

REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE EL DERECHO TRANSITORIO ⁽¹⁾

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 ⁽²⁾ 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 ⁽³⁾, 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 ⁽⁴⁾. 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 sujetos) 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 arbitraria. 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

METODOS JUDICIALES DE INTERPRETACION DEL DERECHO

Julio César CUETO-RUA

Traducción: Ciro Ciliberto Infante (*) ("Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University Paul M. Hebert Law Center, Center of Civil Law Studies, publicado por "The Publications Institute Paul M. Hebert Law Center", Louisiana State University, Louisiana, Estados Unidos de Norteamérica, enero de 1981 (**).



CAPITULO IX

Los factores axiológicos en el proceso de interpretación de la ley y su elección del método

La historia de la ciencia del Derecho y la historia del Derecho muestran que los jueces han empleado diferentes métodos para la interpretación y aplicación de las normas generales del Derecho, ya sea creadas por el legislador, por los jueces, o de las normas consuetudinarias. Algunos métodos de interpretación han prevalecido en ciertas circunstancias históricas (1) mientras que otros métodos han prevalecido en diferentes medios sociales (2). Además, el uso simultáneo de varios métodos ha sido común, ya sea con o sin prioridad dada a uno u otro de esos métodos por sobre los otros (3). Esta característica, propia de la experiencia jurídica, y en especial de la experiencia judicial, no debiera sorprender. El hecho es que tanto juristas como jueces, en el desarrollo de sus tareas, encuentran en el derecho elementos esenciales que requieren el uso de técnicas diversas y específicas, de manera tal que esos elementos puedan ser comprendidos y su incidencia en la creación y aplicación del derecho pueda ser determinada.

En países centralizados, donde el Estado se ha desarrollado al punto de establecer y operar órganos para la creación y aplicación de las normas o para dirimir los conflictos, la tarea de interpretar y aplicar las normas requiere el manejo de materiales normativos escritos en lenguaje natural. Desde el comienzo, el proceso de interpretación requiere un adecuado manejo de la semántica y la sintaxis. Un buen juez es siempre un buen lector y un buen escritor; él está familiarizado con la gramática y la estructura del lenguaje.

Desde que las palabras son signos mediante los cuales los conceptos son expresados, leer es recibir información por medios conceptuales. Entre otras

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

(**) Este artículo es una reimpresión traducida con la autorización del "Publications Institute" y el "Center of Civil Law Studies" del "Paul M. Hebert Law Center" Baton Rouge, Louisiana, EE.UU. El autor ha revisado la traducción.

cosas, las palabras son medios de transmisión de conceptos. Los conceptos son entes ideales por medio de los cuales los objetos son nombrados. Los conceptos se refieren a todo tipo de objetos, tales como aquellos que forman parte del llamado mundo de la naturaleza, como por ejemplo la tierra, la atmósfera, los cuerpos celestes, el calor y los seres vivos; aquellos objetos que los hombres han creado o modelado, como por ejemplo los utensilios, las herramientas, los muebles, la ropa y las pinturas; y esos objetos tan especiales que sólo pueden ser percibidos o imaginados por medio de procesos mentales, como por ejemplo los números, las figuras geométricas, las relaciones lógicas y hasta las brujas y los fantasmas. Además, los conceptos se refieren a los actos mismos de elección y preferencia, como por ejemplo el hacer un instrumento, el escribir o leer libros y el correr carreras. Estos conceptos transmitidos a través de las palabras utilizadas por el legislador o por los jueces, al sancionar las leyes o al dirimir un caso, son conceptos descriptivos de la conducta humana. Por cierto, se puede decir con propiedad que el contenido u objeto de cualquier manifestación judicial o legislativa es siempre conducta humana. Hay numerosas maneras de describir la conducta humana y muchas de ellas son utilizadas igualmente por legisladores y por jueces.

Como el comportamiento humano es un fenómeno real que tiene lugar en el tiempo y el espacio, cualquier descripción de la conducta humana requiere implícita o explícitamente una referencia al lugar donde ocurrió, donde habrá de ocurrir o donde debiera ocurrir; y al tiempo en que ocurrió, habrá de ocurrir o debiera ocurrir. Referencias precisas al espacio y al tiempo requieren del uso de expresiones matemáticas, por ejemplo unidades de duración de movimiento para medir el tiempo o identificar fechas, medidas de longitud para medir el espacio, líneas o formas geométricas para localizar y definir áreas en el espacio. La conducta humana es acción, la acción de personas. Dado que hay diferentes clases de personas, por ejemplo hombres y mujeres, menores y mayores, capaces e incapaces, nacionales y extranjeros, parientes y no parientes, ausentes y presentes, entonces cualquier descripción adecuada de la conducta humana requiere también una indicación explícita o implícita acerca de la clase de personas sobre la cual se está haciendo referencia. Además, las acciones humanas se refieren a diferentes áreas de la realidad social y de la experiencia humana, como por ejemplo, la satisfacción de necesidades esenciales del hombre, el intercambio con otras personas, el desplazamiento de un lugar a otro, la dirección de la conducta a seguir o la aceptación de ejemplos de conducta dados por otra persona, la entrega o la recepción de cosas impregnadas de valor real o simbólico, el cuidado de otros, la destrucción de cosas o la lesión de otros. En el Derecho, cualquier referencia abstracta a las relaciones humanas, es decir, una referencia sin especificaciones ni indicaciones, ya expresas, ya implícitas, con respecto a dónde, cuándo,

qué y por quién fue ejecutada o debió ser ejecutada la acción, no tiene significado. Las palabras usadas en el enunciado de normas generales sancionadas por el legislador o extraídas por el juez de la costumbre o de la jurisprudencia, transmiten al lector una serie de conceptos que se refieren a diferentes tipos de objetos, por ejemplo naturales, culturales o ideales, y que conforman la labor jurídica esencial de definir y de describir la conducta humana que debe ser seguida. Esta naturaleza referencial y esta función descriptiva de las palabras y de los conceptos nos muestra que el proceso de entender el significado de las palabras descriptivas que encontramos en cualquier norma van a dirigir al intérprete, sea abogado, juez o legislador, a diferentes tipos de objetos que ofrecen su propio y específico problema de comprensión y metodología. En otras palabras, diferentes problemas de comprensión y de método son producidos por elementos temporales, espaciales, materiales y personales de la experiencia jurídica (4); por lo tanto, un adecuado entendimiento de la norma puede necesitar la ayuda especializada de expertos de diferentes campos. Por ejemplo, puede ser necesario consultar un científico de la naturaleza para determinar qué es una "enfermedad endémica", un "peligro de radiación", un "material susceptible de fisión", una "substancia tóxica", un "territorio tropical", un "pantano", un "lecho de río", o una "costa". O, en el ámbito cultural, se puede necesitar la consulta de un experto para determinar el significado de "invención", "plagio" o "concierto". Como un último ejemplo, en las ciencias formales tales como la matemática y la lógica, los expertos podrán ser llamados para informar qué se quiere significar con "exclusión", "inclusión", "alternativa", "divisible", "unidad" o "totalidad". Tal asistencia técnica, que puede ser requerida en numerosos casos, ayuda en la mejor identificación del tipo de conducta humana a la cual se refiere la norma jurídica general. Puede ser llamada asistencia auxiliar, desde que es invocada para clarificar ciertos aspectos del complejo conjunto de objetos por medio de los cuales se define la conducta humana, es decir: tiempo de su ocurrencia, lugar de su ocurrencia contenido de la conducta y clases de personas involucradas.

Identificar el tipo de conducta que debe considerar es, sin embargo, solamente el principio de la labor del juez. Mucho más importante desde el punto de vista jurídico, es el descubrimiento y evaluación del significado de la conducta. El juez es llamado para administrar justicia, distribuir justicia a las partes, y reforzar los valores básicos de la sociedad. Para llevar a cabo dicha función el juez debe resolver el conflicto presente ante él, por medio de una norma general de Derecho. En ciertos casos el juez puede descubrir fácilmente el significado de la norma a aplicar por medio de reglas elementales de gramática y semántica. Habitualmente éste es el caso en que el juez se encuentra ante un conflicto común o de tipo corriente. Pero otras veces el juez puede verse en dificultades, ya por tratarse de hechos poco comunes o ambiguos, ya porque las normas jurídicas que

en un principio parecían ser las aplicables al caso tenían un significado poco claro o porque traían aparejadas consecuencias inesperadas. Cuando el juez hace un análisis más profundo del asunto, puede encontrar inconsistencias, falta de adecuadas disposiciones para la solución del conflicto, o encontrar otras normas también aplicables al caso pero que lo llevan a resultados opuestos.

Ya fue demostrado que el juez puede descubrir diferentes significados en una misma norma, dependiendo del tipo de método de interpretación que aplique (5). También fue demostrado que el significado elegido por el juez puede estar sujeto a cambios que resultan del tipo de relación lógica que el juez establezca entre la norma interpretada y las otras normas del ordenamiento jurídico, o entre la norma sujeta a interpretación y los conceptos básicos o principios generales del ordenamiento jurídico (6). El juez puede contar con diferentes normas aplicables al caso, pero que lo llevan a resultados contradictorios. Al mismo tiempo, dispone de diferentes métodos, que cuando son aplicados, pueden llevar a diferentes interpretaciones de las mismas normas jurídicas generales que son finalmente seleccionadas para la decisión del conflicto. Las siguientes circunstancias caracterizan la situación en que el juez se encuentra como resultado de un proceso de selección, interpretación y aplicación de normas jurídicas generales para la solución del conflicto:

a) El juez debe elegir la o las normas generales en base a las cuales decidirá la disputa. En este proceso de selección el uso de la lógica no va a ser determinante (7). Seleccionar la premisa básica para posteriores deducciones no es un proceso que tenga lugar solamente en base a la lógica (8).

b) La norma finalmente seleccionada fue elegida porque fue objeto de un proceso de interpretación que permitió al juez descubrir en la norma un significado concordante con el significado de los hechos relevantes del caso pendiente de resolución.

c) En la interpretación de la norma jurídica general elegida, el método o los métodos de interpretación finalmente aplicados son aquellos que conducen al descubrimiento de un significado normativo que haga que la norma, tal cual ha sido interpretada, sea la base adecuada para la justa adjudicación de la disputa (9).

En otras palabras, el proceso a través del cual el juez selecciona, interpreta y aplica la norma puede ser caracterizado como sigue:

Primero: el juez encuentra normas que compiten entre sí, todas ellas aplicables al caso pendiente de resolución.

Segundo: cada una de esas normas en competencia requiere ser interpretada.

Tercero: el significado de esas normas en competencia puede variar de acuerdo al método de interpretación utilizado.

Cuarto: el conocimiento de las normas en competencia entre sí y la selec-

ción de una o más de esas normas para la decisión del caso puede ser logrado mediante el uso de uno o más métodos.

Quinto: la selección que hace el juez de las normas y la selección del método o de los métodos de interpretación son selecciones mutuamente relacionadas.

La idea de que cada norma presenta uno y sólo un significado "verdadero" es refutada por la experiencia cotidiana de los tribunales y por el hecho evidente de que las normas jurídicas continuamente adquieren significados diferentes con el paso del tiempo. La idea de que sólo hay un procedimiento técnico para determinar el significado de las normas sancionadas por el legislador, o creadas por decisiones judiciales o establecidas por el comportamiento consuetudinario del pueblo, ha sido desacreditada por la historia de la ciencia del Derecho y por la historia del Derecho mismo. La creencia de que la lógica por sí sola sirve como una guía para la selección de la norma jurídica general o de las normas jurídicas generales que suministrarán la base para el razonamiento judicial y para la solución del conflicto es también infundada. Los hechos del caso pueden ser subsumidos en más de una norma jurídica, y cuando es así, no hay forma lógica de descalificar algunas normas y de conservar las otras (10). La idea de que hay algún procedimiento técnico o metodológico para la selección del método que debería ser aplicado para la solución del caso es también insostenible.

El factor crucial que determina la línea de razonamiento del juez y su decisión final del caso no está basado ni en la lógica, la historia, la sociología o la economía, ni tampoco encuentra su basamento en consideraciones puramente pragmáticas de los intereses en juego. El factor determinante va a ser encontrado en la valoración de los valores en juego en el caso, y en la elección de aquel valor que es merecedor de su reconocimiento judicial (11). El proceso de interpretación es controlado por los valores jurídicos, y esos valores, de la misma manera, controlan la elección del método. La función judicial gira alrededor de la objetiva y esclarecedora evaluación de los hechos del caso y de las normas jurídicas aplicables. El deber del juez es decidir el caso de acuerdo al Derecho y la justicia. La interpretación de las normas jurídicas generales y la selección del método de interpretación aplicable están condicionadas por la identificación de los valores jurídicos en juego. La teoría de la interpretación y la teoría del método están esencialmente relacionados con la teoría de los valores jurídicos.

2. La compleja estructura axiológica de la experiencia jurídica

Muchas de las dificultades que los jueces, abogados y legisladores experimentan cuando operan con normas jurídicas generales y enfrentan la solución de específicos problemas jurídicos, están relacionadas con dos factores básicos. En primer lugar, en cada caso no es uno sino que son varios los valores jurídicos que reclaman ser realizados. En segundo lugar, es muy difícil realizar todos

esos valores jurídicos al mismo tiempo y de una manera equilibrada. Si cada norma jurídica general y cada decisión judicial hubiera de satisfacer el orden y la seguridad y nada más, quizás no sería muy difícil dictar sentencias y alcanzar un mínimo de orden y seguridad. Sin embargo, en cada caso, todos los valores jurídicos están involucrados y todos esperan reconocimiento y realización. Orden sin solidaridad, o seguridad sin justicia no es una situación muy deseable ni valiosa. Cuando la seguridad de las personas ha sido puesta en peligro por la organización del grupo social por medio de un mecanismo altamente eficiente de poder y por el logro de un apropiado nivel de paz, ya interno, ya externo, esa organización y esos logros han sido denunciados por quienes prefieren reconocer la prioridad a los derechos del individuo y por quienes desconfían del creciente poder del Estado. Si la cooperación y la solidaridad son realizados en detrimento de la expansión dinámica de la voluntad del individuo en una sociedad ordenada, la situación resultante puede ser considerada como el umbral del Estado represivo. Justicia sin orden es imposible. Orden sin justicia es indeseable. Orden sin poder es inestable. Poder sin orden es amenazante. Seguridad sin justicia carece de valor. Justicia sin seguridad pierde sentido.

La solución judicial de los conflictos puede resultar dificultosa en los casos poco corrientes, difíciles o inesperados, porque el juez debe tener en cuenta todos los valores jurídicos involucrados y porque la experiencia pasada puede proveerle de muy poca, si alguna, guía. Todos los valores jurídicos son significativos para los hombres, todos ellos se encuentran en las mismas raíces de la vida social e interindividual. Estas dificultades se ven multiplicadas por la naturaleza esquiva de los valores en general, y de los valores jurídicos en particular. Cerca de 2.000 años de pensamiento occidental no han sido suficientes para dirimir la disputa entre sofistas, cínicos y relativistas, quienes niegan la realidad, objetividad o sentido de los valores; y platónicos e idealistas, quienes mantienen la postura contraria. Incluso entre platónicos e idealistas, sutiles diferencias sobre el significado de los valores, su respectiva dignidad y fuerza (12) y sus relaciones y fundamentos, han agregado confusión y dudas a un campo ya de por sí contenoso de esfuerzos intelectuales y filosóficos. Sin embargo, la discusión de las selecciones y preferencias hechas en el campo axiológico por los jueces al decidir los casos, no puede ni debe ser ignorada o esquivada meramente porque tal tarea es difícil o porque involucra complejas cuestiones de metafísica, filosofía y lógica. Ignorar cuestiones axiológicas y dejar de lado cuestiones planteadas por la selección judicial de normas y de métodos, agregan nuevas complicaciones a un espinoso tema y tienden a oscurecer el significado de la función judicial y la naturaleza de su mecánica. Discutir abiertamente el proceso de evaluación que el juez lleva a cabo al decidir un caso tiene la obvia ventaja de exponer y enfocar un aspecto crucial de la realidad. Dicha exposición también incrementa la posibili-

dad de un manejo racional de los problemas encontrados en ese proceso y proporciona una mejor perspectiva desde la cual los principales caracteres, limitaciones y posibilidades de este proceso pueden ser percibidos.

La conducta humana que puede ser definida como el ejercicio de un derecho, o el cumplimiento de una obligación, o la aplicación de una sanción o el padecimiento de una sanción, es conducta bilateral. Es conducta jurídica aquella conducta a la cual el ordenamiento jurídico como un todo, le atribuye significación jurídica. Cuando una conducta es analizada y juzgada desde una perspectiva jurídico-normativa, se encuentra el significado jurídico específico de la acción en las normas positivas de Derecho vigentes en la comunidad. Cada una de esas normas es expresiva de un valor jurídico. Cada una de esas normas fue elegida por el legislador o por el juez de entre otras normas de Derecho lógicamente posibles. Cada norma fue elegida porque fue considerada la mejor, esto es, fue la norma que mejor satisfacía las aspiraciones y fines de la comunidad, en la medida en que la norma fue valorada por el legislador o el juez.

Las normas jurídicas son portadoras conceptuales de valores jurídicos; por lo tanto, la selección judicial de la norma jurídica que corresponde al caso concreto de conducta humana cuyo significado jurídico está siendo investigado por el juez, no está basado en el descubrimiento neutral de conceptos por medios puramente lógicos, esto es, conceptos, en los cuales se pudiera subsumir el caso específico de conducta humana sujeta a estudio judicial. El proceso es mucho más complejo. Involucra el descubrimiento del significado jurídico de esa instancia de conducta, es decir la determinación de si la conducta consiste en el ejercicio de un Derecho, el cumplimiento de una obligación o la aplicación o el sufrimiento de una sanción. También involucra la comparación de ese significado con el significado axiológico sostenido y expresado por las normas jurídicas, es decir, esas entidades lógiconormativas que son en sí mismas la expresión conceptual de preferencias axiológicas. Los valores que encuentran expresión conceptual en normas jurídicas generales o que son sostenidas por ellas son bien conocidos por el hombre occidental. Estos valores permitieron comprender tres mil años de desarrollo histórico. Inspiraron instituciones culturales, políticas y económicas. Hicieron significativo el largo y doloroso proceso de desarrollo de instituciones jurídicas, tanto públicas como privadas, como así también el comportamiento de legisladores, jueces y juristas.

La justicia fue estudiada y alabada por Platón (13), Aristóteles (14) y Santo Tomás (15). La solidaridad fue estudiada por Duguit (16), mientras que la cooperación fue examinada por Sidney y Beatrice Webb (17) y por los fabianos socialistas británicos. Machiavello (18) y Hobbes (19) se ocuparon del poder. La paz fue objeto de los trabajos de Grotius (20), Kant (21) y Kelsen (22). La seguridad fue destacada por Recasens-Siches (23) y por los social-demócratas alema-

nes; Locke (24) y los escritores burgueses decimonónicos, ingleses, franceses y alemanes pusieron de manifiesto la importancia del orden. En diversos momentos históricos cada uno de esos valores ha sido proclamado, ya solo, ya con otros, como el valor jurídico por excelencia. Todos están presentes en la experiencia jurídica. Todos reclaman ser reconocidos. Ignorar uno cualquiera de esos valores hace extremadamente difícil la adecuada comprensión de las instituciones y de la vida humana en el mundo occidental.

Todos esos valores jurídicos se encuentran recíprocamente relacionados. La medida en que cada uno de ellos es realizado o la medida en que deja de ser realizado afecta a los restantes valores. No todos los valores jurídicos son de la misma dignidad o fuerza. La frustración de un valor más "fuerte" puede poner en peligro la realización de un valor de mayor dignidad. La justicia vale más que el orden, pero el orden es más fuerte. Sin un mínimo de orden no puede haber justicia. La solidaridad es un valor superior a la cooperación, pero la cooperación es más fuerte que la solidaridad. Sin un mínimo de cooperación es muy difícil lograr un grado satisfactorio de solidaridad. La paz es superior al poder, pero el poder es más fuerte que la paz. Sin un mínimo de poder es difícil lograr la paz, interna o externa, en alguna medida adecuada.

Es común comprobar que los jueces prefieren dictar sentencias que habrán de contribuir al establecimiento y la consolidación del orden en el grupo social, sin embargo a menudo los jueces se abstienen de así hacerlo, porque existe la evidencia de que ellos podrían por su sentencia dañar la solidaridad existente entre los miembros del grupo social. El juez puede estar convencido de que la conducta de una de las partes ha tendido a menoscabar o disminuir el uso apropiado del poder estatal, y, por ello mismo puede sentirse inclinado a dictar una sentencia que fortalezca ese poder amenazado. Por otra parte, el juez podría no dictar tal sentencia si es que ha llegado a la conclusión de que su sentencia puede sentar un mal precedente para la defensa y la seguridad de los derechos individuales. Si los jueces se las tuvieran que ver con sólo un valor podrían haberse cargado con mayor facilidad de los casos difíciles y con situaciones sociales complicadas, o podrían reconciliar más fácilmente intereses sociales en conflicto. La labor del juez, sin embargo, no es tan simple. No hay juez, que sea un juez dedicado, deseoso de lograr justicia en la sentencia final del caso, que sólo reconozca un valor e ignore los restantes.

