudimos adelantar, que la Edad Media en el período que nos ocupa mostraba una notable orfandad de aspiraciones utilitarias. Atribuible o no a la pérdida de los mercados exteriores y consecuente ausencia de actividad cambiaria, lo cierto es que la especulación y el sentido de la diferencia quedó durante mucho tiempo aprisionado por la vocación guerrera y religiosa.

Pero también "la salud", y hasta la búsqueda de la "verdad" como aspiración insuprimible del hombre, encontraron serios e insalvables obstáculos en dogmas e interpretaciones teológicas regresivas y monopolizantes. El conocimiento de la naturaleza, humana y no humana, quedó por tiempo "embalsamado" hasta que los nuevos vientos de la modernidad ofrecieran los cauces de su desenvolvimiento.

Quizás pueda afirmarse que hasta la misma vivencia del "amor" terminara por desaparecer bajo los pliegues del "heroísmo" caballeresco. Parece indudable que hacia fines de la "alta Edad Media" la mujer había comenzado a tomar considerable relieve. Abandonó su reclusión y ocupó en los salones un lugar eminente, respetada y halagada por los caballeros. En ella residía el amor, y el caballero consideró digno de su rango humillarse ante su debilidad en la misma medida en que creía ser necesario ser arrogante ante la fortaleza de su enemigo. Ante la dureza de las pruebas procesales (del agua hirviendo, del hierro caliente, etc.), siempre había un caballero dispuesto a ofrendarse por una dama. Así pues, "el amor comenzó a ser considerado como la más alta expresión de vida, y su ejercicio una de las más nobles posibilidades de toda vida noble" (22).

Como se deducirá, nada hace suponer que la "justicia", como valor

esencial del mundo jurídico haya quedado exenta del secuestro o arrogación de material estimativo protagonizado por la "santidad" y el "heroísmo" (23). Desplazáronla legitimando gobernantes y "repartidores" en el exclusivo soporte de la voluntad divina. Fundando decisiones y laudos en el azar, en la destreza física y en la fuerza. Y atribuyeron al hombre derechos y deberes prescindiendo de las más elementales consideraciones dikelógicas.

b) De la justicia en particular

La concepción del mundo que había ganado plaza en el período, terminó por considerar meras distribuciones (animadas por el azar o por fuerzas humanas difusas) toda adjudicación en la que la fuerza promotora se presentara con cierta imprecisión o duda.

Desde el punto de vista de la forma, cabe advertir el notorio avance en el ámbito del derecho privado de la justicia "espontánea" por sobre la "commutativa". En otras palabras, la disposición al desprendimiento de los bienes materiales, pregonada por monjes y caballeros, multiplicó los actos jurídicos carentes de contraprestación (limosna, donación, ayuda al débil y necesitado, etc.). Era el triunfo y predominio de la prestación liberal sobre el trueque.

- (1) ROMERO, Jose Luis; "La Edad Media"; Bs. As.; Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 75.
- (2) CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985. Nuestro trabajo sigue en muchos puntos la propuesta que ha llevado a cabo el profesor Ciuro Caldani en la mencionada obra. La pretensión de encontrar el sentido de los cambios de un sistema jurídico a través de las alteraciones en el plexo axiológico me resulta sumamente interesante y conveniente. Se advertirá sin embargo una diferencia. He resaltado la importancia del orden económico al que considero como factor condicionante de los mismos valores.
- (3) BRUNNER, Heinrich; "Historia del Derecho Germánico", tra. José L. A. López, Barcelona, Editorial Labor, 1936, p. 7.
- (4) CIURO CALDANI; M. A. op. cit. p.
- (5) ROMERO, J. L. op. cit. p. 146.
- (6) MONTESQUIEU; "Del espíritu de las leyes", trad. M. Blazquez y P. de Vega, Madrid, Edit. Tecnos, 1972, p. 407.
- (7) Puede verse en tal sentido: DIAKOV, V.; "Historia de Roma", traducción de Guillermo, Lledó, Grijaldo, México, 1966, p. 359.
- (8) PIRENNE, Henri; "Historia económica y social de la "Edad Media", trad. Salvador Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 9 y ss.

- (9) Recién a fines de la Edad Media comenzó a desarrollarse el concepto de tiempo en el sentido moderno. "Los minutos empezaron a tener un valor; un síntoma de este nuevo sentido del tiempo es el hecho de que en Nuremberg las campanas comenzaron a tocar los cuartos de hora a partir del siglo XVI" (Erich Romm); "El Miedo a la libertad", trad. Gino Germani, Buenos Aires, Paidós, 1974, p. 81).
- (10) PIRENNE, H., op. cit., p. 81.
- (11) Así se regulaban las relaciones en un contrato de prestación de servicios, según fórmulas establecidas: "...Siendo cosa de todos conocida que yo no tengo absolutamente nada de que alimentarme y vestirme solicité de vuestra piedad..., poder entregarme o encomendarme a vuestro burdum, cosa que he hecho; y así pues deberéis ayudarme y sostenerme en lo que respecta a mi alimentación y vestido en la medida que yo pueda serviros y merecer esta ayuda de vos. Y en cuanto a mí, todo el tiempo que viva deberá serviros y respetarlos dentro de mi condición... Por lo que se ha acordado que ambas partes redacten y firmen dos documentos escritos de igual forma" (Formulae Turonenses, Formulae Merovingici et Karolini Aevi).
- (12) OURLAC, P. y DE MALAFOSSE, J.; "Derecho romano y francés histórico", trad. M. Fairán, Barcelona, Bosch, 1960, p. 147.
- (13) Ibidem
- (14) COLOMINO, Diego J.; "Cultura y sistema jurídico (Perspectiva trialista del Código de Hammurabi)", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Rosario, 1984, Nº 3 p. 59 y ss.; además: "Cultura y sistema jurídico (Perspectiva iusfilosófica del derecho egipcio)", también en Boletín Oficial del..., 1985, Nº 6, p. 25 y ss.
- (15) Como lo ha señalado nuestro codificador (nota al artículo 2503 Cod. Civil) "Mas desde la Edad Media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y *por mil otros medios*".
- (16) VOGEL, Carlos Alfredo; "Historia del Derecho Romano", versión de las clases del profesor José M. Caramés Ferro, 3ra. Ed., Bs. As., Abel Perrot, 1957, p. 37.
- (17) BRUNNER, H; op. cit. p. 7.
- (18) HERDER; "Ideas para una Filosofía de la Historia de la Humanidad", trad. Rovira Armengol, Bs. As., Losada, 1959, p. 616.
- (19) Ibidem.
- (20) "Se combinaba en el crédito de este sistema una rudeza superlativa en las costumbres, imbuidas de espíritu belicoso y una exagerada fe en las decisiones providenciales, ya que se imaginaban que sólo podía la Providencia dar la victoria a quien poseyera la razón" (VERA TORRELL, Ricardo; "Historia Universal de la Civilización", Y.I. Barcelona, Sopena, p. 563).
- (21) CIURO CALDANI, M. A.; op. cit. p. 150.
- (22) ROMERO, J. L. op. cit. p. 8.
- (23) CIURO CALDANI, M. A.: "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", T II, año 1984, p. 26