3. Valores "positivos" y "negativos"

Esta compleja estructura (la mutua relación entre la dignidad y la fuerza axiológicas) es complicada aún más por la "polaridad" de los valores. Cada valor positivo tiene su contraparte en un valor negativo (25); así, por ejemplo, la

justicia tiene como contraparte a la injusticia. El fracaso en la realización de un valor positivo trae como consecuencia la realización de su contraparte negativa (26). El fracaso en la realización de un valor positivo puede tener lugar de dos maneras diferentes; por exceso o por defecto.

Valores negativos por defecto: cada uno de los siete valores positivos antes mencionados, es decir, justicia, paz, poder, solidaridad, cooperación, seguridad y orden, tienen su contraparte por defecto. El fracaso en lograr un mínimo de justicia, trae aparejada la injusticia. De la misma manera la falta de un mínimo de orden trae aparejado el desorden. La falta de un mínimo de seguridad trae aparejado la inseguridad. La falta de un mínimo de poder trae aparejado la anarquía. La falta de un mínimo de paz trae aparejado la discordia. La falta de un mínimo de cooperación trae aparejado el aislamiento. La falta de solidaridad trae aparejado la extranjería.

Valores negativos por exceso: por razones que serán examinadas más adelante, sólo tres de los siete valores, es decir, la cooperación, el poder y el orden, tienen contrapartes negativos por exceso. Un exceso de orden lleva al ritualismo, un exceso de poder lleva a la opresión, y, finalmente, un exceso de cooperación lleva a la masificación (27).

Los valores jurídicos positivos y negativos que han sido vividos y experimentados por el hombre occidental a través de la historia, la cultura y la filosofía de las sociedades occidentales, están expuestos en la tabla axiológica siguiente: Al preparar esta tabla no se hizo esfuerzo alguno por clasificar los valores en base a su dignidad y fuerza; la tabla es meramente descriptiva de aquellos valores positivos y negativos que un juez encuentra en la experiencia judicial occidental.

Valores negativos por exceso	Valores positivos	Valores negativos por defecto
	justicia	injusticia
	paz	discordia
opresión	poder	anarquía
	solidaridad	extranjería
masificación	cooperación	aislamiento
	seguridad	inseguridad
ritualismo	orden	desorden

Todos éstos, tanto los valores positivos como los negativos, son parte de un todo dinámico, de una estructura dinámica. Cada uno de estos valores, ya sean positivos o negativos, pueden tener varios grados de realización, aunque la total realización de cualquiera de estos valores positivos parece no estar al alcance del hombre. Los hombres no son dioses. Ni tampoco la absoluta realización de

los valores negativos parece estar en sus manos; tampoco los hombres son diablos. La vida social es un proceso fluido y altamente dinámico de las realizaciones parciales de valores positivos y negativos. En tal proceso los jueces llevan a cabo una tarea de la mayor importancia. En las palabras de Aristóteles: "Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, digamos así, justicia personalizada" (28).

4. Descripción de los valores jurídicos

Como este trabajo trata de la experiencia jurídica se ha intentado describir el proceso mental involucrado en la decisión de casos. El análisis ha mostrado que en la selección de las normas en base a las cuales el caso va a ser decidido y en la elección del método que proveerá la clave para la interpretación de esas normas, esa selección y esa elección llevadas a cabo por el juez, se encuentran determinadas por su apreciación de los valores jurídicos en juego en el caso y por la convicción profundamente sentida de que su deber es ser justo en la resolución del caso.

Durante siglos, la naturaleza e inclusive la existencia misma de los valores han sido cuestionadas. Resurge a lo largo de la historia el argumento de Trasímaco en "La República" de Platón:

"¿A qué viene, Sócrates, toda esa palabrería? Porque os adjudicáis recíprocamente la victoria, y os hacéis el uno al otro concesiones como dos tontos? Si deseas sinceramente en qué consiste la justicia, no te limites a preguntar y a rebatir ufano lo que te contestan, no ignorando que es mucho más fácil interrogar que responder. Por lo contrario responde tú mismo que entiendes por justicia. Y no vayas a responder que es lo conveniente, lo útil, lo ventajoso, lo lucrativo o lo provechoso. Responde con claridad y con precisión porque no estoy dispuesto a tolerar semejantes pamplinas... Escucha pues, dijo Trasímaco, sostengo yo que la justicia no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte" (29). (N. de T. 1).

Cerca de dos mil años no han sido suficientes para poner fin a la disputa entre filósofos y iusfilósofos en cuanto a la naturaleza, contenido y significado de los valores en general y los valores jurídicos en particular. Es por todo ello fácilmente comprensible por qué en este trabajo no se intenta siquiera entrar en argumentaciones filosóficas relativas a los valores. El propósito de este trabajo es mucho más modesto: describir, tan estrecha como imparcialmente posible, la relación entre los valores jurídicos y las funciones que dichos valores jurídicos cumplen en el proceso judicial. Este esfuerzo encuentra su principal inspiración en el trabajo analítico pionero de Carlos Cossío sobre los valores y las sentencias (30). Las secciones siguientes estarán entonces dedicadas a la descripción de los valores jurídicos, tanto los positivos como los negativos, en la medida requerida para facilitar la debida comprensión del proceso judicial.

5. Orden, desorden y ritualismo

El orden significa la regularidad en la secuencia de los acontecimientos. Significa un lugar para cada cosa y un momento predecible para cada acontecimiento. El planeamiento y el orden hacen posible la predicción de acontecimientos y la incorporación racional de la propia conducta en la cadena de acontecimientos (31). El planeamiento y el orden permiten anticipar efectos y consecuencias. Porque existe orden, el yo está en condiciones de organizar sus acciones en el mundo circundante. Uno es capaz de calcular el impacto de acciones y omisiones y de aumentar y extender las consecuencias de sus propias decisiones. Porque hay orden es posible prever los riesgos. Porque hay orden, según Cossio, la vida corre a través de un sendero pre-establecido, donde los riesgos y peligros son evitados (32). El valor del orden está esencialmente relacionado con la posición del hombre en el mundo. Al tener cada cosa en su lugar, al ocurrir todo de acuerdo a lo planeado, es posible expandir el espacio circundante, es posible extender el ámbito espacial en el cual se vive la vida y se la desarrolla, y expandir las relaciones humanas y las conexiones. El orden es un valor fuerte. Hace posible la vida racional. Es un valor básico que debe ser realizado al menos en grado mínimo de modo tal que a las personas les sea posible planear su propia existencia y prever las posibles consecuencias de sus acciones.

Los jueces se encuentran particularmente preocupados por el orden, pues su propia función judicial ha sido diseñada y organizada para suministrar a los miembros de la comunidad claras indicaciones de cuánto pueden esperar de los otros miembros de la comunidad, incluyendo los mismos jueces, cuando un determinado curso de conducta es seguido. Tener orden es abrir ciertas puertas y cerrar otras. Es, de alguna manera, una invitación a actuar. Tener un cierto grado de orden es, según Cossio, tener un cierto grado de justicia (33). Los jueces saben que la cosa es así. Ellos comprenden que el mantenimiento del orden, es decir, hacer predecible la conducta humana, y calcular sus consecuencias es una de las funciones básicas dadas a los jueces por la comunidad.

Relacionado con el orden, el desorden es su valor negativo por defecto. Habiendo desorden no hay predicción posible. Los acontecimientos parecen ocurrir al azar. Las acciones humanas devienen ineficaces. El desorden engendra parálisis, pues los hombres no pueden estimar las consecuencias de sus propias actividades ni prever los hechos futuros. La carencia de predicción y de previsibilidad hacen casi imposible la anticipación de los riesgos. El mundo circundante se hace peligroso. En vez de expansión y crecimiento, la contracción y el retraimiento se hacen necesarios para proteger la vida. Pasados beneficiosos intercambios y permutas con otras personas son malgastados. El mundo pareciera

transformarse en un desierto, y el hombre queda solo. La destrucción no está lejos. La naturaleza destructiva del desorden pesa intensamente sobre las mentes de los jueces. Les advierte la necesidad primordial de recobrar la regularidad de los acontecimientos, la predictibilidad de la conducta humana y la previsibilidad de los efectos de las propias decisiones (34).

El ritualismo es el correlativo valor negativo por exceso del orden. Demasiado orden y demasiada planificación limitan la libertad de acción y la inspiración creadora. Formalismos, requisitos y formas se hacen tan prevalecientes que la acción humana se vuelve ineficaz. Todo el tiempo disponible es usado en el estricto cumplimiento de los requisitos impuestos a los miembros de la comunidad y que sirven como condición para el logro de ciertos resultados. Como consecuencia, la energía y los recursos son gastados en formalidades y no se logran resultados sustantivos. Por supuesto las formalidades cumplen una función beneficiosa cuando se manifiestan como elementos de un orden racional. Cuando esto ocurre las formalidades son la expresión apropiada de un sistema en el cual hay un lugar para cada cosa y en el que la secuencia preordenada de acontecimientos hacen la predicción posible. Pero un exceso de formalidades hace irracional el ordenamiento. Las formalidades se convierten en barreras que frustran la concreción de los objetivos buscados por las partes en una disputa y por la comunidad como un todo. Las formalidades se convierten en una finalidad en sí misma, desconectada de las expectativas reales y justificadas del grupo social. Es una cáscara vacía, inservible y exenta de significación positiva alguna.

Los jueces están agudamente concientes de los peligros del ritualismo. Deben distinguir entre aquellas formalidades y procedimientos que garantizan la operación ordenada de las funciones judicial y social y estas otras formalidades y procedimientos que sofocan la innovación o el crecimiento o que hacen imposible el efectivo funcionamiento de las instituciones. Por lo tanto los jueces están llamados a lograr un delicado equilibrio de las formalidades, de tal manera que el orden sea seguro y el exceso de ritualismo sea evitado.

6. Seguridad e inseguridad

Seguridad es protección contra riesgos. Todo ser humano enfrenta riesgos provenientes del mundo circundante. En él encuentra objetos amenazantes, por ejemplo, fuerzas naturales tales como el frío, el viento o el calor, criaturas vivientes como animales salvajes o gérmenes e incluso seres humanos tales como enemigos o sujetos dañinos. Vivir es, en cierto modo, enfrentar y neutralizar riesgos y amenazas. El destino del hombre es, parafraseando a Holmes, no el reposo (35) sino el peligro y la incertidumbre (36). Sin embargo es posible prever y evitar riesgos. Se logra seguridad no cuando el riesgo es eliminado (cosa usualmente imposible) sino cuando el riesgo es evitado y neutralizado (37).

En tanto el orden permita al ser humano hacer uso efectivo de sus energías y, con conocimiento de las consecuencias, introducir sus acciones en el mundo de los acontecimientos, la seguridad protege contra las amenazas que pueden venir tanto del medio ambiente natural como del social. Asimismo provee un sosten básico para la acción humana, esto es, la subsistencia de la vida misma. El orden y la seguridad están, entonces, estrechamente vinculadas entre sí (38). Si existe un mínimo de orden es posible prever los riesgos y amenazas inherentes a todo curso de acontecimientos, ya sean ellos naturales o sociales.

Si el riesgo es anticipado, será entonces posible tomar precauciones para impedir su ocurrencia, y si ello no es posible, para neutralizar sus efectos mediante medidas compensatorias. Al estar seguro, el ser humano se encuentra en condiciones de desplegar el pleno potencial de sus energías e imaginación y puede responder a los reclamos de su vocación. Es como si el mundo circundante, el mundo social y natural en el cual el ser humano vive o, como lo dice Heidegger, "in-der-Welt Sein" (39), ha dejado de ser la fuente de fuerzas letales y se ha convertido en un lugar seguro donde una acción eficiente puede ser ejecutada sin poner en peligro la propia vida. La seguridad libera al ser humano de los factores perturbadores que amenazan su vida diaria y el futuro previsible. Aunque es imposible la neutralización de todos los riesgos que amenazan la existencia del hombre, la acción compensatoria está disponible, aún si llegara a pasar lo peor. La angustia y la ansiedad son reducidas a un grado susceptible de control y se abren múltiples caminos para la acción. El ser humano se encuentra provisto de mejores posibilidades, tiene un mayor número de caminos disponibles. Es como si su vida se hubiera Enriquecido y fuera más digna de ser vivida.

La seguridad, como el orden, tiene una suerte de calidad primordial. En cuanto al orden esto es cierto porque el orden hace posible prever futuros acontecimientos, y actuar por lo tanto de una manera racional. En cuanto a la seguridad esto es cierto pues ella hace posible la vida bajo una razonable, aunque limitada, certeza de subsistencia durante un período de tiempo determinado. El orden introduce la racionalidad en el mundo circundante. La seguridad detiene y neutraliza los factores amenazantes ocultos en el mundo circundante.

La vida social organizada siempre ha suministrado un mínimo de seguridad a cada uno de los miembros de la comunidad. Ese mínimo de seguridad es similar a un presupuesto básico de la vida del grupo social. Se la descuenta. Uno vive, más que piensa, la seguridad, de ahí que si la seguridad se encuentra en juego en un caso y el juez se da cuenta de que su decisión puede ponerla en peligro, éste se encontrará particularmente preocupado. El comprende plenamente que las partes han actuado y siguen actuando bajo el supuesto de su subsistencia y de la permanencia de sus vidas. Tal supuesto es de naturaleza fundamental. Por ello los jueces son reacios a adoptar acción alguna que perturbe tales supuestos y que pueda allanar el camino de los daños o de la pérdida de la vida o de la propiedad.

La inseguridad es el valor negativo por defecto de la seguridad. La inseguridad significa que el ser humano no está protegido contra las amenazas y riesgos del mundo circundante. Está expuesto y es objeto de destrucción y daño. Su vida puede terminar, su cuerpo puede ser herido. Su propiedad puede ser destruida o deteriorada. El mundo circundante no invita a la acción. Por el contrario, el mundo parece inducir al escape, a la retirada, a la reclusión, al aislamiento, como si la única manera de preservar la vida, el cuerpo o la propiedad fuera escapando del amenazante medio ambiente. La inseguridad reduce y debilita la vida humana. Habiendo inseguridad, la mayor exposición a un mundo peligroso aumenta la posibilidad de destrucción y pérdidas. Por otro lado, acciones humanas más restringidas y más refrenadas habrán de empobrecer la vida humana mediante la disminución de los contactos sociales y la limitación de la operación apropiada de la voluntad humana. La inseguridad presagia la aniquilación de las esperanzas y las expectativas. Como los jueces son instrumentos humanos para la realización de la seguridad, es su deber la protección de los miembros de la comunidad mediante la operación de las instituciones que la comunidad ha organizado o diseñado para prevenir o neutralizar riesgos y peligros. Los jueces están habilitados para eliminar o reducir peligros sancionando comportamientos injustificados, riesgosos o peligrosos.

7. Poder, anarquía y opresión

La vida social es vida organizada, es vida sujeta a una cierta estructura jerárquica en virtud de la cual se eligen los objetivos, se buscan las finalidades, se seleccionan los medios y se ejecutan las acciones adecuadas. La vida social no es un agregado desordenado y caótico de conducta humana carente de relación recíproca. Por el contrario, el comportamiento de los miembros de la comunidad muestra que responden a ciertas directivas o que siguen un esquema particular de crecimiento y desarrollo. En todo grupo social hay personas dotadas de la autoridad necesaria para elegir fines y seleccionar los medios para lograr esos fines. Estas personas son capaces de infundir ideas, inspirar acciones y movilizar gente. Este poder, esta autoridad para infundir y dirigir puede ser la expresión de meras cualidades inherentes a la personalidad. El más persuasivo y duradero poder es aquél que corresponde a las características personales del líder, es decir su conocimiento, su experiencia, su coraje y su sabiduría. Un hombre con tales cualidades no sólo comanda, persuade. Un hombre con tales cualidades no sólo comanda, persuade. Gana apoyo y ayuda. No necesita ejercer ningún tipo de acción coercitiva ni amenazar con sanciones para ser seguido. Convence en virtud de la fuerza y atributos de su propia personalidad. Es un "honoratiore" (40). Tiene la capacidad de inspirar a sus conciudadanos y de dirigirlos hacia el futuro.

Hay, por cierto, otras formas de lograr y emplear el poder. En las comunidades muy grandes y complejas de nuestros días hay muchos aspectos diferentes de la vida comunitaria, que, a diversos niveles de la estructura social, requieren de diferentes grados de poder para un adecuado desarrollo y crecimiento del grupo social. Es por esto que uno raramente encuentra un dirigente único u honorario, a cargo de algún sector del grupo social. En cambio se confía en otros procedimientos que varían en cuanto a sus formas para la sección y reconocimiento de aquellas personas que van a tener el poder de dirigir el grupo. Las costumbres y las tradiciones jugaron anteriormente una función importante en la organización del grupo social y en la selección de dirigentes. Hoy en día se prefieren procedimientos electorales formales para identificar o elegir a aquéllos que tendrán el poder de indicar el camino hacia el futuro y el derecho de demandar que ese camino sea seguido.

El poder implica la infusión de objetivos, la transmisión y la comunicación de preferencias, la articulación de políticas, y la organizada movilización de energías. El grupo social opera como un todo bajo la inspiración de sus dirigentes. Tal articulada, coherente y consistente conducta de los miembros del grupo social aumenta el efecto de las acciones individuales, porque tales comportamientos responden a una misma directiva y buscan resultados similares. Como consecuencia el grupo gana fuerza y consistencia. Se convierte en un cuerpo sólido inspirado en los mismos ideales que se concreta en un sentimiento de "pertenencia" provechosa que es compartido por los miembros de la comunidad. El poder, entonces, es infusión e inspiración por unos pocos y aceptación, reconocimiento y cumplimiento por muchos. La fuerza ganada de tal modo se difunde en el seno del grupo y ella es experimentada por sus miembros. El sentimiento resultante agrega un nuevo elemento de consistencia e identificación social que permite a los miembros compartir la fuerza del grupo como si fuera la fuerza de cada uno de ellos.

El juez como miembro de la comunidad es parte de la estructura social. El es claramente consciente de su posición privilegiada en el grupo. Mediante su experiencia ha aprendido cuán importante es que los mecanismos e instituciones del grupo social funcionen eficientemente y ha captado la naturaleza y alcance de su intervención y cuán vital es esa intervención para el mantenimiento de esos mecanismos e instituciones. El se da cuenta de que su propia función está esencialmente ligada al funcionamiento adecuado de las estructuras sociales de poder (41). La decisión del caso y el consecuente cumplimiento de la sentencia son, *inter alia*, expresiones de poder que en este contexto son utilizadas para neutralizar la naturaleza divisiva de las disputas entre los miembros de una comunidad. El juez comprende muy bien que la realización del poder es condición *sine qua non* para la subsistencia de la comunidad como comunidad. Se da cuen-

ta de que él, como juez, como órgano de la comunidad, tiene la obligación de proteger la existencia de la comunidad, de preservar su organización y de mantener un funcionamiento eficiente de aquellos mecanismos por medio de los cuales el grupo fija y realiza sus metas. De ahí que, el juez sea reacio a llevar a cabo cualquier acción que pueda poner en peligro cualquier institución que el grupo social ha organizado para preservar su existencia y para alcanzar sus objetivos.

El correspondiente valor negativo por defecto del poder es la anarquía. La anarquía implica falta de dirección, acción sin rumbo, y multiplicidad de comportamientos individuales encarnados en forma aislada con torpe olvido de la suerte e intereses del grupo. Cada individuo es dejado solo, o por lo menos funciona como si estuviera solo, aislado de los otros e ilimitado en su conducta. El individuo no está sometido a la operación de tipo alguno de autoridad. El grupo o comunidad organizado en base a aceptadas tradiciones, instituciones y metas deja de existir. En su lugar, un agregado desordenado de individuos, carente de limitaciones en el ejercicio de su voluntad independiente actúa en la búsqueda autónoma de sus objetivos particulares. La armonía desaparece y prevalece la debilidad y la ineficacia. Ya no hay más sentimiento de "pertenencia" ni un reconocimiento ni identificación de intereses, propósitos o valores comunes. Tal falta de identificación genera falta de confianza y hostilidad. La afirmación de la voluntad individual se hace agresiva, y la ausencia de poder abre el camino de la generalización de acciones individuales torpes.

No hay lugar para un juez en medio de la anarquía. El desempeño de la función judicial se hace imposible. Nadie reconoce su autoridad judicial. La intervención judicial con el propósito de dirimir los conflictos se hace prescindible. Sus decisiones son ignoradas y no hay posibilidad de lograr el cumplimiento de esas sentencias. Tampoco existen instrumentos eficaces para imponer a los individuos la realización de cualquier conducta debida conforme a Derecho. La anarquía destruye la jerarquía. El juez llega a encontrarse privado de su autoridad para mandar, para restringir o para dirimir. Deja de ser órgano de la comunidad porque la comunidad misma ha dejado de existir. El juez, como los demás miembros de la comunidad, queda solo. Debe apoyarse en el ejercicio de su propia voluntad individual y se ve forzado a enfrentarse con la voluntad de los demás sin autoridad para exigirles obediencia o aceptación. Porque la anarquía implica la destrucción de su posición como juez y porque la anarquía provoca la aniquilación de sus poderes, los jueces son reacios a dictar sentencias que debiliten el funcionamiento eficiente de las organizaciones sociales y que dañen la estructura jerárquica del Estado que provee la base requerida para el adecuado y apropiado funcionamiento de los tribunales.

La opresión, por el otro lado, es el correlativo valor negativo por exceso de poder. La opresión implica la destrucción de la autonomía individual. Cuan-

to se haga es hecho por haber sido requerido por quienes disponen de poder. Las vías para las preferencias individuales se encuentran sustancialmente reducidas. E incluso las pocas vías abiertas remanentes carecen de relevancia o de atracción para los seres humanos que enfrentan una elección individual.

Cuando la opresión prevalece, unos pocos mandan a muchos, y los muchos son obligados a obedecer. Hay muy pocas oportunidades significativas para el ejercicio de preferencias individuales y para la acción. La excepción son los pocos que mandan, porque la vida de los otros está sujeta a la coerción. El estímulo de la creación y la aventura se pierden. Queda destruido el sentido de la responsabilidad individual. Crecientes muros de prohibición rodean al ser humano, impidiendo cualquier visión del futuro. De esta manera, vivir, es vivir en un presente aumentado donde el individuo se siente alienado, en tanto el futuro se encuentra tan alejado que pierde sentido. La vida misma está vacía, en blanco, desnuda. No hay gozo, sólo el sentimiento opresivo de que uno no está viviendo su propia vida sino la de otro. El ser humano se convierte en un autómata, a quien se le requiere la ejecución de actos externos, conforme a instrucciones. La total y racional aceptación de las metas por la persona actuante, es irrelevante en la medida en que la disensión se limita a ser un fenómeno puramente mental, no produce consecuencias. Importa cuánto puede ser visto, examinado, contado o medido.

La vida social se hace mecánica, rígida y homogénea. Los miembros sojuzgados de la comunidad no encaran comportamiento individual inesperado. Desde que cualquier intento de queja o resistencia es suficiente para una acción coercitiva del Estado, hay un sentido penetrante de traición experimentado por quienes se atreven a oponerse o resistirse. Este sentimiento tiende a debilitar los vínculos existentes entre los miembros de la comunidad oprimida. En vez de camaradería, amistad y respeto mutuo, se produce el aflojamiento de los lazos sociales y políticos. El alma se vacía y aísla, privada de asistencia o ayuda. En vez de los vínculos fraternales establecidos por la acción individual basada en la buena voluntad y la generosidad, hay lazos de sujeción forjados por los gobernantes, quienes atan a su voluntad las voluntades de los súbditos. La estructura social se convierte en una pirámide rígida, con una ancha base de sujetos obedientes y una angosta cúspide de gobernantes absolutos. Desde que el miedo y no la buena voluntad se convierte en el factor predominante en el desarrollo y crecimiento de la opresión, la estructura social resultante es superficial e inestable. Mantiene una apariencia de conformidad, en la medida en que el aparato de coerción subsiste lo suficientemente eficaz como para provocar un sentimiento de terror generalizado; pero la vida es mutable y el tiempo todo lo desgasta, incluidos los instrumentos requeridos para el funcionamiento de la maquinaria de opresión. Estos instrumentos terminan por resultar oxidados o ineficaces y todo comienza a desmoronarse. La conformidad queda expuesta como pequeña o inexistente.

Los jueces están profundamente conscientes de los peligros de la opresión. Se dan cuenta de que sus funciones sólo pueden ser efectivas y duraderas si son partes de un sistema de vida que sea finalmente aceptado por los miembros de la comunidad. Los jueces tienen una clara comprensión de las limitaciones que rodean a cualquier acción humana que haya sido rechazada por la mayoría de los miembros del grupo. Saben muy bien que sus poderes como jueces guardan relación con el grado de comprensión de sus decisiones por parte de los miembros del grupo, y del grado de su aceptación por parte de los miembros en el sentido de algo que debe ser. Por esta razón los jueces sienten la necesidad de explicarse ante el público y hacer saber al pueblo que no se ejercita el poder sin razón. Los jueces saben que cuanto mayor la contradicción entre los actos externos y la efectiva voluntad de los miembros de la comunidad, más débiles se hacen los lazos sociales y políticos, incluyendo aquéllos que ligan al juez con el pueblo.

8. Paz y discordia

La paz implica la unidad entre seres humanos que se ven a sí mismos como miembros de una misma familia o de un mismo grupo, unidos por lazos espirituales de identidad y tradición. El yo ve a los otros como amigos, no como enemigos. Hay un sentimiento de confianza, credibilidad y destino común. En vez de diferencias que separan a los miembros, la comunidad comparte un origen y destino comunes y comunes aspiraciones que los unen. Esos vínculos que ligan a los miembros de una comunidad como hermanos identificados por un nombre común y llamados a actuar en conjunto para el logro de objetivos similares, los lleva a una situación de paz y tranquilidad. No hay falta de confianza, ni prejuicios, ni sospechas. En su lugar prevalece un sentimiento positivo de fraternidad. El ser humano se siente inclinado a desmantelar las barreras levantadas para paralizar las agresiones y se ve impulsado a incrementar sus contactos y relaciones con los demás. La paz promueve los contactos entre los seres humanos y abre el camino para que el individuo experimente nuevas y más ricas relaciones con los otros. La vida y la experiencia del miembro individual de la comunidad es enriquecida por su estrecha vinculación con la vida y experiencia de otros miembros de la comunidad. El individuo ve a los otros como personas que actúan y sienten como él lo hace, así uno encuentra razón suficiente para esperar sentimientos, objetivos y aspiraciones similares de parte de quienes ha identificado como sus amigos.

La paz, es decir, la unidad vivida y experimentada por los miembros de la comunidad, es muy valiosa para el juez (42). El juez debe intervenir en los conflictos para resolverlos. En los casos que tiene ante él, los intereses no se encuentran unidos, están en conflicto. El juez tiene clara conciencia de que su mi-

sión consiste en promover la paz entre los miembros de la comunidad de tal manera que les sea posible alcanzar el grado de unidad que fortalecerá al grupo y que dará a cada uno de los miembros del grupo la seguridad que surge de compartir tradiciones similares y vivir un destino común (43). El juez comprende acabadamente cuán intensas pueden llegar a ser las diferencias y los conflictos que se encuentran en cualquier sociedad. Limitación en los recursos, choques de personalidad, diferencias de interpretación o una variedad de vocaciones, introducen elementos heterogéneos, divergentes y dinámicos en una sociedad. La tarea de contener esos conflictos y diferencias dentro de límites ciertos y estrechos se hace imperativa si es que el grupo o comunidad habrá de ser preservado como tal. El juez comprende que no hay posibilidad de lograr paz permanente, ya interna, ya externa, pero también sabe que tiene la aptitud de reducir tensiones y diferencias mediante el sabio ejercicio de su poder judicial y que al así hacerlo fortifica la comunidad de la cual él es miembro, introduce y desarrolla un enfoque racional para la solución de los conflictos y suministra a los miembros de la comunidad con la debida anticipación, noticia de la forma en que futuros similares conflictos serán atendidos y resueltos.

Toda sentencia judicial que tienda a incrementar el disenso, a fomentar el desasosiego y la desconfianza, o a alimentar el rencor y el odio, debilita al grupo social. Expone al grupo social a la acción agresiva de sus enemigos y aumenta las diferencias internas, obstruyendo las vías judiciales con más casos y disminuyendo su eficiencia como instrumento para el logro de la paz. Por ello los jueces son reacios a tomar cualquier medida que pueda ser divisiva o que pudiera servir como fuente adicional de disputas entre los miembros de la comunidad. Los jueces saben que si ellos alimentan discordia con sus decisiones, su propia posición se verá debilitada y el grupo del cual ellos son órganos, se verá sujeto a los riesgos de los conflictos y la enemistad.

La discordia es el valor negativo por defecto de la paz. La discordia implica la fractura de los vínculos que unen a los miembros de la misma comunidad. En la discordia los miembros ya no se ven más como miembros de la misma familia; por el contrario se ven a sí mismos como enemigos o adversarios que nada o muy poco tienen en común. La discordia juega un papel intensamente negativo en la vida social del grupo. En vez de una base común, una tradición compartida y un destino unido, la discordia crea abismos en la comunidad que separa a sus miembros y los lleva a formar grupos de fuerzas opuestas y a incrementar las diferencias entre los propios miembros. Cuando las disputas se multiplican, cuando grupo tras grupo salta al escenario de la confrontación, se ve sustancialmente reducido el poder del juez para intervenir en los conflictos y para solucionarlos de una manera satisfactoria. Como falta la solución racional y civilizada por medio de los jueces, las partes pueden verse forzadas a buscar soluciones por

vía directa. Un estado de discordia o confrontación sustituye al estado de paz. Antiguos amigos, son ahora enemigos, y no parecieran subsistir lazos que pudieran promover una reunificación del grupo y una solución pacífica del conflicto.

9. Cooperación, aislamiento y masificación.

La cooperación se refiere a la acción coordinada entre dos o más personas. Las inevitables limitaciones de la acción individual pueden ser superadas por medio de una conducta mutuamente coordinada mediante la cual se procura la realización de cierto propósito específico. Para tener cooperación no hay necesidad de que las partes cooperadoras adopten una decisión previa y deliberada que lleve al cumplimiento de una conducta explícitamente acordada. Es suficiente que la acción de una de las partes converja o coincida con la acción de otra, en el entendimiento explícito o implícito, de que está buscando un objetivo común. En virtud de haber cooperación se expande el ámbito de fines y objetivos a ser buscados y realizados por los miembros de la comunidad. El ámbito de acción social es ampliado, haciendo accesibles a cada uno de los miembros de la comunidad ciertas metas, servicios o instrumentos que de otra manera hubieran estado más allá de su alcance. En la medida en que la cooperación pone al alcance del individuo ciertas metas que de otra manera no hubieran podido ser logradas, puede decirse que la cooperación permite al individuo operar en la realidad social con un mayor grado de eficiencia.

El individuo, en vez de sentirse excluido, necesitado o debilitado, comienza a creer que sus aspiraciones no se han perdido ni han dejado de tener basamento. En vez de un sentimiento de desesperación o de desamparo, causado por la conciencia de las propias limitaciones, surge la esperanza del cumplimiento de los objetivos buscados gracias a la asistencia o ayuda que puede resultar de las acciones coordinadas o concertadas. El aumento del número de objetivos realizables, resultante de la acción cooperativa llevada a cabo por los miembros de la comunidad, mejora su bienestar espiritual y material. La vida se hace más rica. Cada uno de los miembros de la comunidad es capaz de discernir las nuevas posibilidades para su vida individual. En vez del empobrecimiento causado por la falta de suficiente número de oportunidades, hay un aumento de nuevas alternativas para la propia vida.

Muchos de los conflictos y disputas que llegan a conocimiento del juez y que pueden requerir su actuación para lograr algún tipo de ajuste racional de las diferencias existentes entre las partes son causados por las acciones indebidas de personas temerosas de la pérdida de metas o de servicios en razón de la naturaleza limitada de sus propios recursos. Tales personas pueden ser impulsadas a ejecutar acciones individuales injustificadas, en su intento por lograr fines anseados. Muchos conflictos surgen por falta de voluntad de llevar a cabo acciones co-

ordinadas. Cooperar requiere el abandono de la conducta individual egoista. Por ejemplo, esto es cierto en aquellas personas llamadas a actuar en situaciones como las que presenta una empresa, un movimiento político o una organización mutual. La negativa de tales personas a participar en acciones coordinadas es comúnmente impulsada por sus deseos de consolidar sus respectivas posiciones individuales y de afirmar, en forma dogmática, sus objetivos particulares o personales. Tal deseo, sin embargo, tiende a ser autodestructivo, porque los objetivos buscados por estos individuos pueden no ser logrados sin suficiente cooperación. Los jueces, por lo tanto, tienden a promover la cooperación por medio del adecuado ejercicio de su poder judicial. No son inducidos a sentar precedentes que pudieran obstaculizar, poner en peligro o perturbar la cooperación social. Por el contrario, los jueces reconocen la importancia de abrir caminos de buena voluntad que habrán de facilitar la coordinación de las acciones humanas para el logro de propósitos comunes. Los jueces saben que si se estimula la cooperación y se alcanza un grado razonable de acciones coordinadas, va a haber una disminución de tensiones sociales, una reducción en el número de disputas y un incremento y mejoría de las posibilidades acequibles a los miembros del grupo social (44).

El aislamiento es el correspondiente valor negativo por defecto de la cooperación. El aislamiento implica una actitud de rechazo a compartir esfuerzos, una falta de voluntad en participar de un fructífero esfuerzo común, y una marcada despreocupación por el destino de los demás, como si sus suertes estuvieran más allá de la preocupación individual. Una persona aislada se convierte en un factor social negativo. Por su negativa a coordinar sus acciones con las acciones de los otros, el individuo se convierte en un elemento perturbador, un obstáculo que estrecha el curso de las acciones y multiplica las dificultades en la realización de objetivos comunes. La falta de cooperación disminuye la eficacia de la acción social. Una persona aislada en el medio de un grupo interesado en la realización de algunos objetivos comunes, se convierte en un factor negativo. Porque una persona aislada, debe, no obstante, definir preferencias para vivir, su acción carente de coordinación, incluidas sus omisiones, puede interferir con alguna acción cooperativa iniciada por los otros miembros del grupo. No sólo habrá de interferir su acción carente de coordinación con el comportamiento cooperativo, sino que, además, su actitud de aislamiento habrá de limitar sus propias posibilidades. La pérdida resultante es doble: pierden tanto la comunidad como el individuo aislado.

La conducta antisocial es dañosa y perturbadora, porque puede poner en peligro los esfuerzos positivos de otros interesados en incrementar las posibilidades disponibles en favor de los miembros del grupo social. Los jueces ganan conciencia de las implicaciones negativas del comportamiento no-cooperativo y

por ello se inclinan a reconocer y proteger la cooperación y a desalentar el aislamiento que empobrece a la comunidad y alimenta sentimientos de desesperanza. Como miembro del grupo y como uno de sus órganos, el juez es llamado a alentar la cooperación porque ella se encuentra directa e indirectamente relacionada con el bienestar de la comunidad. El juez es un órgano del grupo que debe buscar los procedimientos mediante los cuales la conducta social creativa y constructiva se expande en vez de contraerse. El juez no es llamado al solo efecto de aplicar sanciones e imponer obligaciones; ciertamente, él debe cumplir estas funciones, pero debe hacerlo de tal manera que el grupo como un todo gane mejores oportunidades para desarrollar su fuerza y para lograr sus objetivos comunes.

La masificación es el correspondiente valor negativo por exceso de la cooperación. La masificación implica la pérdida del sentido del yo, porque no queda lugar para alguna acción individual innovativa o creativa. Cuanto debe ser hecho, debe serlo de la misma manera en que es hecho por el resto del grupo, o, por lo menos, debe ser hecho de una manera similar. La coordinación de acciones humanas se hace mecánica; se convierte en un mero agregado de acciones "standard" adoptadas con motivo de situaciones "standard". Se impone un alto grado de uniformidad a los miembros del grupo social; así, vivir es vivir como todos viven, es decir, como vive el hombre común. Se espera de uno que haga lo que hacen los otros. No se dan conductas aisladas o separables. No puede haber diferencias entre la acción individual y la acción del grupo, desde que la primera debe ajustarse a la segunda, y por lo tanto la primera deja de existir. El grupo social se convierte en una unidad de conducta "standard" dotada de la eficacia mecánica que resulta de la pura acumulación de acciones esternamente coordinadas sobre la base de su propio contenido "standard". Cuando la masificación prevalece, la sociedad puede ser comparada con una colonia de hormigas. Hay diferentes clases de individuos en el grupo y cada clase debe una función precisamente definida. Cada individuo en su clase debe llevar a cabo la tarea asignada y debe hacerlo de acuerdo a las instrucciones suministradas. Nada deja de ser previsto: sólo existe un conjunto de acciones "standard" que debe ser realizado, y el agregado de esas acciones ocasionará un resultado predeterminado. De nadie se espera, ni se le permite, hacer algo nuevo. Nadie puede basar su conducta en la percepción de una diferente forma de lograr el objetivo deseado, ni tampoco puede perseguir otro objetivo, aunque sea más valioso.

La masificación es destructiva, estéril y auto-destructiva. La fuerza de las sociedades humanas encuentra su apoyo en la habilidad de esas sociedades de improvisar soluciones, de mejorar soluciones ya probadas, y de enfrentar los desafíos de cambiantes situaciones con respuestas más adecuadas para hacerse cargo de nuevas realidades. Cuando prevalece una uniformidad "standard", cuando al ser humano no se le deja probar nuevos enfoques, cuando toda persona es obliga-

da a actuar pensar y vivir como todos los miembros de su clase entonces se pierde el espíritu el ser se transforma en un peón obligado a ejecutar al fondo acuerdo con secuencias de acción preestablecidas de contenido standard cuando los miembros del grupo social se despersonalizan cuando la comunidad ROSAR res humanos se comporta como una colonia de hormigas llega a su fin la expansión de la vida Los estilos del comportamiento se hacen rígidos y la falta de flexibilidad en las respuestas humanas a los nuevos problemas debilita al grupo y abre el camino de su destrucción Desde que los miembros han perdido el sentimiento de su yo tienden también a perder de vista su propia responsabilidad individual ya no tienen mas conciencia de la posibilidad de acciones innovadoras exitosas

Los jueces son conscientes de los riesgos sociales involucrados cuando la oportunidad de acciones individuales independientes e innovadoras se encuentran muy reducidas por la imposición de excesivas pautas de acciones coordinadas Como jueces sienten la necesidad de individualizar tienden a tratar a cada miembro de la comunidad como a individuos de carne y hueso cada uno con sus propias aspiraciones sueños y esperanzas Cada caso sometido a decisión judicial da evidencia de aspiraciones e intereses individuales expectativas y frustraciones, y angustia y remedio Los jueces saben que si se dejan prevalecer 'standards' impersonales, uniformes o despersonalizados en la experiencia jurídica el grupo puede enfrentar los peligros de la destrucción y la decadencia

10. Solidaridad y extranjería

La solidaridad significa el compartir pérdidas y ganancias como si el destino de los otros fuera el propio destino y viceversa Puede haber cooperación sin solidaridad como el caso cuando una persona coordina sus acciones con las acciones de otras para incrementar los efectos o consecuencias de sus respectivas conductas pero sin participación conjunta en los resultados del esfuerzo coordinado o cooperativo Cuando un pescador llama a alguno de sus amigos para que lo ayuden a equipar su bote a tirar y recoger las redes, y cuando esos amigos lo ayudan habrá cooperación sin solidaridad si lo producido gracias al esfuerzo común no es compartido La solidaridad entonces implica un cierto grado de participación en las consecuencias de una forma de acción específica y por lo tanto cuanto acaece a los otros en ese esfuerzo compartido tambien le acaece a cada persona como un individuo Si el grupo pierde el individuo tambien pierde Si el grupo gana el individuo tambien gana La vida de los integrantes parece estar estrechamente ligada como si todos los participantes fueran uno y como si todos estuvieran sujetos al mismo destino Los nexos que unen e atan a esas personas van mas alla del ámbito de su sola conducta coordinada El factor importante en

es tanto la manifestación externa de sus conductas, aún cuando esas conductas están inspiradas por los mismos propósitos; ese factor importante es un elemento espiritual, que lleva a la asunción voluntaria de un destino común aún cuando no hay posibilidad u oportunidad para acciones coordinadas.

En virtud de la solidaridad la vida humana alcanza uno de los niveles más altos de generosa devoción al bienestar de la comunidad (45). La solidaridad crea un fuerte sentimiento de pertenencia. Cuanto le pase a una persona, afectará a otras. El yo no está aislado sino participando con los otros; de esa manera la vida humana se hace más rica, pues la vida de los otros se convierte, en cierto sentido, en parte de la propia vida de uno, y esas vidas agregan un nuevo significado y una mayor profundidad a la vida individual. El individuo se encuentra dedicado al cuidado y la atención de los otros, a hacer más y a dar generosamente. Todas las partes involucradas viajan juntas hacia un destino común. Son llamados colectivamente a asumir los riesgos de la vida, las recompensas del coraje y las decepciones de los acaecimientos infortunados. La solidaridad acerca más a las personas (46).

Los nexos de la solidaridad son unos de los instrumentos más poderosos para el sólido y duradero establecimiento y desarrollo del grupo social. En vez de experimentar oposición o reclusión, el ser humano es estimulado a compartir su vida con otros y a asumir como propios los propósitos y objetivos de los demás. La solidaridad es el centro de cualquier esfuerzo que el grupo social encara para superar obstáculos o para soportar privaciones y miserias. La solidaridad aumenta la fuerza de los miembros del grupo, pues ninguno está solo, esto es, desde que cada persona es acompañada por otros dispuestos a compartir un destino común. También potencia la fuerza del grupo porque los lazos que existen entre los miembros del grupo agregan un poderoso sentido de comunidad de intereses y de similitud de propósitos que invitan a la acción generosa y dedicada. Los jueces no son indiferentes a un valor tan significativo para la sociedad. Ellos comprenden claramente el significado de la solidaridad como una fuente de entendimiento mutuo y tolerancia. La solidaridad tiende a disminuir los conflictos, a finiquitar las disputas y a solucionar racionalmente cualquier diferencia que pueda surgir en el grupo social. Por lo tanto los jueces tienen mucho cuidado de evitar cualquier acción judicial que pueda sembrar desconfianza entre los miembros del grupo social o que pueda llevar a la rotura de los lazos de la solidaridad. Los jueces están muy conscientes de la importancia de crear nuevos vínculos y lazos de solidaridad en la comunidad para preservar la fuerza y solidez de la comunidad.

La extranjería es el correlativo valor negativo por defecto de la solidaridad. La extranjería implica la renuncia a ser miembro del grupo. Alimenta los intentos de retirarse de la comunidad y a alejar al propio yo de cualesquiera con-

secuencias pudieran caer sobre el grupo. Esto se traduce en la rotura de los lazos con otros y en la afirmación de la supremacía de los intereses del yo individual, sean cuales sean las consecuencias para el grupo social. En la extranjería nada es valioso si no es valioso para el yo individual. La existencia y las acciones de otros deben ser sufridas como fuente de limitaciones inevitables de la acción extranjera. Cuanto mayor el alejamiento del individuo, mayor será la efectividad de la reducción de sus contactos con los otros. El individuo extrañado nada espera de la comunidad, ni nada está dispuesto a darle. De este modo el individuo extrañado es egocéntrico y procura llegar a ser autosuficiente. El aumento o crecimiento de la extranjería entre los miembros de la comunidad crea disociación y desgarro. Con el crecimiento de la extranjería la comunidad pronto exhibe signos de separación y de división entre los miembros del grupo. Los lazos que antiguamente mantenían unidos a los miembros del grupo, se han aflojado. El individuo comienza a ocuparse de sus propios intereses con total olvido de la suerte del grupo como un todo. Una vez que este proceso creciente de extranjería se generaliza, la subsistencia de la comunidad como tal está en juego. Nadie se interesa por los otros y, finalmente, nadie se ocupa ni preocupa por la comunidad. Destrucción, secesión y derrota, se hacen visiblemente posibles. Los jueces perciben claramente las consecuencias peligrosas del proceso de extranjería que conduce a la disolución social. Los jueces comprenden que cuando los lazos de la solidaridad se aflojan o destruyen, el futuro de la comunidad de la que ellos son órganos, está en peligro. Es por ello que los jueces son desconfiados ante cualquier acción humana tendiente a negar la existencia de la solidaridad y a afirmar la prioridad del yo y de los intereses individuales; tales acciones humanas dañan el bienestar del grupo social como un todo.

(Fin de la primera parte de la traducción. La continuación aparecerá en sucesivos boletines)

- (1) De acuerdo a Mitchell Franklin: "No hay un método jurídico en un determinado sistema, pero sí una sucesión de métodos jurídicos, cada uno surgiendo en situaciones históricas concretas y determinadas. "Franklin", "A Study of Interpretation in the Civil Law", Vanderbilt Law Review, 1950, T. 3, págs. 557, 561.
- (2) No hay diferencias básicas o esenciales en el proceso de interpretación seguido por los jueces del common law o los del derecho continental cuando trabajan con materiales legislativos. Véase la fina percepción de Jerome Frank en su opinión en su voto en "Usatorre c/The Victoria", 172 F. 2d 434 (2d. Circ. 1949). Dice Frank: "Nuestro actual modo de interpretación de disposiciones legislativas en casos no penales no está en el otro polo de la civil". Idem en pág. 444, n. 16.

- (3) Recasens-Siches dice: "a lo largo de muchas centurias algo le pasó a la interpretación jurídica, algo parecido a lo que le ocurre a una niña con muchos pretendientes, pero ninguno marido en perspectiva. Realmente, la interpretación jurídica acostumbraba tratar con una variada multiplicidad de métodos. Pero ninguno de esos métodos demostró ser suficientemente satisfactorio, ninguno de esos métodos pudo ser sostenido como suficiente o plenamente justificado... Cardozo... manifestó que él no podía encontrar algún criterio para dar prioridad a alguno de esos métodos, ...de manera tal que el segundo debiera ser usado como subsidiario del primero, etc. De todas maneras, Cardozo suministró una información iluminante y decisiva, que llega al verdadero corazón de este problema; lo que siempre y definitivamente le importó a Cardozo fue encontrar la decisión justa, la "más justa" y la "más correcta" decisión de entre todas aquellas posibles. Recasens-Siches, "The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational" en "ESSAYS IN JURISPRUDENCE IN HONOR OF ROSCOE POUND", Ed. R. Newman, 1962, págs. 217-18. (En lo sucesivo citado como RECASENS-SICHES, "LOGIC OF THE REASONABLE").
- (4) Los elementos temporales, espaciales, personales y materiales en el derecho son considerados por Kelsen como elementos del Estado. El significado teórico de estos elementos es el mismo, desde que para Kelsen el Estado es el ordenamiento jurídico. H. Kelsen, General Theory of Law and State, 20th Century Legal Philosophy Series, traducción de A. Wedlberg, 1945, págs. 181-91, 207-42. En lo sucesivo citado como KELSEN.
- (5) Ver capítulos V, VI y VII.
- (6) Ver capítulos V y VI.
- (7) De acuerdo con Recasens-Siches: "El Derecho nunca es cuestión de lógica. Por el contrario, es una materia de juicio, de apreciación de valores". RECASENS-SICHES, "LOGIC OF THE REASONABLE", supra nota 3, pág. 201.
- (8) Stone, "The Province and the Function of Law", 1950, págs. 137-40 (en lo sucesivo citado como STONE, THE PROVINCE).
- (9) Dice Cardozo: "Mi análisis del proceso judicial llega a esto y poco más: la lógica, y la historia, y las costumbres, y la utilidad, y los standars aceptados de conducta adecuada son las fuerzas que solas o en combinación conforman el progreso del Derecho. Cuál de esas fuerzas predominará en cada caso debe depender en gran medida de la importancia o del valor comparativo de los intereses sociales que van a ser promovidos o disminuidos en consecuencia. Uno de los intereses sociales más fundamentales es que el Derecho debe ser uniforme e imparcial. Nada debe haber en su accionar con sabor de prejuicio, o favoritismo o, incluso, de capricho arbitrario o de irregularidad. Por lo tanto en principio debe haber adherencia al precedente. Habrá un desarrollo simétrico consistente con la historia o con la costumbre, cuando la historia o la costumbre han sido la fuerza motriz o la principal, en dar la forma a las normas vigentes; y con la lógica y la filosofía cuando ellas han sido la fuerza motivante. Pero el desarrollo simétrico puede ser comprado a un precio muy alto. La uniformidad deja de ser buena cuando se convierte en la uniformidad de la opresión. El interés social atendido por la simetría o la certeza deben ser equilibrados por el interés social atendido por la equidad y la imparcialidad y otros elementos del bienestar social"; B. Cardozo, "The Nature of the Judicial Process", 1921, págs. 112-13 (en lo sucesivo citado como CARDZOZO).

- (10) Según la opinión de Félix Cohen: "Lógica elemental nos enseña que cualquier decisión jurídica o que un conjunto finito de decisiones puede ser subsumido bajo un número indefinido de normas jurídicas diferentes, tal como puede ser trazado un número infinito de curvas diferentes sobre un punto o sobre una colección finita de puntos. Toda decisión es una elección entre diferentes normas que lógicamente se ajustan a las decisiones pasadas pero que, lógicamente, llevan a resultados en conflicto en el caso pendiente. La lógica provee el trampolín, pero no garantiza el éxito de una zambullida determinada". F. Cohen, "Ethical Systems and Legal Ideals: An Essay on the Foundations of Legal Criticism", 1933, pág. 35.
- (11) W. Friedman dice: "El problema de los valores, de las políticas e ideologías que empujan al tribunal en una o en la otra dirección, no puede ser eliminado. No quedan muchos abogados que crean verdaderamente que los problemas jurídicos son materia de pura lógica". Friedman, "The Interpretation of Statutes in Modern British Law", Vandervilt Law Review, 1950, t. 3, págs. 544, 555.
- (12) Por "dignidad" se quiere expresar la jerarquía específica o el "valor" de cada valor. Algunos valores son más valiosos que otros. Todo abogado sabe que la justicia es más valiosa que el orden. Por "fuerza" se quiere significar la intrínseca capacidad de un valor para alcanzar su realización en la vida humana. Cuanto más fácil resulta realizar un valor, más fuerte será considerado. Cuanto más difícil sea la realización de un valor, más débil será considerado. En general, los valores más fuertes tienden a exhibir menos dignidad, en tanto los valores más "débiles" tienden a ser de mayor dignidad. Para un análisis de estas complejas relaciones axiológicas ver: Hartmann, "Ethics", trad. S. Coit, 1932, págs. 54-57, 449-52 (en lo sucesivo citado como HARTMANN); M. Scheler, "Formalism in Ethic and Non-Formal Ethics of Values", trad. de M. Frings y R. Funk, 5^a Ed., 1973, págs. 86-100 (en lo sucesivo citado como SCHELER).
- (13) Platón, "Republic", trad. de G.M.A. Grube, 1974, especialmente libros I-IV (en lo sucesivo citado como REPUBLIC).
- (14) Aristóteles, "The Nichomachean Ethics", trad. de H. Rackham, 1975, especialmente libro V. (en lo sucesivo citado como ARISTOTELES).
- (15) Santo Tomás de Aquino, "Summa Theologica", Trad. de Fathers of the English Dominican Province, 1955, especialmente 2a. 2ae quaest. 57; 1a. 2ae quaest. 66; 2a. 2ae quaest. 58. Traducción: Fathers of the English Dominican Province, 1955.
- (16) L. Duguit, "L'Etat, Le droit Objectif et la Loi Positif", 1911; L. Duguit, "Traité de Droit Constitutionnel", 1927, caps. I-II (en lo sucesivo citado como DUGUIT, TRAITE, t. I).
- (17) S. Passfield & B. Webb, "Industrial Democracy", 1897; B. Webb, "The Cooperative Movement in Great Britain", 1899, 1^{ra} ed., 4^{ta} imp.; Passfield, "The Basis of Socialism: Historic", en "Fabian Essays in Society", ed. de G. Shaw, 1889.
- (18) N. Machiavello, "Il Principe", 1981.
- (19) Hobbes, "Leviathan", ed. de A. R. Waller, 1935, especialmente pt. 2.
- (20) H. Grotius, "De Jure Belli ac Pacis Libri Tres", trad. por F. Kelsen, 1925 (en lo sucesivo citado como GROTIUS).
- (21) E. Kant, "The Philosophy of Law", trad. por W. Hastie, 1974, especialmente pt. 2.
- (22) H. Kelsen, "Law and Peace in International Relations", 1942

- (23) Recasens Siches, "Vida humana, Sociedad y Derecho", 1952, cap. VI (en lo sucesivo citado como RECASENS-SICHES, VIDA HUMANA).
- (24) J. Locke, "Two Treatises of Government", 1963.
- (25) De acuerdo a Hartmann: "Los disvalores están situados en una posición contraria a los valores, ...son como contrapartes, tal como el ámbito de las categorías no conoce. Una interacción de disvalores debe correr paralela a la interacción de los valores, o posiblemente no paralelas, pero de acuerdo a una regularidad que le es propia. Eso daría una dialéctica doblada, con una constante polaridad recíproca, por virtud de la cual lo que no es discernible en una serie, muy bien podría ser visible en la otra. Si recordamos que muchos valores negativos son más comprensibles que sus contravalores positivos, que muchos valores sean definibles solo indirectamente a través de sus disvalores —un hecho que prácticamente conocemos al efectuar nuestro análisis— entonces se hace claro que una dialéctica de los valores necesitará el apoyo de una dialéctica de valores negativos". HARTMANN, nota 12, pág. 394. Ver también SCHELER, nota 12, págs. 25-27.
- (26) En la opinión de Max Scheler: "La no existencia de un valor positivo es, en sí mismo, un valor negativo", Scheler, supra nota 12, pág. 26.
- (27) La palabra "masificación" no es común en el mundo del idioma inglés, aunque es muy común en el español: masificación (N. del T.: en español en el original). Este término empezó a ser usado en forma amplia después de la traducción al inglés de "La rebelión de las masas" de J. Ortega y Gasset, publicado en 1957. He elegido usar la anglicanización de la palabra española "masificación" (N. del T.: en español en el original) ya que había sido anglicanizada con anterioridad por Phillip E. Hammond y Kirk R. Williams en su obra inédita "Moral Climates of Nations: Measurement and Classification", que era parte de un proyecto llevado a cabo por los autores junto con el Prof. Boris Kozolchyk, titulado "Models of Fairness and Legal Systems" (National Science Foundation, Grant GS-38286). En ese trabajo Hammond y Williams usaron la palabra "masificación" en un sentido similar a la palabra española "masificación" (N. del T.: en español en el original). Ver por ejemplo el capítulo titulado "Secular Change and Two Kinds of Morality: Massification or Mobilization?"
- (28) ARISTOTELES, supra nota 14, en libro V, § 11, nº 7.
- (29) REPUBLIC, supra nota 13, libro I, nº 336 b-d, 338 c. (N. del T.: la versión española de esta cita no fue traducida del original en inglés, sino que para hacer el texto más terso y conciso se tomó de la traducción al español, directo del griego, de Antonio Camarero, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 9^a ed., 1977).
- (30) Aquí se mencionan sólo aquellos trabajos de Cossio que están relacionados directamente con el tema principal de este trabajo: C. Cossio, "El Derecho en el Derecho Judicial", 2^a ed., 1959; C. Cossio, "La plenitud del ordenamiento jurídico", 2^a edic., 1947; Cossio, "Teoría de la Verdad Jurídica", 1954 (en lo sucesivo citado como COSSIO, TEORIA DE LA VERDAD JURIDICA); C. Cossio, "La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad", 2^a ed., 1964, (en lo sucesivo citado como COSSIO, LA TEORIA ECOLOGICA); C. Cossio, "La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho", 1954 (en lo sucesivo citado como COSSIO, LA VALORACION JURIDICA); Cossio, "Panorama de la Teoría Ecológica del Derecho", Revista de la Fac. de Derecho, t. 13, 1949; C. Cossio, "El Principio 'Nulla Poena Sine Lege' en la Axiología Ecológica", Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 48, 1947; C. Cossio, "El substrato filosófico de los métodos interpretativos", Revista Universidad, t. 6,

1940; C. Cossio y Hans Kelsen, "Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho, Teoría Egológica y Teoría Pura", "Teoría Egológica y Teoría Pura: Balance provisinal de la Visita de Kelsen a la Argentina", 1952; C. Cossio, "Los valores jurídicos", Anuario de filosofía del Derecho, t. 4, 1956.

- (31) Aunque no hace una distinción apropiada entre orden y seguridad, H.W.R. Wade ha escrito en el mismo sentido: "El Derecho existe para garantizar el orden que las fuerzas en control de una sociedad desean imponer. Su objetivo es la uniformidad de acciones de tal modo que un miembro de la sociedad pueda saber cómo, en ciertas circunstancias, otro habrá de actuar probablemente, siendo esto la esencia de la seguridad". Wade, "The Concept of Legal Certainty a Preliminary Skirmish", Modern Law Review, t. 4, pág. 185.
- (32) COSSIO, LA TEORIA EGOLOGICA, supra nota 30, pág. 567; Cossio, "Meditación sobre el orden y la seguridad", Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 83, pág. 1023, año 1956 (en lo sucesivo citado como COSSIO, MEDITACION).
- (33) C. Cossio, "La justicia", Revista Jurídica Argentina La Ley, año 1967, t. 126, págs. 1043-44 (en lo sucesivo citado como COSSIO, LA JUSTICIA).
- (34) Huntington Cairns ha puesto mucho énfasis en el orden y el desorden como criterios básicos para la comprensión de la vida social y para la definición del objeto propio de la Ciencia del Derecho . Ver: H. Cairns, "The Theory of Legal Science", 1941.
- (35) Holmes, "The Path of the Law", Harvard Law Review, t. 10, pág. 466.
- (36) Dice Holmes: "Y el método y la forma lógica estimulan ese profundo deseo de certeza y de tranquilidad alojados en toda mente humana. Pero la certeza es generalmente una ilusión y la tranquilidad no es el destino del hombre. Detrás de las formas lógicas se encuentra un juicio relativo al mérito relativo y la importancia de razones legislativas en competencia, a menudo un juicio inarticulado e inconsciente es cierto, y sin embargo es la misma raíz o nervio de todo el proceso. Ud. le puede dar forma lógica a cualquier conclusión". Idem en pág. 466.
- (37) Edmond Cahn escribe: "Se considera alcanzada la seguridad cuando uno ordena sus asuntos y su vida interior de manera tal que los favores y las amenazas de los hombres y los dioses le resultan indiferentes". E. Cahn, "The Sense of Injustice: An Anthropocentric View of Law", 1949, pág. 127.
- (38) Esta relación ha sido enunciada de un modo claro y sucinto por Richard A. Wasserstrom: "Unas de las más fundamentales de todas las necesidades humanas es el sentirse en control del medio en que uno se encuentra. Esta necesidad puede ser mejor satisfecha, este sentido de seguridad más libremente alcanzado, este poder sobre el medio circundante más exitosamente alcanzado, en un ámbito social en el que el cambio, si ha de ocurrir, sea regular, y, por lo tanto, pueda ser anticipado". R. Wasserstrom, "The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification", T. 62, 1961 (en lo sucesivo citado como WASSERSTROM).
- (39) M. Heidegger, "Being and Time", cap. 1-4, trad. de J. Macquarrie y E. Robinson, 1962 (en lo sucesivo citado como HEIDEGGER).
- (40) Max Weber describe al "honoratiore" de la siguiente manera: "(1) En virtud de su situación económica tienen la capacidad de ocupar en forma continua posiciones de liderazgo o de autoridad en un grupo corporativo sin remuneración, o con una mera nominal, y (2) ocupan una posición de prestigio social que puede descansar en

una cualquiera de diversas bases y de manera tal que en un proceso formalmente democrático ellos probablemente habrán de lograr la confianza de sus compañeros, de modo que habrán de ocupar posiciones oficiales primero en base a la libre elección y después por tradición". M. Weber, "Max Weber on Law in Economy and Society", t. 52, pág. 25, Trad. de E. Shila y M. Rheinstein, ed. M. Rheinstein, 1954.

- (41) De acuerdo a Gmelin: "La decisión y sentencia no es meramente una conclusión lógica; es también un ejercicio del poder del Estado en interés del mantenimiento de la paz conforme a Derecho". Johann Gmelin, *Dialectic and Technicality: The Need of Sociological Method*", en *Science of Legal Methods; Select Essays by Various Authors* nº 87, *Modern Legal Philosophy Series* nº IX, 1921, pág. 129 (en lo sucesivo citado como GMELIN).
- (42) Edwin Garlan dice: "tanto la decisión como sus principios deben ser probados por lo menos por su idoneidad para lograr la paz", E. Garlan, "Legal Realism and Justice", 1941, pág. 78 (en lo sucesivo citado como GARLAN).
- (43) Dicen Peter Stein y John Shand: "El mantenimiento de la paz en la comunidad es una pre-condición para el logro del resto de los valores jurídicos. Es inútil hablar de justicia o de libertad si los ciudadanos no se sienten razonablemente a salvo de ataque..." P. Stein y J. Shand, "Legal Values in Western Society", 1974, t. 31 (en lo sucesivo citado como STEIN & SHAND).
- (44) De acuerdo a Pound: "Pero una parte del camino del pensamiento jurídico del mañana ya es visible. Parece ser un camino hacia un ideal de cooperación más que de competencia agresiva. Sin embargo la cooperación no puede ser, en forma totalmente satisfactoria la medida de los valores para un sistema de Derecho. Esto porque la cooperación es un proceso. Debe ser cooperación hacia algo. Sospecho que la idea probará ser cooperación hacia la civilización". R. Pound, "Social Control Through Law", nº 111, pág. 126-27 (en lo sucesivo citado como POUND, SOCIAL CONTROL).
- (45) En la opinión de Hartmann: "El individuo sostiene una doble posición respecto del Derecho en vigencia en una comunidad. Por una parte, él es el afectado por los ajustes jurídicos, quien le debe acatamiento y al mismo tiempo, disfruta de su protección; por otra parte, él está allí también como un creador del Derecho quien, ya directa o indirectamente, participa creativamente en el continuo proceso de desarrollo jurídico de la comunidad. El también tiene su parte de responsabilidad por el Derecho vigente. Esta responsabilidad compartida es el inevitable reverso de su sometimiento, de otro modo éste último contradiría su libertad personal, cuya preservación es inherente al significado del Derecho. La conciencia de tal responsabilidad compartida es el segundo factor moral de importancia en el individuo como miembro de la comunidad. Es el fundamento de su solidaridad jurídica y civil con el conjunto de otros colocados en una situación similar. Esta solidaridad es el más profundo factor formativo en la vida histórica de los pueblos. Es también el elemento primario en la existencia ética del ciudadano de un Estado; y donde quiera que es fuerte y supera los reclamos especiales del individuo, la comunidad florece sobre ella. Su decadencia significa ruina... Esta solidaridad es una característica del individuo; pero a pesar de eso es una característica que él puede tener solamente en conexión con la unidad colectiva... Es al mismo tiempo un valor de la comunidad, tal como la justicia lo es en general". HARTMANN supra nota 12, págs. 234-36.

- (46) De acuerdo con Alexandre Alvarez: "La solidaridad debiera ser aceptada no sólo en las dos fases admitidas en ese Código (Alemán), sino también en la idea de ayuda recíproca, especialmente entre el patrón y el dependiente, entre miembros de la misma asociación, y en general entre personas ligadas por intereses similares; como también, en esas otras fases vistas en la extensión de la responsabilidad más allá del caso de culpabilidad actual". A. Alvarez, "Methods of Scientific Codification", en *Science of Legal Method, Select Essays by Various Authors*, nº 449, Modern Legal Philosophy Series, nº IX, 1921, pág. 448.

N.del T.: las notas bibliográficas han sido traducidas por el traductor.

REFLEXIONES FILOSOFICO-POLITICAS SOBRE EL ORDEN Y EL DESORDEN DE LA COEXISTENCIA

Jorge Raúl DE MIGUEL (*)

1 La política es un campo siempre propicio para someter a examen la cuestión del orden y el desorden, pero también, acaso, el ámbito en el cual se presenten las mayores dificultades. Si se la entiende como la búsqueda de una organización del complejo social, de un orden de la vida donde se realice una convivencia valiosa, la política brinda múltiples facetas de orden y desorden que, puestas en evidencia, deben contribuir a explicar cuestiones similares que aparecen en los distintos "sectores" convivenciales, como por ejemplo, el Derecho, la Economía, la Ciencia, el Arte.

Por otra parte, el enfoque sobre lo ordenado y lo desordenado remite, en última instancia, a una específica concepción del mundo, indescifrable como tal sin el auxilio filosófico. La ciencia política y, con más razón, las teorías que en su seno pueden desenvolverse, no están en condiciones de acercarse satisfactoriamente a la dilucidación del problema del orden y el desorden políticos sin recurrir al aporte de la filosofía política, de cuya precisa incumbencia es, en definitiva, la cuestión. Las palabras de Leo Strauss, que suscribimos, lo explican mejor: "la filosofía política consiste en el intento de adquirir conocimientos ciertos sobre la esencia de lo político y sobre el buen orden político o el orden político justo" (1). Aún así, las más profundas raíces deben hallarse en la filosofía general, ya que el concepto de orden y desorden tal vez sea uno de los más reveladores de la influencia que la universalidad derrama sobre las parcelas del conocimiento, en este caso, la política.

Las reflexiones siguientes se desarrollarán con referencia a la coexistencia enfocada como la dimensión sociológica del mundo político. El marco es, pues, el de la filosofía endo-política, caracterizada por el abordaje de la política desde dentro de ella para construirla como una totalidad. Dicha tarea es filosófica en tanto no puede haber "totalidades regionales" no relacionadas con una "totalidad universal". A partir de una investigación en el conocimiento universal filosófico, cuyas bases hemos expuesto en un trabajo anterior (2), sería posible tratar también el orden y el desorden como una cuestión de filosofía exo-política, esto es, desde fuera del mundo político como tal (3).

2. Por orden puede entenderse una determinada disposición, sustentada en un criterio vinculante, que puede adoptar la forma de principios, fines, modelos, valores, etc. El orden se concibe, pues, en relación a aquéllo que le da sentido, esto es, no significa un mero agrupamiento como devendría si se desco-

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

nociera el criterio de referencia. El **desorden**, a su vez, también se configura en relación a, sólo que en este caso el criterio es el orden. Ello hace que la simple asociación de cosas no sea conceptualizable ni como un orden ni como un desorden, los cuales aparecerán cuando se conozca el sentido como referente del orden y éste mismo, como referente del desorden. Ello significa aceptar que no podemos juzgar el desorden sin suponer previamente en el material estimado un orden que reputamos alterado

3. Desde el específico enfoque tridimensional de la teoría trialista (4), el mundo político se despliega como un conjunto de actos de coexistencia, captados normativamente y valorados, tanto los actos como las normas, por los valores de convivencia. El ámbito propio de lo político se constituye así entre las amplias fronteras de la convivencia, pero "es" coexistencia que "debe ser" convivencia, rescatando de ese modo, el sentido último de la vida, con referencia a la cual la existencia es sólo un soporte. En otras palabras, las conductas humanas tal como son en la realidad social y la descripción e integración que de ellas se hace a través de formalizaciones normativas, son referidas a un complejo axiológico que, sin pretensión de agotar la convivencia, es tomado como suficientemente representativo. Así, valores como justicia, utilidad, verdad, belleza, santidad, amor, resultan formulaciones supremas para enjuiciar los actos y las normas.

4. Si se aplican las ideas de orden y de desorden al mundo político general puede decirse que éste aparece como ordenado si la coexistencia se realiza efectivamente como convivencia, y desordenado, si la coexistencia es desvaliosa. Los valores de convivencia se toman, pues, como los criterios de orden en la política desplegada tridimensionalmente. Así pueden caracterizarse también las distintas ramas políticas (5), signadas por cada uno de dichos valores: por ejemplo, hay orden en la política jurídica si se realiza la justicia y en la política económica si se lleva a cabo la utilidad, mientras que el desorden supondrá el predominio de la injusticia y la desutilidad. Es preciso tener en cuenta, además, que se trata de nociones graduales. El máximo de orden y de desorden no parece alcanzable por el hombre, ya que el orden supremo excede normalmente las capacidades humanas y el desorden extremo haría imposible la misma vida. Existe orden político, pues, cuando la coexistencia deviene cada vez más en convivencialmente valiosa y, desorden político, cuando la coexistencia, en cambio, deviene cada vez más en convivencialmente desvaliosa (6). Si bien en cada una de las dimensiones de la política, sociológica, normológica y axiológica, es posible analizar también relaciones de orden y de desorden (7), nos interesa remarcar ahora aquéllas que tienen lugar en la realidad social.

5. La dimensión sociológica de la política es un conjunto de actos de coexistencia, que configuran un orden por emanar tanto de la planificación gubernamental como de la ejemplaridad. En el primer caso, el orden se constituye de manera vertical en tanto los gobernantes establecen un conjunto de actos futuros a los que se someterán tanto ellos como los individuos. En el segundo caso, el orden proviene de un engarce horizontal de las conductas, según el esquema modelo-seguimiento, en virtud de la razonabilidad otorgada por la comunidad. Es decir, que la planificación y la ejemplaridad aparecen como los vinculantes del orden de las conductas (8).

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento por el cual la planificación y la ejemplaridad son ordenadoras de la coexistencia? La planificación está en condiciones de generar un orden en razón del reconocimiento de la existencia del gobernante en la sociedad. La explicación filosófico-política se divide entre considerar al hombre un ser social por naturaleza y sometido inevitablemente a la relación mando-obediencia (doctrina griega y cristiana), y postular, en cambio, que el gobierno surge por una creación contractual entre los hombres, que sucede a un "estado de naturaleza" sin gobernante ni orden planificado posible (tesis pactista). Pero en la coexistencia, dicho reconocimiento a un gobernante concreto puede operarse por consentimiento de los individuos o bien ser impuesto por la fuerza (9). En ambos casos, la planificación resultante es constitutiva de un orden. La ejemplaridad, por su parte, brinda basamento a un orden por la calidad de los actos de coexistencia de convertirse en modelos de conducta. Se conforman como tales por ser razonables a juicio de la comunidad y, por tanto, dignos de ser continuados solidariamente. En suma: si no se reconociera una autoridad y si no resultara posible enlazar conductas razonables no podría concebirse la coexistencia como un orden.

6. Según la vía constitutiva que prevalezca se distinguen dos tipos de órdenes: un **orden social planificado**, más asentado sobre el plan de gobierno, y un **orden social espontáneo**, más apoyado sobre la ejemplaridad (10).

La planificación tiene en sí condiciones que brindan solidez al orden. Por ejemplo: para realizar un plan es preciso una previa racionalización de actos futuros y para ejecutarlo, una considerable dosis de poder. Estos elementos, previsión y fuerza, contribuyen a asegurar el mantenimiento del orden y a alejar las posibilidades de desorden. Es por ello que las doctrinas políticas autoritarias, que valoran con preferencia el orden, postulan una sociedad planificada. Pero cuando un orden planificado resulta contrariado, bien porque el poder no sea suficiente, bien porque los actos previstos no se cumplen, la capacidad de asimilación del desorden en un orden con tales características es muy restringida. La mera aparición de nuevos hechos, imprevisibles, puede significar desorden en una coexisten-

cia extremadamente planificada, la cual tiene que reordenarse recomponiendo su plan o utilizar el poder para mantener el anterior, a riesgo de ensanchar el conjunto de actos de coexistencia constituidos por ejemplaridad y que se apartan del plan.

El orden planificado encuentra apoyo en el ordenamiento normativo en tanto identifica un poder constituyente y un poder constituido y los criterios generales a los que se ajustarán, brindándole legitimación formal (11). Algunas ramas políticas necesitadas de un orden de la coexistencia más firme confían, con frecuencia, en el plan gubernamental como vía constitutiva del mismo. Así, la política jurídica, la política económica y la política científica revelan una tendencia a apoyarse en un orden social planificado para asegurar sus valores respectivos de justicia, utilidad y verdad. Y es también sobre ellas donde puede hacer un mayor impacto el desorden de la coexistencia: en una guerra, por ejemplo, se hacen casi imposibles los actos justos, el progreso económico y la investigación científica.

La ejemplaridad, en cambio, aparece como un modo más débil de constitución del orden. La razonabilidad otorgada por la comunidad no siempre es unívoca y aún cuando lo es requiere un período de tiempo considerable para su formación. Pero la solidaridad que se pone de manifiesto suele gestar un orden social perdurable, más flexible para asimilar el desorden, en especial, si se trata de actos provenientes de situaciones nuevas que procuran adquirir carácter de razonables y no de actos reputados como no ejemplares. Se observa además que algunas doctrinas políticas socialistas, cristianas e individualistas manifiestan, aunque por distinto cauce y finalidades diversas, su desconfianza hacia un orden riguroso y se inclinan, por tanto, por la espontaneidad de las relaciones sociales. Según su flexibilidad, el orden espontáneo puede ser más o menos abierto, lo cual depende en gran medida del tipo de razones preferenciales en una comunidad: la ejemplaridad basada en motivaciones religiosas o raciales es más cerrada que la que se apoya en criterios de utilidad económica. Por otra parte, la ejemplaridad puede adoptar un ritmo lento de formación del orden a través de conductas habituales, la costumbre política, o desarrollarse de modo repentino por medio de conductas no habituales, revolucionarias. Esto quiere decir que la evolución y la revolución están en similares condiciones para producir orden y, en consecuencia, para originar desorden si los actos de coexistencia que entrañan no son reputados ejemplares por los criterios de la comunidad. Desde tal punto de vista, resulta erróneo atribuir a la revolución mayor capacidad de desorden que a la evolución, sin perjuicio de admitir que en el acto revolucionario el desorden estalla en un momento y, por ende, la conmoción puede ser mayor que en un proceso de evolución que dilata el desorden en un tiempo más prolongado.

El orden espontáneo predomina en las ramas políticas que requieren

ura coexistencia más flexible. Ello es particularmente notorio en la política erológica, en la política artística y la política religiosa, puesto que los valores que las signan, amor, belleza y santidad, se enriquecen en el desarrollo horizontal de las conductas y no en la imposición. Son también los valores menos afectados por el desorden, en el que aún con limitaciones son posibles los actos amorosos y de inspiración artística y religiosa.

Los valores de convivencia que una sociedad satisface prioritariamente determinan, en última instancia, la prevalencia de un tipo de orden sobre otro. Es inútil plantearse, pues, cuál es el mejor orden de la coexistencia sin referirlo a los valores que en él se realizan. Puede ser además que ciertos complejos axiológicos necesiten de un equilibrio entre planificación y ejemplaridad: así lo revelan, por ejemplo, la política educacional y la política de seguridad. En la búsqueda de la expansión y el fraccionamiento de los valores, respectivamente, requieren un orden de la coexistencia en el que a la vez se prevea el desarrollo y el corte de ciertos valores, por un lado, y sea posible, por el otro, la libertad en el descubrimiento de nuevos valores y el mantenimiento de una tabla axiológica comunitaria. Con respecto a estas ramas, el desorden, si bien inicialmente altera a ambas, perjudica en mayor medida a la política educacional, cuyas tareas son de más lenta conformación, que a la política de seguridad que, ante el desorden, suele resultar finalmente potenciada.

7. El orden de la coexistencia puede caracterizarse también no ya a partir de sus vías constitutivas, sino en virtud de los actos que se concatenan en él. Estos presentan relaciones de oposición y de agregación. En la oposición los individuos coexisten ubicados unos frente a otros, ya sea a través de actos autónomos, que se resuelven por acuerdo, o por medio de actos autoritarios, que se alcanzan por imposición. En la agregación los hombres coexisten compartiendo unos con otros, ya sea por actos de equiparación, que tienden a ubicarlos en el mismo nivel, o bien por actos de jerarquización, que permiten la superación.

El orden de actos de coexistencia constituye el **régimen político** que, según la influencia que tengan los distintos tipos de actos en su formación, puede caracterizarse como **régimen autonómico** o **autoritario**, si prevalecen los actos autónomos o autoritarios respectivamente, y **régimen horizontal** o **ascensional**, si preponderan los actos de equiparación o de jerarquización respectivamente. Los regímenes autonómico y autoritario son propios de la política jurídica, por contener ésta, en alto grado, la oposición, mientras que los regímenes horizontal y ascensional son reveladores de la política erológica, por su componente principal de agregación. Estas formas resultan combinadas si se toma en cuenta, por un lado, que tanto la autonomía como la autoridad pueden conducir a uno u otro tipo de agregación y que, por otro lado, la horizontalidad y la ascensionalidad pueden producirse ya por acuerdo, ya por imposición. De esta manera, se

pone de manifiesto la necesaria y recíproca colaboración de la justicia y el amor en el orden de la coexistencia.

El desorden de los actos de coexistencia en su conjunto puede denominarse **desintegración**. Dicho desorden se traduce en anarquía cuando quedan afectados, principalmente, los actos de oposición y, **disgregación**, cuando resultan más alterados los actos de agregación (12). Por su imprevisibilidad, la anarquía incide de manera directa en un orden planificado; impacta, a la vez, sobre la política jurídica y la política económica y trastorna la política educacional. La **disgregación** se hace sentir más en un orden espontáneo y en su base de solidaridad; dificulta, además, la política erológica, la política religiosa y la política artística. Si los valores que signan cada una de dichas ramas son los fundamentales en una determinada convivencia, la anarquía y la **disgregación** pueden dar lugar a la desintegración de la coexistencia: por ejemplo, parecería ser más desintegrante la **disgregación** religiosa en el régimen iraní que en las sociedades occidentales, en las que tal vez la anarquía jurídica o económica sea más capaz de vulnerar el orden de la coexistencia.

8. Por integrar la realidad social, el orden de la coexistencia puede ser enfocado también a través de su dimensión temporal y espacial. Desde el punto de vista de la convivencia, referente último del orden social, interesa conocer la coexistencia tal cual es, en su lugar y en su momento. En otras palabras: todo ensayo de construir una convivencia valiosa supone partir del orden positivo de la coexistencia (13). Dicha positividad se expresa de manera diversa. Así, el orden planificado muestra su objetivo de rebasar el "encierro" temporal en el presente y proyectarse hacia el porvenir, previéndolo. El orden espontáneo, en cambio, se aferra más al pasado por la necesidad de que el seguimiento se opere sobre un modelo de conducta anterior. Pero la ejemplaridad tiene mayores posibilidades de ampliar el espacio de un orden, en virtud de su condición de despertar actitudes solidarias, que la planificación, cuyo componente de poder suele acarrearle dificultades en tal sentido: es factible que se hermanen comunidades espacialmente distantes por vía espontánea, haciendo comunes ciertas costumbres, mientras que es poco probable alcanzar tal meta por un plan de gobierno que, con frecuencia, termina en el avasallamiento, esto es, en el uso de la fuerza para imponerse. El desorden, a su vez, hace sentir su influencia transformando al tiempo en imprevisible y al espacio en indomitable.

En ciertas doctrinas políticas existen intentos de superar los condicionantes temporales y espaciales del orden social. Por ejemplo, el internacionalismo proletario del marxismo buscar borrar las fronteras entre los regímenes políticos por vía de la solidaridad; los dogmatismos en cualquiera de las teorías, en especial cuando se remiten a las antiguas ideas de sus fundadores, representan una voluntad de saltar el marco del tiempo; las utopías, a su vez, se esfuerzan por

romper los moldes tanto de espacio como de tiempo de la realidad social que desean cambiar. Otras posturas, como el nacionalismo y el pragmatismo, parecen aferrarse, respectivamente, al elemento espacial y temporal del orden de la coexistencia, como asimismo, dentro de la consideración del tiempo, puede decirse que los conservadores resaltan el pasado del orden, los reformistas el presente y los revolucionarios y futuristas, en general, el porvenir (14).

Los valores de convivencia, en tanto significan la búsqueda de una coexistencia mejor, son dinamizadores del presente del orden. Por sus condiciones intrínsecas, ciertas ramas políticas manifiestan gran fuerza expansiva hacia el futuro: se observa, por ejemplo, en las políticas científica, artística, religiosa y educacional, que contienen una constante propuesta de apertura del orden hacia formas nuevas difíciles de estimar a veces en el presente. Otras ramas, como las políticas de seguridad, económica y sanitaria —ésta última signada por el valor salud—, ponen de relieve, más bien, la búsqueda de un futuro cercano al presente. Respecto de la espacialidad, puede decirse que la política jurídica requiere, en gran medida, que el orden tenga una delimitación en el espacio, mientras que esta condición es menos influyente para el desenvolvimiento de la política científica y la política artística.

9. La consideración del orden de la coexistencia tal como aparece en la realidad social permite analizar ciertos problemas de su funcionamiento. El orden no se muestra sino como dinámico y, por tanto, uno de esos problemas es el de la estabilidad y la inestabilidad sociales. Certo es que en algunos planteos se vincula más o menos directamente el orden a la estabilidad y el desorden a la inestabilidad (15). A nuestro entender, estabilidad e inestabilidad son estados que pueden asumir en una situación dada tanto el orden como el desorden (16). El orden se manifiesta estable si no son cuestionados sus concatenantes, esto es, los gobernantes como tales o sus criterios, por la vía vertical, y la razonabilidad de los actos, por la vía horizontal. En el caso contrario, el orden se volvería tanto más inestable cuanto mayor sea el cuestionamiento. Debido a ello, un régimen autoritario aparece como estable en tanto disminuye las posibilidades de los planteos de desacuerdo, mientras que el régimen autonómico —base de la democracia—, al aumentar las oportunidades de discusión, resulta más inestable. A su vez, un régimen horizontal tiende a la estabilidad por la igualación de los individuos que entraña, al tiempo que un régimen ascensional implica cierta movilidad social, y por ende, es más inestable. Dentro del orden es posible alcanzar un máximo de inestabilidad, antes que comiencen a producirse conductas de desobediencia que imposibiliten el cumplimiento del plan gubernamental o desarrollarse actos no reputados razonables por la comunidad que, en ambos casos, transformarían el orden inestable en desorden.

El desorden, por su parte, puede ser tanto más estable cuanto más se reduzcan las posibilidades de alcanzar el orden, sea éste el anterior que se ha perdido o uno distinto. En cambio, la inestabilidad del desorden preanuncia la conformación de un orden y en su grado máximo aumentan las posibilidades de pasar del desorden al orden.

Entre las ramas políticas, algunas sufren en mayor medida los embates de la inestabilidad del orden: es el caso de las políticas jurídica, económica, científica y educacional. En esa situación, las políticas errológica, religiosa y artística pueden continuar desarrollándose y hasta, a veces, se convierten en verdaderos "refugios" de la coexistencia en medio de un orden persistentemente inestable.

10. Por ser esencialmente dinámico, el orden de la coexistencia es caracterizable desde el punto de vista de la conservación y el cambio. Un orden se desenvuelve con un sentido conservador si tiende a mantener invariables el plan gubernamental y la ejemplaridad. El conservadurismo es moderado si admite ciertos cambios, pero en los aspectos menos esenciales de la estructura del gobierno, de sus criterios y de las razones de los actos ejemplares. Así, por ejemplo, las revoluciones triunfantes, una vez obtenido el nuevo orden, suelen ser extremadamente conservadoras en una primera etapa y más moderadas en períodos ulteriores. En cambio, el orden asume en su desarrollo un sentido innovador si su tendencia es hacia la renovación. Al ser ésta sólo parcial, el orden deviene moderadamente innovador. Así, por ejemplo, cuando en la búsqueda de eficiencia se propugnan cambios sólo en la estructura gubernamental, o bien cuando se procura introducir nuevos criterios de conducción, sin cambiar los gobernantes, por acción de grupos opositores, o bien cuando lo que interesa reemplazar son solamente las costumbres y los actos ejemplares que le dan sustento. Si la renovación buscada es en todos los aspectos, puede decirse que el orden es extremadamente innovador, con lo cual se ubica al borde de la revolución total, o sea, del cambio hacia un nuevo orden. Desde el punto de vista de la estabilidad y la inestabilidad sociales, el orden conservador se acerca más a la primera mientras que el orden innovador es siempre más inestable, sin dejar de advertir que el conservadurismo extremo puede generar inestabilidad al cerrarse ante cualquier proceso de cambio, y la innovación en su más alto grado puede conducir a la estabilidad del orden nuevo.

El desorden de la coexistencia significa innovación si a través de él puede alcanzarse un orden nuevo, esto es, si la quiebra en la continuidad ordenada anterior se ha hecho con vistas al establecimiento de otro régimen. Pero el desorden social puede ser conservador si el cambio que se propone a través de él resulta sólo la radicalización del orden que se dice alterar. Un ejemplo del primer caso son las etapas prerrevolucionarias y del segundo caso las re-

beliones de sectores por su reacomodamiento dentro del orden sin cuestionar sus bases fundamentales.

La marcha del orden hacia una más plena realización de los valores actuales de la convivencia o hacia valores nuevos, supone innovación. En cambio, el apego de la coexistencia a su tabla axiológica implica conservación. Ciertas ramas tienen un marcado sentido innovador. Así, la política educacional, que representa un intento constante de la sociedad por desarrollar nuevos valores; la política científica, por el alto poder de cuestionamiento de la verdad sobre las bases del orden; la política artística, por el significado de todo acto creativo. Por otro lado, aparece con un claro tinte conservador la política de seguridad, en tanto se hace necesario fraccionar los valores para favorecer su realización. Es por ello que en las épocas donde predomina un orden conservador suelen ser perseguidos educadores, científicos y artistas.

11. Es necesario, también, relacionar el orden y el desorden con los valores propios de la realidad social de la política. En tanto la convivencia valora en base a un complejo axiológico absoluto, el resto de los valores tanto de la coexistencia como de las normas que le están referidos, son conceptuados como relativos. Es así que la cooperación es valor de los actos de coexistencia autónomos; el poder, de los actos autoritarios; la igualación, de los actos de equiparación; la elevación, de los actos de jerarquización; la previsibilidad, de la planificación gubernamental y la solidaridad, de la ejemplaridad. El orden de la coexistencia, en cuanto tal, realiza el valor orden, mientras que el desvalor de la dispersión corresponde al desorden.

Así como el orden, para serlo, requiere que se lleven a cabo los valores de los distintos tipos de conducta y de los modos constitutivos, el desorden se configura por el predominio de los desvalores respectivos. Así, cuando fracasan la cooperación y el poder aparecen el aislacionismo y la impotencia; respecto de la igualación y la elevación surgen la desigualdad y la desjerarquización; en cuanto a la previsibilidad y la solidaridad devienen la imprevisibilidad y el distanciamiento. Si el desorden es principalmente anarquía se traduce en el desvalor de la arbitrariedad y si la tendencia es hacia la disgregación se refleja en el desvalor de la dissociación.

La ubicación del orden como valor relativo demuestra la necesidad de que el régimen político realice la convivencia. De tal modo, una coexistencia ordenada sólo será valiosa si se encarnan en ella valores superiores como la justicia, la utilidad, el amor, etc., pues puede ocurrir que en el orden más equilibrado se encubra, por ejemplo, una gran injusticia. Pero la relatividad del orden como valor puede sufrir alteraciones según el tipo de régimen que se trate. Un régimen autoritario, por su necesidad intrínseca de efectivizar el poder, controlando la

desobediencia, y un régimen horizontal, por la pretensión de equiparar a todos los miembros de la sociedad, requieren un orden más sólido y es por ello que tienden a absolutizarlo, a hacerlo valer por sí. De allí que las concepciones políticas autoritarias e igualitarias suelen presentar al orden como valor absoluto.

Para reflejar adecuadamente los movimientos de un orden de la coexistencia, es preciso tomar en cuenta también como relativo al desvalor de la dispersión. Es obvio que si pudiera existir una sociedad ordenada en forma perfecta, la dispersión sería un desvalor absoluto, pues nada justificaría desordenar lo perfecto. Pero la coexistencia humana, siendo imperfecta, desde el punto de vista axiológico, busca perfeccionarse como convivencia. En ese proceso de constante cambio, la relación valor-desvalor se altera, puesto que si en un enfoque estático puede decirse que el orden es siempre preferible a la dispersión, en la dinámica coexistencial bien puede ocurrir que el desvalor supere a su valor correspondiente. En este sentido, se parte de la idea de que ciertas dosis de anarquía y de disgregación son hallables en cualquier coexistencia. Pero cuando la arbitrariedad y la dissociación que en ellas se expresan son mayores que los actos ordenados y la dispersión se impone, puede ocurrir que el orden resultante sea más valioso o menos valioso que el anterior. En el primer caso, los desvalores mencionados alteran positivamente su relación con el valor orden, mientras que, en el segundo caso la alteración es negativa. Cabe remarcar, sin embargo, que la coexistencia tiende a constituirse en orden, por lo que, en última instancia, los desvalores del desorden no tienen la misma entidad valiosa que el orden, pues sólo valen por su eficacia en conducir a un orden mejor (17). En otras palabras: considerar que el orden es siempre más valioso que el desorden supone desconocer la dinámica social, al tiempo que equipararlos en sus posibilidades significa no tomar en cuenta que la coexistencia busca expresarse en un orden (18). Ahora bien, a nuestro juicio, cuando lo que se ha desordenado es la coexistencia total y sobreviene la desintegración, un régimen convivencialmente superior por la vía pacífica es de menor factibilidad, en tanto no queda conducta alguna ordenada. Una mayor tolerancia hacia un cierto desorden, necesario a la dinámica de la coexistencia, puede atribuirse a los regímenes autonómico y ascensional.

12. En conclusión, el orden y el desorden de la coexistencia deben referirse en última instancia a los valores de convivencia. Es así que pueden distinguirse un orden y un desorden sociales y un orden y un desorden políticos. Desde este punto de vista, un régimen injusto, aunque socialmente pueda ser calificado como un orden, es dable de ser conceptualizado como un desorden político; la anarquía, aunque sea un desorden social, como tránsito hacia una convivencia más valiosa, puede estimarse como orden político. El orden y el desorden en la política son enjuiciables, a nuestro parecer, desde el ángulo de la política cultu-

ral, entendida ésta como la consideración general del complejo axiológico de la convivencia a través del valor humanidad (19). La humanidad, por ser un referente muy alto de la conducta, brinda un marco adecuado para entender lo ordenado y lo desordenado de la vida.

- (1) Leo STRAUSS, *¿Qué es filosofía política?*, trad. Amando A. de la Cruz, Madrid, Guadarrama, 1970, p. 14
- (2) Jorge Raúl DE MIGUEL, *Sobre las nociones de orden y desorden en el pensamiento filosófico*, en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, N° 7, 1986, ps. 27/41. Hemos tratado de mostrar allí la presencia del orden y el desorden como problema en la filosofía
- (3) Los términos "filosofía endo-política" y "filosofía exo-política" indican que un objeto o un conjunto de objetos que conforman una "región" del conocimiento pueden ser abordados tanto desde el interior de ella misma como desde el "universo". En ambos casos la universalidad está siempre presente por lo que, a nuestro entender, no puede plantearse un enfoque regional sin contacto con una concepción más general del mundo. Por ello nos ha parecido más correcta la terminología aludida que la de filosofía "Menor" y "Mayor" de Werner Goldschmidt, aunque el contenido conceptual sea el mismo, en tanto designa con nitidez el ámbito en el cual se ubica el punto de partida para estudiar la política. También hemos tenido en cuenta, aunque sin coincidir plenamente, las objeciones de Miguel Reale a Goldschmidt sobre este punto. Al respecto, cf. Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, 5a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1976, ps. 5 y 6; Miguel REALE, *Filosofía Jurídica y Teoría General del Derecho*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", T. XII, Madrid, Inst. Nacional de Estudios Jurídicos, 1966, ps. 105 a 108.
- (4) Sobre el trialismo jurídico, v. Werner GOLDSCHIMDT, op. cit., *La ciencia de la justicia (Dikelogia)*, Madrid, Aguilar, 1958; con referencia a la construcción trialista del mundo político que interesa más directamente a este trabajo, Miguel A. CIURO CALDANI, *Derecho y Política*, Buenos Aires, Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, 3 tomos, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.
- (5) Miguel A. CIURO CALDANI, *Las ramas del mundo político*, en "Estudios...", cit., T.I., ps. 91 a 113.
- (6) A este respecto dice Sánchez Agesta: "el orden de la convivencia es, en último término, un orden jurídico establecido por una autoridad para coordinar y distribuir las esferas de la conducta humana para la realización universal de sus fines", o sea, "es un orden vinculante de la convivencia" (Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de Teoría Política*, 6a. ed., Madrid, Editora Nacional, 1979, p. 112). A nuestro juicio, el orden de la convivencia es un orden político en el que la conducta humana puede desenvolverse aún más allá de las esferas asignadas.
- (7) Al respecto puede verse, además de la bibliografía trialista citada, sobre el ordena-

miento normativo, Miguel A. CIURO CALDANI, *Meditaciones sobre el ordenamiento normativo*, en "Jurisprudencia Argentina", 1980, IV, ps. 772/796; sobre el ordenamiento axiológico, Miguel A. CIURO CALDANI, *Los criterios de valor y la crisis en el mundo jurídico*, en "Estudios..." cit., T. II, ps. 93 y ss.

- (8) En este sentido puede verse Peter WORSLEY (comp.) *Introducción a la Sociología*, trad. Alberto Bixio, Caracas, Monte Avila, 1978, ps. 517 y ss. Según Worsley, lo que sorprende en una sociedad es "no tanto el hecho de que se emplee a menudo la violencia y la astucia, como el hecho de que no se recurra a ellas más frecuentemente (p. 521).
- (9) Para Julien Freund, en cambio, el orden político es siempre impuesto porque no hay coordinación sin subordinación. La coordinación surge de una voluntad que decide la regla coordinadora, lo cual permite definir el orden político como jerárquico (Julien FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, ps. 270/71). A nuestro juicio, hay una coordinación que funciona al margen de la subordinación y que explica no sólo la estructura del orden de coexistencia sino también sus cambios.
- (10) En este mismo sentido, García Pelayo se refiere a "organización" y "ordenación". La primera es "un orden estructurado o que pretende ser estructurado por una racionalidad previa a la realidad ordenada, mientras que la ordenación es un orden estructurado por una racionalidad inmanente a la realidad misma" (Manuel GARCIA PELAYO, *Contribución a la teoría de los órdenes*, en "Politeia", Nº 1, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1972, p. 52). Del mismo autor puede verse también, *Sociedad organizacional y sistema político*, en "Revista de la Facultad de Derecho", Univ. Central de Venezuela, Nº 55, Caracas, 1975, ps. 9 y ss. Ver además, Rolf ESCHENBURG, *La legitimación de los órdenes*, en "Democracia Representativa y Parlamentarismo", Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), 1984, ps. 80/88.
- (11) Al respecto puede verse Miguel A. CIURO CALDANI, *Meditaciones sobre el ordenamiento normativo*, cit., p. 772. Sobre este punto resulta interesante el aporte de la teoría crítica del Derecho, que caracteriza el discurso jurídico como una distribución de jerarquías de poder (Ricardo ENTELMAN, *El discurso jurídico como discurso del poder. La ubicación de la función judicial. Intento de análisis en el contexto teórico de la "Teoría Crítica del Derecho"*, en "Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho", La Plata, Univ. Nacional, 19 al 23/10/82, Comunicaciones, Vol. II, ps. 113 y ss.).
- (12) Sobre la anarquía y la disolución del Estado y el grupo social, puede verse, Dalmacio NEGRO PAVON, *El derecho moral como orden natural de las totalidades históricas* en "Revista de Estudios Políticos", Nº 191, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Set/Oct. 1973, p. 141. Sobre el desorden en la comunidad, Jessie BERNARD, *Desorganización de la comunidad*, en "Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales" T II, Madrid, Aguilar 1974, ps. 631/32. Sobre conductas que afectan al sistema social, Talcott PARSONS, *El Sistema Social*, trad. José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez, Madrid, Rev. de Occidente, 1966, p. 48, quien presenta el "problema motivacional del orden" como el problema funcional para un sistema social de reducir al mínimo la conducta potencialmente lesiva y la motivación para realizarla.
- (13) Para Görlitz existe un proceso de retroalimentación entre "la estructura social, la noción de objetivo a lograr y la acción racional -teleológica" en virtud de que "las acciones políticas pretenden modificar situaciones sociales de acuerdo con concepciones

concretas". El primer paso de dicho proceso es el análisis de la situación vigente. (Axel GÖRLITZ. *Derecho y Política*, en "Diccionario de Ciencia Política", dir. por Axel Görilitz, trad. Jaime N. Muñiz y Germán López Orfanel, Madrid, Rev. de Occidente 1980 pág. 143).

- (14) Marx y Engels sostienen que en la sociedad burguesa, en tanto el trabajo del hombre es sólo un medio para incrementar el trabajo acumulado, el pasado es el que impera sobre el presente. En la sociedad comunista, en cambio, el presente imperará sobre el pasado en virtud de que el trabajo acumulado será un medio para enriquecer la vida del obrero. (Carlos MARX y Federico ENGELS, *Manifiesto del Partido Comunista*, en "Biografía del Manifiesto Comunista", trad. W. Roces, 4a. ed., Méjico, Cia. General de Ediciones, 1967, p. 88).

Puede observarse que se habla del presente de un orden que sucederá en el porvenir.

- (15) Samuel Huntington entiende el orden político como un "objetivo, no una realidad" y lo caracteriza como ausencia de violencia y estabilidad. El desarrollo político genera la estabilidad mientras que la inestabilidad, la violencia, los golpes de Estado, las insurrecciones, son indicadores del desorden. (Samuel P. HUNTINGTON, *El orden político en las sociedades en cambio*, trad. Floreal Mazia, Buenos Aires, Paidós, 1972, p. 11).

Para Raúl Puigbó el sistema social se manifiesta organizado por la vigencia de usos, costumbres, instituciones, esquemas de comportamiento, normas y valores que aseguran relativa estabilidad al sistema, aunque reconoce que se trata de un planteo ideal (Raúl PUIGBÓ. *Cambio y desorganización sociales*, Buenos Aires, Pleamar, 1966, ps. 4/5 y 14).

Freund entiende el orden como un "equilibrio más o menos estable, determinado en su mayor parte por el juego dialéctico del mando y la obediencia" (Julien FREUND, *op. cit.*, p. 216).

Para Burdeau el orden responde a la exigencia esencial de toda sociedad que es la estabilidad (Georges BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. I, 2e. ed., París, LGDJ, 1966, p. 104).

- (16) Para Carl Friedrich el orden mismo es un cierto "estado" de la comunidad política (Carl J. FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno*, trad. J.A. González Casanova, Madrid, Tecnos, 1968, ps. 371 y 381).

- (17) También se aprecia este fenómeno en otros valores y desvalores. Así por ejemplo, de la fealdad del feto se pasa a la belleza de la criatura humana, de la enfermedad se obtiene una mayor fortaleza y salud del organismo, de la falsedad del error se llega a la verdad. En la transición los desvalores pueden transformarse en valiosos, aunque los valores respectivos no pierdan finalmente su superioridad.

- (18) Debe marcarse una diferencia con la tesis egológica, expresada por Carlos COSSIO en la 2a. edición de "La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, ps. 571/77. Para este gran jurista argentino el orden es un plan de vida impuesto al individuo por el todo al cual pertenece; es un valor de heteronomía que se corresponde con la seguridad como valor de autonomía. Por lo tanto, el orden se radica en la existencia social y convierte su signo axiológico por crecimiento, llegando al "ritualismo", exceso de orden, y por decrecimiento, remitiendo a la inseguridad, estado previo al orden. Este se enfrenta, pues, con dos desvalores, retomando el sentido aristotélico de la virtud ética: el "ritualismo" como negación axiológica y la inseguridad como negación fáctica.

A nuestro entender, el "ritualismo" no es desorden sino el orden elevado al rango de

absoluto, mientras que la inseguridad aparecería como una de las consecuencias del desorden, como lo serían también, por ejemplo, la falta de cooperación o de solidaridad, pero aún así, susceptible de ser valiosa si permite pasar a un orden mejor.

- (19) Ver al respecto, Miguel A. CIURO CALDANI, *Sobre la política cultural*, en "Estudios...", cit., T. I, ps. 145/151.

El hombre contemporáneo vive, desde los albores de siglo, una situación de 'atemporalidad' y de "amortalidad" que le lleva a ignorar la dimensión del tiempo y la conciencia de la muerte. Consecuencia de ello es, sin dudas, su actitud de ignorancia y pobreza en sus meditaciones sobre la vida.

Una breve incursión por la Historia nos revela la importancia que ha merecido, a lo largo de la evolución de la humanidad, el culto a los muertos como un empeño de querer prolongar la vida de aquéllos. En Egipto, por ejemplo, laantidad enriquecida por la vida del más allá era el valor fundamental de integración y de estabilidad. Su arte hecho de una monumentalidad desconcertante aún hoy para nosotros, expresa en casi todas sus formas, y en especial en las elevadas pirámides su marcado repudio hacia la muerte (1).

Las tensiones que debe enfrentar el hombre occidental se agudizan, puesto que a la ignorancia sobre el problema de la muerte se añade, quizás de manera inconsciente, el desapego cada vez mayor hacia la vida. El hombre del tiempo actual —ha dicho el profesor Ciuro Caldani— que ha reemplazado el canto de los pájaros y el alma de las cuerdas por el ruido de las máquinas se ha rodeado de tantos elementos "muertos" que está acabando por introducir la muerte en su propia vida (2). Pero lo que resulta mucho más desgarrante en nuestros días es que la vida misma se ha puesto al servicio de la muerte. Más aún, la vida en su conjunto carece de una ciencia dedicada a su estudio y su contenido se halla repartido, o mejor, seccionado entre diversas disciplinas. Sin embargo, la Medicina, la Biofísica y la Ingeniería Genética reclaman para sí la denominación de "Ciencias de la Vida". La trascendencia de sus descubrimientos científicos comienzan a introducir cierta relativización en el concepto de la vida y la muerte.

Pero además, el potencial por ellas desarrollado lleva irremisiblemente a cuestionarnos sobre la repercusión que para el individuo y para la sociedad pueden tener los experimentos que, hasta hace pocos años, se nos antojaban ser temas de ciencia ficción. Ello es particularmente importante puesto que esa relativización de lo que creímos incommovible conlleva implicancias de orden iusfilosófico acerca del concepto de persona o de la protección debida al individuo contra lo demás, y lo que es más grave: el concepto mismo de justicia. Este valor que ha guiado al Derecho para el hombre naturalmente creado ¿se aplicará en el futuro con el mismo criterio que para el hombre artificialmente hecho? (3).

Debemos señalar —expresa Romero Casabona— que como trasfondo de esta situación nos estamos deslizando hacia un relativismo, o cuando menos, a una entropía de valores, y lo que es más grave a una convulsión de la que no se

(*) Investigadora del CIUNR.

es apenas consciente, y cuyo desenlace marcará el rumbo irremediable y sin retorno del hombre en la próxima centuria (4).

La Conferencia Internacional sobre el tema "Neurociencia y Ética" celebrada en el monasterio de Jakobserg, Alemania, a mediados del presente año fue la tercera de una serie de reuniones científicas-éticas inspiradas por el primer ministro japonés Yasuhiro Nakasone. La primera, en 1984, estuvo dedicada al tratamiento de generalidades sobre la bioética, en tanto que la segunda, realizada en Rambouillet, Francia, se ocupó del tema: "técnica del gene y medicina de la reproducción". Además de la importancia que reporta para la evaluación de nuevos conocimientos en la materia, estas reuniones evidencian una preocupación constante acerca del marco ético en el que deben ser encuadrados, y de cuyos efectos debe tomar razón la comunidad toda debido a lo inédito de su producción y de sus consecuencias.

Es decir que no sólo los científicos deben sensibilizarse por la cuestión. La comunidad toda se encuentra inmersa y deberá participar en la problemática emergente. Resulta pues, imposible soslayarlo ya que se cuestiona nada menos que el destino del hombre y la resolución que se adopte dependerá de la mayor o menor conciencia que tenga la comunidad frente al fenómeno y al misterio de la vida.

En este sentido suele ocurrir que la actitud asumida por la Ciencia, en ciertas situaciones llega a "sacrificar" en un aséptico fraccionamiento el futuro de una vida. En el caso de la enfermedad de Huntington (mal de San Vito) que se presenta, por regla general, en la cuarta o quinta década de la vida ya se ha descubierto que su motivación se debe a una mutación genética heredada y su aparición ya podría pronosticarse al constatar una "marca" en la substancia genética. Es posible, según expresan investigadores en la materia, que a través de pruebas prenatales se permita reducir e incluso erradicar definitivamente la frecuencia de la dolencia mediante el aborto selectivo. ¿Pero sería justificable este aborto de nonatos que podrían vivir más de la mitad de su vida sin el menor síntoma de la dolencia? Por otra parte, si se llegase a constatar fehacientemente la inclinación a contraer la enfermedad entre los nacidos. ¿vale la pena someterlos a estos exámenes sin haberse encontrado aún el antídoto? ¿A quién y para qué podría ser provechosa la certeza de que un día se llegará a encontrar el remedio? ¿Es para que pueda planificar mejor su vida? En realidad, ¿no se le debería proteger contra el deprimente efecto del resultado del examen? (5).

Respecto de la manipulación genética de los embriones creemos que el hombre contemporáneo no podrá salir de su asombro dentro de un tiempo no muy largo. Ya se ha demostrado la posibilidad de la generación por clonación de individuos genéticamente idénticos al donante del material genético. No ya en forma asexuada como en el caso de la fecundación in vitro, sino sin la necesidad

de la unión del óvulo y del esperma, pues uno de ellos sería suficiente para producir al ser clónico (6). La sucesión de estas experiencias deberán urgir a la sociedad a enfrentarse a problemas totalmente nuevos como son los relativos al devenir y la desprotección de los embriones obtenidos *in vitro*. Su manipulación, transferencia, destino al área de las investigaciones o su destrucción han instado al Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud y al Consejo de Europa a reclamar, con la urgencia que el tema requiere, la elaboración de un Estatuto del embrión ético y jurídico (7). Es de desear que tales descubrimientos no desencadenen la tragedia del "aprendiz de brujo" descontrolando las fuerzas en una explosión impredecible.

Es que en realidad cabe preguntarnos si no se está atentando contra la virtualidad de una vida. Pero además ¿quién está habilitado para decidir la ortotanacia? Los padres que no han utilizado el embrión fecundado *in vitro*, ¿pueden determinar su destrucción?

Cabe señalar que diversos países han legalizado el aborto como recurso "de equilibrio" ante la superpoblación producida. Quizás por extensión la comunidad decida, en algún momento, la suerte de los potencialmente enfermos en aras, probablemente al "mejoramiento" de la especie humana.

Claro está que la justicia de la medida sería en verdad empobecedora para el mundo contemporáneo ya que la misma se afincaría sólo en razones estadísticas, demográficas o económicas. Pero además, el intento científico de la "perfectibilidad física" de la humanidad -que nos retrae a los conceptos espartanos- hace cobrar cada vez más auge el empleo de las llamadas "cartas genéticas", de efectos limitadores en el futuro del hombre que resulta así ajusticiado ab-initio por la comunidad (8). En definitiva, creemos que se está atentando contra la irrepetibilidad y la personalidad del ser humano. En suma, se está evadiendo el compromiso frente al misterio de la vida.

Debemos dejar aclarado también que, la multifacética convergencia de este tema junto al de los trasplantes y la administración de sicofármacos, está preocupando seriamente a los estudiosos del área biomédica. Se percibe una marcada tendencia por encontrar nuevos caminos que expliquen y aclaren la conceptualización sobre: salud, enfermos y enfermedad. Intentos que, es de desear, no queden en el marco de una abundante bibliografía sin promover su aplicación a la realidad circundante. De los avances logrados en el área, se debe destacar la labor positiva desarrollada por el doctor Letamendi quien propicia la asunción de una "actitud neohipocrática" en las Ciencias y del doctor Arasa en su incansable predica hacia el logro de una Antropología de la Totalidad (9).

Es de desear que en el campo del Derecho se produzca, igualmente, un verdadero aggiornamento sobre cuestiones tan controvertidas. Problemas como la paternidad, la filiación, la familia, los derechos del niño creado con las nuevas

técnicas, deberán conmocionar los presupuestos sobre seguridad jurídica, y de legalidad. En suma se llegará, quizás, a modificar el concepto de persona y aún el de la misma justicia.

Los avances realizados en la ingeniería genética, por ejemplo, plantean ya problemas vitales que no podrán ser resueltos sólo con la sabia actitud de algunos legisladores. Es menester proceder a su resolución de manera interdisciplinaria apelando para ello a un plexo de premisas valiosas y claras sobre los problemas suscitados.

La ruptura de un equilibrio necesario en la búsqueda de respuestas a la cuestión llevará a priorizar peligrosamente los atributos de una Ciencia sobre otra, y por este camino llegar a detentar una esfera de poder incontrolable. En este sentido, cabe esperar que las nuevas generaciones no caigan en las manos de una nueva clase de dirigentes: los biócratas.

Se ha dicho con acierto que si bien existe en nuestro tiempo un avance social, el mismo no está acompañado con un avance ético. Los cultores de las "ciencias actualísimas" tienen el compromiso de profundizar sus conocimientos como científicos y como seres humanos, hurgando el conocimiento de la Historia y la Prospectiva de sus diversas áreas para no arriesgarse sólo en el estricto presente (10). En el campo de todas las ciencias debemos tener presente que la excesiva especialización puede llegar a ser expresión de un empobrecimiento de la vida del espíritu y del papel protagónico del individuo. Se requiere, pues, atender con más ahínco a los valores propios de cada actividad y establecer las relaciones que permitan ubicar a cada una en el panorama general de la vida valiosa. Se trata, en definitiva, de volver a la filosofía (11).

El ministro bávaro de Cultura, doctor Hans Maier ha exteriorizado, en la Conferencia Anual de Rectores, que el futuro de las ciencias filosóficas en nuestra sociedad dependerá de la respuesta que puedan suministrar sobre el sentido, el objetivo y el orden de la actividad humana en un mundo caracterizado por las ciencias naturales y la técnica (12).

El desafío que nos impone la Filosofía es en esta época de acelerados cambios tecnológicos, el de contribuir a la interpretación existencial y a la fundamentación científica de la discusión en torno a los valores, objetivos de la actividad e ideales humanos, así como a la comprensión sobre los individuos, grupos sociales y naciones.

(1) CIURO CALDANI, M.A. "Esquema orientador para la filosofía de la Historia del Derecho", en Perspectivas Jurídicas, FIJ, Rosario, 1985, pág. 104 y ss. En la ciudad de Frankfurt se inauguró, en octubre de 1984, una exposición titulada "El viaje pos

trero'', a raíz de la Conferencia de los católicos alemanes. El director del Museo, donde se realizaba la muestra, Christoph Stölz, dijo: "Hoy nuevamente vuelve a hablarse de la muerte", en Tribuna Alemana, "Un tema de exposición impresionante", N° 894, 28/11/1984, pág. 14.

- (2) CIURO CALDANI, M.A.: "Notas axiológicas sobre la vida humana" y "Tipología de la vida", en Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, FIJ, Rosario, T. 1, págs. 260 y 252.
- (3) ROMERO CASABONA, C.M.: "La persona entre la biotecnología, la bioética y el Derecho", en Folia Humanística, Barcelona, T. XXIV, N° 278, págs. 3 y ss. También ver ARASA, F.: "¿A dónde va el hombre?", Dossat, Madrid, 1982.
- (4) GLORIG, M.: "Las sicodrogas no resuelven los problemas sociales" en Reimshcer Merkur, de Bonn, reproducido en Tribuna Alemana, N° 929, 28/5/1986, pág. 13.
- (5) CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Hacia la comprensión dinámica de la justicia" (en prensa).
- (6) SANTOCOSSO, F.: "L' fecondazione artificiale umana", Giuffré, Milano, 1984. Tb., HERBIG, "Los ingenieros genéticos", Argos, Vergara, 1984.
- (7) THERU, R.: "L' condition juridique de l' embryon et du foetus", en Recueil Dalloz Sirey, 1982. En Australia, el Comité encargado de dilucidar estos problemas propuso que el destino de los embriones no utilizados para la obtención del embarazo, sea decidido por los padres antes de iniciar el tratamiento en las siguientes alternativas: transferencia del embrión a otra pareja, cesión a centros de investigación o destrucción en forma de ortotanasicia.
- (8) La elaboración de las cartas genéticas y el interés demostrado en ellas por ciertas empresas implica un riesgo que quizás padezca el hombre dentro de muy poco tiempo. Si bien no descartamos la "utilidad" de la medida, es dable destacar que conlleva a una peligrosa e injusta discriminación laboral y afecta sobre todo la intimidad del individuo como bien fundamental. Además de provocar una escisión "aseptica" entre la consideración de lo normal y lo patológico.
- (9) LETAMENDI, J.: "Plan de Reforma de la Patología General y su Clínica, en el concepto de institución médica, como en el de asignatura académica", A. Aralia, Madrid, 1978, Tb., ARASA, F.: "Ensayo de una Teoría Unificada de la Medicina. Patología de la Totalidad", Ariel, Barcelona, 1955; PALAFOX MARQUES: "El neohipocratismo en Letamendi", en Historia Universal de la Medicina, T. 7, Salvat, Barcelona, 1975.
- (10) CIURO CALDANI, M.A.: "Reflexiones sobre política científica", op. cit., pág. 114, Tb., FORNS, R.: "Libertad, medicina y Derecho" en Folia Humanística, Barcelona, T. IV, N° 47, 1966.
- (11) Ibidem.
- (12) La ciencia está signada, en gran medida, por un fuerte espíritu analítico y por una notable especialización. Sin descartar los beneficios de sus resultados, es necesario reparar que se ha provocado una deshumanización en lo científico, de allí que Ortega y Gasset señalara a esta nueva clase de "bárbaro"; el especialista que sólo conoce su especialidad pero cree saberlo todo.

(*) *Aclaración:* Encontrándose en prensa el presente trabajo, se dio a publicidad, en el mes de abril de 1987, el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la Comisión Especial de Unificación legislativa civil y comercial, Proyecto que con ciertas modificaciones obtuviera luego sanción en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y que al momento de imprimirse este Boletín se encuentra en Comisión en la Honorable Cámara de Senadores. Dicho Proyecto de ley incluye reglas de interpretación de los contratos en el art. 1197, por lo que si el mismo fuera promulgado, el lector deberá tener en cuenta que, atenta la nueva redacción del referido artículo, en general nuestro trabajo no pierde actualidad, especialmente el punto: "B. La interpretación de las normas contractuales por el encargado del funcionamiento", debiendo observar que recepta opiniones de la doctrina que compartimos en este estudio, por ejemplo, respecto a que las reglas de interpretación codificadas deben ser sólo principios generales orientadores (v. infra Nº 4.3); que es esencial investigar la intención de las partes (v. infra Nº 5) (el proyecto se inclina por la literalidad de los términos en los casos que proceda la interpretación restrictiva, disposición que nos parece desacertada); que los usos y costumbres que el intérprete debe considerar son los del lugar de celebración del contrato (v. infra Nº 4.1); que los contratos por adhesión a condiciones negociales generales merecen reglas especiales de interpretación (v. infra Nº 5). No obstante, deberá advertir que algunos aspectos parciales de nuestras reflexiones, no tendrían ya vigencia, por ejemplo, nuestras críticas a los arts. 218 inc. 6 y 7 y 219 del C. de Com. y art. 1627 CC.

ACERCA DE LA INTERPRETACION E INTEGRACION DE LOS CONTRATOS CIVILES

Noemí Lidia NICOLAU

1. A la teoría del funcionamiento de la norma contractual le corresponde un lugar significativo en la teoría de la interpretación, la que, a su vez, constituye uno de los núcleos básicos de la filosofía del derecho (1). La interpretación de los negocios jurídicos, en especial de los contratos, plantea problemas que requieren ciertas consideraciones dentro de dicha teoría. En el presente trabajo abordaremos dos aspectos (2): por un lado nos detendremos en el análisis de las reglas de interpretación del derecho positivo argentino, y, en una segunda parte estudiaremos la interpretación de la norma contractual por el encargado del funcionamiento (3).

A) Las reglas de interpretación de los contratos civiles en el derecho positivo argentino

2. Cuando nos referimos a las reglas de interpretación e integración de los contratos, comprendemos al conjunto de reglas generales de interpretación insertas en algunos Códigos, en la teoría general del contrato y también a numerosos preceptos legales, referidos a determinados contratos e institutos del derecho contractual, dispersos en las codificaciones y leyes complementarias.

En el Código Civil Argentino, antes de la reforma de 1968, no existían reglas generales de interpretación de los contratos, salvo la regla contenida en el derogado art. 1198 (4), considerada por algunos no regla interpretativa, sino una referencia al efecto de los contratos (5). Pero el codificador civil incluyó numerosas reglas particulares de interpretación de manifestaciones contractuales, por ejemplo, las contenidas en los Arts. 1504, 1507, 1627, 1880 (6); 533, 541, 561, 570, 651, 874, 1632, 1635 (7); 1354, 1424, 1554, 1818, 1871, 2206, 2221, 2248, 2268 (8), a las que nosotros agregamos los Arts. 1173, 1185, 1622, 1995, 1997, 2005, 2100, 2217.

3. Con respecto a las normas sobre interpretación de los contratos civiles, el primer problema que se plantea es conocer cuál fue la intención de Vélez Sársfield, al no incorporar reglas generales en el Código.

Creemos que su verdadero propósito fue no incluirlas. Llegamos a esa conclusión atendiendo a las siguientes circunstancias: las fuentes de Vélez fueron, entre otras, el Código Francés, el Código Italiano de 1865, el Código Español, el Código Civil de Holanda, el de Nápoles, todos los cuales incluían expresamente reglas de interpretación de los contratos. Si Vélez, conociendo la corrien-

(*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Univ. Nac. de Rosario.

te codificadora de su época, no las incluyo, es porque su voluntad era claramente no hacerlo. Algunos autores sostienen que esa omisión responde a la intención del legislador de no reíterar normas que ya estaban en el Código de Comercio redactado para la Provincia de Buenos Aires por el mismo ilustre jurista cordobés y el Dr. Acevedo y declarado Código Nacional por la ley 15 promulgada el 12 de setiembre de 1862. Creemos que no es así. Las reglas insertas en los Arts. 295 a 298 del referido Código de Comercio, no responden a la exclusiva voluntad de Vélez, por el contrario, la influencia de Acevedo es notable, en lo que concierne a obligaciones y contratos (9), por lo que no puede afirmarse que el primero haya expresado demasiado su voluntad en esta sección. Por otra parte, sostener que el Codificador civil no quiso reíterar normas que ya estaban en la legislación comercial, implica olvidar que en el Libro II título I cap. I a IV del Código de Comercio de 1862 se legisla abundantemente sobre obligaciones y contratos, y que muchos de esos preceptos fueron luego incluidos por Vélez en el Código Civil en razón de su naturaleza estrictamente civil (10). ¿Por qué excluiría las reglas de interpretación? Parece claro que su voluntad era dejar en libertad al intérprete. Por otra parte, debe tenerse presente que el Dr. Vélez poseía un concepto muy claro de Código y conociendo que éste se caracteriza por su complejidad y hermeticidad no se entiende cómo justificaría una remisión a otro cuerpo codificado (10 bis).

El segundo problema es determinar si es necesario para el intérprete contar con normas legales de interpretación, de tal modo que su carencia le obligue a elaborarlas mediante la autointegración del ordenamiento normativo, por la única vía de la analogía.

Si como hemos afirmado el legislador civil no ha querido establecer reglas de interpretación, si los códigos más modernos adoptan el mismo criterio, con algunas excepciones como el Código Civil italiano de 1942, incluyendo sólo algunas pocas normas que constituyen principios generales, standards o normas abiertas (11), podemos afirmar que el intérprete del contrato civil, puede y debe hacer funcionar las normas contractuales acudiendo a las reglas interpretativas que le fijen la jurisprudencia, la doctrina o si le parecen justos para el caso concreto, los preceptos legales del Código de Comercio, teniendo como normas coactivas sólo las del Código Civil

Analizando la doctrina y jurisprudencia nacionales en el tema a que nos estamos refiriendo, se observa que ante la falta de reglas del Código Civil, se impuso a través de la ejemplaridad por el modelo seguimiento, la recurrencia al Código de Comercio (12). La escuela imperante de neto corte positivista, necesitaba encontrar el precepto legal donde ampararse e impuso la remisión por analogía con apoyo en el Art. 16 del CC de tal modo que hoy ya constituye un verdadero derecho consuetudinario. Aun mas a ejemplaridad llegó a tales

extremos que no sólo se consideran aplicables las reglas del código mercantil, si no que algunos entienden que son coactivas para el juez, no simples consejos o directivas. Como consecuencia, sostienen que debe aplicarse el criterio del derecho comercial e interpretar, primero, por las reglas subjetivas y luego por las objetivas (13).

4.1. Abordando ya el estudio de las normas legales interpretativas e integrativas de los contratos civiles, debe señalarse que sus fuentes formales se encuentran: a) en el Art. 1198 CC. reformado por la ley 17711, que incorpora el principio de la buena fe creencia y buena fe lealtad, no sólo para la interpretación, sino también para la celebración y ejecución de los contratos; b) en múltiples preceptos dispersos en el Código Civil y en sus leyes complementarias; c) en los Arts. 217, 218, 219 del Código de Comercio. Según nuestra opinión, las normas señaladas en a) y b) son coactivas para el intérprete de un contrato civil, no así las del grupo c) que son supletorias para el mismo, sin perjuicio de que sean consideradas coactivas en el funcionamiento del contrato comercial (14).

La regla de la buena fe tiene mayor jerarquía que las reglas particulares de interpretación y aun que las normas del Código Comercial, por lo que debe privar sobre todas ellas.

En cuanto al funcionamiento de las normas legales interpretativas, creemos que el encargado del mismo está autorizado para interpretarlas (15), y en caso de que generen una injusticia al ser aplicadas, puede no aplicarla y, produciendo una carencia dikelógica, elaborar la norma interpretativa justa (16). Puede tomarse como ejemplo la regla del Art. 218, inc. 6º y la del Art. 219 del Código de Comercio, según las cuales la costumbre del lugar donde deba ejecutarse el contrato prevalecerá sobre las palabras del mismo o servirá para su integración. El legislador ha sido claro que la costumbre que debe considerarse es la del lugar del cumplimiento de las prestaciones que se deben los contratantes. Al interpretar, no podríamos apartarnos de esa voluntad expresa del codificador. Sin embargo, creemos que esta regla merece una elaboración, pues no siempre es justa; en determinados casos el juez debe estar habilitado para producir una carencia dikelógica y apartándose de ella deberá tomar en cuenta la costumbre del lugar del domicilio de los contratantes o de celebración del contrato. Si el objetivo del intérprete es llegar a conocer la real intención común de las partes (17), es evidente que en múltiples supuestos dicha intención estará en relación directa con la costumbre del lugar donde los contratantes se domicilien o hayan celebrado el contrato y no la del lugar de cumplimiento, costumbre que puede resultarles totalmente extraña (18).

Otra regla interpretativa que debe ser elaborada, es la del inciso 7º del

Art. 218, la conocida regla "favor debitoris". Según una interpretación gramatical, histórica, y sistemática sólo puede afirmarse que lo realmente querido por el legislador ha sido que, en caso de duda, debe estarse por la liberación del deudor. Aquí plasma el espíritu liberal del codificador: ante la duda, el hombre debe ser libre, no sujeto a una obligación. Hasta aquí la interpretación. Creemos que esta solución no es siempre justa, es particularmente injusta en la contratación masificada, en la que existen contratantes con gran poder de decisión que predisponen el contrato, frente a contratantes "débiles", sometidos a contratar en aparente igualdad y libertad jurídicas. En estos casos, en los que existe verdadera desigualdad y subordinación económicas ha de estarse, en caso de duda, no por la liberación del deudor (que puede resultar el contratante poderoso que ha predispuesto el contrato), sino por la liberación del más débil. De este modo se realiza la equidad, pero debe quedar claro que estamos transgrediendo la voluntad del legislador y procedemos a elaborar la norma interpretativa más justa para el caso concreto (19).

Entre las reglas particulares de integración encontramos el Art. 1627 del C.C. que ha sufrido una verdadera elaboración a través de la doctrina y jurisprudencia. Dicha norma expresamente manda interpretar que, cuando en la locación de servicios las partes no ajustaron el precio, se sometieron al "precio de costumbre para ser determinado por árbitros". Por un lado resulta injusto someter a los contratantes al costoso proceso arbitral para la determinación del precio, y por ello se admite actualmente que pueda ser el juez ordinario quien lo fije en caso de ser necesaria la integración del contrato. Por otra parte, si bien el referido precepto legal ordena tener en cuenta la costumbre, ha sido admitido ya reiteradamente que el precio pueda fijarse no atendiendo a ella sino a las leyes de aranceles, cuando existan.

4.2. Si se observan las reglas legales de interpretación desde su dimensión sociológica, se advierte que el legislador ha adjudicado al intérprete la facultad de escudriñar la voluntad de las partes, imponiendo a éstas el deber de soportar los efectos de esa interpretación.

En esta dimensión corresponde preguntarse acerca de quién es el destinatario de las normas de interpretación. Creemos que en principio, son las partes contratantes, pues ellas son quienes, en primer término, deben interpretar su negocio jurídico para cumplirlo, pero el destinatario último es el juez, pues será quien en definitiva interprete cuando falla la interpretación auténtica de los contratantes (20).

En relación a la clase de reparto que plasma en las reglas interpretativas (referimos en este sentido al reparto autoritario, que proviene de una imposición o al reparto autónomo, cuando se origina en la negociación), es un reparto

autoritario: el legislador ordena el intérprete cómo debe entender.

Esa adjudicación no reconoce un límite proveniente de la naturaleza de las cosas, el límite lógico y síquico. En efecto, tratándose la interpretación de una tarea tan personal del intérprete, pues se trata de entender para obrar, lo correcto sería respetar el límite lógico y síquico del encargado del funcionamiento de la norma contractual, permitiéndole entender la voluntad de las partes por la vía que crea más conveniente a ese fin (21). El legislador debe cuidar que el intérprete no sea infiel a la voluntad de los autores de la norma, mas esa finalidad no la obtendrá imponiéndole reglas puntuales, pues siempre estará condicionada la interpretación por el contexto personal y social del intérprete (22). Cuando el reformador de 1968 fija una norma amplia de interpretación, como la buena fe, parece respetar en mayor medida dichos límites.

Las reglas de interpretación insertas en el Código de Comercio y el derecho consuetudinario que ha impuesto recurrir a ellas por analogía, responden sin duda a un plan de gobierno propio de un régimen liberal positivista: es necesario prever el orden en la interpretación; el juez debe contar con reglas precisas, debe seguir los pasos que se le indican para entender el negocio jurídico. La regla de la buena fe incorporada por la ley 17.711 también responde a un plan de gobierno: el reformador de 1968 quiso introducir en el código liberal principios solidaristas, sin embargo por tratarse de una regla muy amplia, una "norma abierta", permite en mayor medida el desarrollo de la ejemplaridad.

4.3. Desde el punto de vista de la justicia, las reglas de interpretación y especialmente las del Código de Comercio, denotan una tendencia a la realización de la justicia conmutativa, pues tratan de conocer la intención común de las partes para dar a cada uno en la medida de lo pactado originariamente. Pueden encontrarse referencias a la justicia espontánea (23), en el Art. 218 inc. 3º, por ejemplo, que remite a las reglas de la equidad o en el inc. 7º cuando indica interpretar en favor de la liberación del deudor.

Al establecer reglas de interpretación, el legislador, como ya dijimos, efectiviza el plan de gobierno, y de este modo trata de alcanzar el valor justicia a través de los valores poder y previsibilidad (24), mas éstos no son, precisamente los más altos valores del ordenamiento normativo. Allí se encuentran la justicia y la humanidad, los que se respetan cuando se permite al intérprete investigar, por el camino que crea más adecuado, la verdadera voluntad de los contratantes y luego de conocerla, si resulta contraria a dichos valores, autorizándolo a elaborar la norma que los respete.

La justicia permite valorar las normas de interpretación desde distintos puntos de vista, preguntándonos, por ejemplo, si es justo que el legislador imponga reglas de interpretación. Creemos que no, porque esta tarea es personalísi-

ma del intérprete, es una tarea síquica, intelectiva, que debe ser guiada por el mismo intérprete. El legislador no tiene facultades para imponer un camino obligatorio a la función más importante del poder jurisdiccional, podrá dar ciertas guías fundamentales, principios generales, pero no reglas precisas.

Con referencia al contenido mismo de la adjudicación legislativa, podemos observar que el codificador al arrogarse el derecho de establecer reglas de interpretación es un poderoso que, a su vez, es interesado en que los negocios jurídicos patrimoniales del derecho privado se interpreten del modo que más convenga al régimen. Uniformar la interpretación de los negocios privados puede interesar al poderoso, pero no debe olvidarse que también lo responsabiliza de las interpretaciones que se efectúen. El intérprete justificará la injusticia de su interpretación alegando que encuadra dentro de las reglas fijadas por el codificador.

B) La interpretación de las normas contractuales por el encargado del funcionamiento

5. Cuando un negocio jurídico es sometido a interpretación existe, en primer lugar, la norma interpretada, que es la norma contractual objeto de interpretación y, en segundo lugar, nace la norma interpretativa, que es aquélla en la que plasma la interpretación efectuada por el encargado del funcionamiento.

La norma interpretativa tiene como peculiaridad que no debe responder al pensamiento del intérprete sino ser fiel al pensamiento manifestado de los contratantes (25) En ella debe investigarse la fidelidad al pensamiento de los autores de la norma interpretada y asimismo observarse con detenimiento si es exacta, es decir, si se cumple (26) Hacemos notar que el análisis que efectuamos a continuación no siempre podrá extenderse a los contratos por adhesión a condiciones negociales generales, por cuanto ellos requieren reglas interpretativas propias por su especial naturaleza (27)

La aludida norma interpretativa describirá un sector social, un tipo legal y esbozará su reglamentación En la estructura de la norma interpretativa también debe coincidir el sector social por ella considerado con el de la norma interpretada y la consecuencia jurídica debe ser precisamente la querida por los contratantes y cuya dilucidación dio lugar a la interpretación.

Desde el punto de vista de la clasificación la norma interpretativa es siempre una norma individual, ya emane de las mismas partes contratantes, como de una sentencia judicial Es también norma categórica y coactiva (28)

La fuente formal de la norma interpretativa, puede ser un contrato (cuando los mismos contratantes efectuan la interpretación de su primitivo negocio jurídico) o una sentencia (cuando el encargado del funcionamiento de dicho negocio es el juez) Cualquiera sea el intérprete de las normas contractuales debe observar el negocio jurídico en su integridad, es decir en la materialidad de los

hechos (las conductas de los contratantes anteriores, posteriores y concomitantes a la celebración del contrato) y en su fuente formal (el contrato), pues, si sólo atendiera a ésta última olvidaría investigar una de las funciones descriptivas de la norma contractual, su exactitud, ver qué acaece en la realidad.

En la interpretación del contrato deben observarse los elementos gramatical, lógico, sistemático e histórico (29). Desde el punto de vista gramatical las palabras deben interpretarse en su contexto, no por su significado literal, ni por lo que cada contratante entendió, sino por el sentido que en su intención común han querido darle ambos contratantes (30). En cuanto al elemento lógico, debe prevalecer si existen contradicciones. Este elemento permite, por ejemplo, que en caso de duda se esté por la validez del negocio, por cuanto debe considerarse que si las partes celebraron el contrato, han querido dar nacimiento al negocio y no lo contrario (31). El elemento sistemático obliga a interpretar el negocio en su integridad, obstando a la interpretación aislada de una cláusula o expresión del contrato (32); impone el deber de observar el lazo íntimo que une todas las cláusulas para lo cual puede ser relevante tomar en cuenta las conductas de los contratantes anteriores, posteriores y concomitantes a la celebración del contrato (33). Pero el elemento fundamental es el elemento histórico, ya que el encargado del funcionamiento debe buscar la real intención común de las partes. Si se logra conocer ésta y coincide con lo expresado en la norma contractual interpretada, concluye allí la labor del intérprete. Si no coincide lo manifestado por las partes con lo realmente querido, habrá de adecuar las normas contractuales restringiendo o extendiendo su alcance (34).

El verdadero problema en el funcionamiento de la norma contractual se plantea cuando ésta no existe o cuando existe pero es injusta. Es decir, cuando existe una carencia histórica de norma contractual, porque las partes no previeron una determinada circunstancia, o una carencia dikelógica, porque lo previsto resulta injusto. Cabe aquí preguntarse si puede un tercero, el juez o el legislador, por ejemplo, elaborar la norma adecuada para el caso (35). En el primer supuesto, no existe ninguna duda en nuestro derecho, ya que se encuentra expresamente previsto en el Art. 219 C. de C., el legislador manda elaborar la norma, presumiendo que las partes han pretendido sujetarse a lo que es de uso común en el comercio en el lugar de ejecución del contrato.

La dificultad más compleja se presenta cuando las partes han previsto una norma contractual y ésta es injusta. En algunos casos, donde generalmente se encuentra afectado el orden público, es el mismo legislador el que manda ignorar la cláusula contractual injusta y dispone cómo elaborar la norma justa, por ejemplo, la cláusula que dispense el dolo no tendrá valor alguno (Art. 507 CC.), la cláusula que libere de toda responsabilidad por evicción no excluye dicha responsabilidad cuando media mala fe de parte del enajenante (Art. 2099 CC.); la cláu-

sula que prevea el pacto comisorio expreso en la compraventa de lotes por mensualidades no puede ser aplicada cuando el adquirente hubiere abonado más del 25 % del precio o efectuado mejoras por un valor equivalente al 50 % del mismo (Art. 8 de la ley 14.005); la cláusula que impida al locatario de inmueble destinado a vivienda, resolver el contrato anticipadamente después de transcurridos los primeros seis meses de locación no tiene efectos (Art. 8 y 29, ley 23.091). En otros supuestos la jurisprudencia y la doctrina han admitido que el juez pueda elaborar la norma justa, por ejemplo, en los contratos por adhesión a condiciones negociales generales (36).

Creemos que cuando la norma contractual es injusta, en casos de notoria injusticia, excepcionalmente, el juez está facultado para recurrir a la heterointegración del contrato y elaborar la norma justa (37). Dada esa situación es fundamental que el encargado del funcionamiento sepa que con la sola interpretación no acaba su labor, sino que, a fin de realizar la justicia del caso concreto, debe decir que, dejando de lado la voluntad de las partes es él quien elabora la norma justa.

6.1. La interpretación de un contrato es un reparto de potencia e impotencia que promueve el intérprete, porque interpretar es entender, entender para obrar, es decir; para adjudicar potencia e impotencia a los contratantes.

Acerca de quién puede interpretar, en principio, son las partes contratantes quienes deben entender su propio negocio, y en caso necesario, producir un nuevo contrato, adjudicándose potencias e impotencias, según ese nuevo entendimiento. Generalmente es el juez el llamado a interpretar, se constituye en este caso en supremo repartidor.

Como efecto de la interpretación se beneficia a una de las partes contratantes, reconociendo por ejemplo una prestación a su favor, mientras que se grava a la otra. En ocasiones, quien resultaba beneficiado por el contrato se convierte en recipiendario gravado. Así, por ejemplo, en el contrato por adhesión las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretan contra el predisponente. Es decir, se produce una trasmudación del reparto, el predisponente que resultaba beneficiado en el contrato originario resulta ahora gravado, recibe una carga, no poder exigir la prestación que unilateralmente había predisuelto.

En referencia a la forma de la interpretación, puede ser la negociación con miras a un nuevo contrato (cuando se trata de interpretación auténtica, efectuada por los mismos contratantes), el denominado contrato de determinación o fijación por algunos juristas, o puede ser que el reparto interpretativo se derive de un proceso, cuando el llamado a interpretar sea el juez. En este proceso no debe confundirse la interpretación con la prueba de los hechos fácticos. La prueba es anterior, debe preceder a la interpretación (38).

Interesa saber por qué se interpreta, cuál es la razón de la interpretación, es éste un punto discutido en la doctrina. Para algunos se interpreta un contrato porque contiene cláusulas ambiguas, oscuras, si el contrato es claro, no hay razón para interpretarlo (39). Por nuestra parte entendemos que un contrato se interpreta para conocer la voluntad de los autores y así poder ordenar el cumplimiento de dicha voluntad. No se interpreta porque es oscuro, debe interpretarse siempre (40), porque es necesario que las partes o, en su caso el juez, hagan cumplir lo querido por los contratantes y para ello es necesario primero su conocimiento. Puede suceder que un contrato sea claro, sumamente claro y no responda a lo querido por las partes, acreditándose esa discordancia el encargado del funcionamiento de las normas deberá adaptar la letra del contrato a la auténtica voluntad de sus autores.

En cuanto a la clase de reparto que produce la interpretación se trata de un nuevo reparto autoritario, cuando quien interpreta es el juez; mas puede ser un nuevo reparto autónomo, cuando las partes son las que interpretan su contrato produciendo el contrato de determinación. Como los repartos autónomos son superiores a los autoritarios desde el punto de vista óntico y dikelógico, creemos preferible propiciar la interpretación auténtica, para evitar la transformación del primitivo reparto autónomo (contrato) en reparto autoritario (sentencia interpretativa).

Toda interpretación tiene límites, el intérprete está condicionado por la real naturaleza de las cosas. En algunas ocasiones los jueces al interpretar los negocios jurídicos se amparan en el límite lógico y, desprendiéndose de la vida, se refugian en la lógica produciendo resultados que en la dimensión dikelógica podremos calificar como injustos. Los límites más importantes que debe respetar el intérprete son las leyes sociales y las realidades económicas. En efecto, el juez al tratar de conocer el negocio jurídico, para ser fiel al pensamiento manifestado de los contratantes, deberá tener presente los usos sociales del lugar donde se haya celebrado tal negocio, pues evidente que las partes los han tenido en cuenta al contratar, y si querían algo contrario a dichos usos sociales debieron así manifestarlo expresamente (41). La realidad económica es otro de los límites que condiciona al intérprete, pues los contratantes al fijar su consentimiento lo han hecho atendiendo a esa realidad, si luego se trata de investigar lo querido por ellos, la búsqueda debe realizarse en ese marco (42).

La interpretación judicial contribuye en gran medida al orden en la sociedad, mediante la ejemplaridad. Esto se observa, por ejemplo, en la importante tarea que ha cumplido la jurisprudencia ante el avance de la contratación masificada, ya sea a través de contratos por adhesión o condiciones negociales generales, los jueces han ido integrando los contratos, produciendo carencias dikelógicas para proteger a la parte débil en la contratación y han generado un verdadero

derecho espontáneo. Por esto en nuestro país, hoy son normas uniformemente admitidas que las cláusulas oscuras o ambigas de un contrato predisuelto deben ser interpretadas contra el predisponente, o que las cláusulas manuscritas prevalecen sobre las preimpresas.

7. Corresponde observar ahora a la interpretación desde la dimensión de la justicia.

En principio la interpretación de un contrato debe tender a realizar la justicia comunitativa, que es la que han tratado de lograr los contratantes en el negocio interpretado. En cambio, cuando el elaborador de la norma contractual trasciende los límites de la interpretación porque ésta no resulta justa, en la elaboración se realiza generalmente la justicia espontánea. Por ejemplo, cuando en caso de duda se está en favor de la parte más débil. Es posible admitir también que se realice la justicia con acepción de personas cuando se interpreta teniendo en consideración la calidad, en una o ambas partes, de comerciante, consumidor o locatario (43).

Normalmente todo intérprete tiene claro que en su tarea realiza predominantemente el valor poder, ya que la norma resultará coactiva, y también el valor previsibilidad, pues debe tener en cuenta aquello que las partes han querido al contratar. Lo que más asiduamente se olvida es que las normas contractuales deben realizar los valores cooperación y solidaridad, de tal modo que, si la norma interpretada se alza contra esos valores, es beneficioso que el encargado de su funcionamiento elabore aquella que tienda a la realización de los mismos.

El intérprete para realizar el máximo de justicia deberá poder conocer todo el pasado del negocio jurídico, todo el presente y todo su futuro. Por ser ello imposible debe fraccionar, por ejemplo, tomando en consideración sólo la voluntad manifestada por los contratantes y no la voluntad interna. No obstante, deberá siempre procurarse la mayor cantidad de datos en relación a las conductas anteriores, posteriores o concomitantes con el negocio jurídico.

Atendiendo a la justicia de la interpretación en sí misma, consideramos que es más justo que los intérpretes del contrato sean los mismos contratantes, siempre que se garantice la igualdad y libertad jurídica y económica. Es decir, siempre que no exista subordinación jurídica y económica de una de las partes, debe preferirse la interpretación auténtica, en caso contrario, el intérprete debe ser el juez. En ese caso, al generarse un reparto autoritario se produce ya cierto grado de injusticia.

Estamos persuadidos que el principio supremo de justicia es la personalización del hombre y que uno de los medios para su realización es la protección del individuo contra los demás. Por ello, creemos que superando la interpretación debe tenderse, en ocasiones, a la realización de esa protección mediante la

elaboración. Es por esto que resultan justas la elaboración que protege al contratante débil contra el fuerte, la que desecha la cláusula abusiva y elabora la norma adecuada para proteger a un contratante contra el otro, la elaboración que trata de proteger a ciertas minorías que en la realidad social se encuentran carenciadas (por ejemplo, ciertos locatarios de inmuebles destinados a viviendas, adquirentes de vivienda única, adquirentes de bienes de uso imprescindible por sistemas de ahorro previo).

- (1) Para el desarrollo del tema se empleó el método expuesto por el prof. Werner Goldschmidt en su obra *Introducción filosófica al Derecho*, Depalma, Bs. As., 6a. edición, 1980. Asimismo se trabajó en base a: CIURO CALDANI, Miguel A., *Meditaciones trialistas sobre la interpretación*, en E.D., t. 72 pág. 811 y ss.
- (2) p.v. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. Fontanarrosa, Sentís Melendo, Volterra, E.J.E.A., Bs. As., 1952, t. II, pág. 88, este autor a la interpretación de un contrato en particular la llama interpretación de segundo grado, la que es preparada por la interpretación de las normas sobre la interpretación del negocio. En igual sentido, FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino, Doctrina general de los contratos comerciales*, Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1979, t. II., pág. 152.
- (3) El contrato es una fuente real de constancia formal de normas (GOLDSCHMIDT, w., op. cit. pág. 217). En sentido contrario p.v. BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley de la ley y de los actos jurídicos*, trad. José Luis de los Mozos, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 345. En un reciente trabajo VIGO (h), Rodolfo L., *Interpretación jurídica de los contratos civiles*, L. L. 1986 - A, p. 796, ubica dentro de la teoría de la norma jurídica a la norma jurídica contractual.
- (4) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., *Teoría de los contratos, Parte general*, 3a. edición, Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1984, pág. 279, considera, por el contrario, que el Código Civil posee una norma decisiva, el Art. 1197, que implica la consagración del carácter normativo del contrato, el que debe ser interpretado del mismo modo que la ley.
- (5) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, Bs. As., pág. 262.
- (6) LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Ediar, Bs. As., 1953, T. VIII, vol. 1, pág. 350.
- (7) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho civil, Contratos*, Depalma, Bs. As, 1974. Vol. II, págs. 80 y ss.
- (8) MASNATTA, Héctor, *Interpetación de los contratos en la ley y jurisprudencia argentina*, en Boletín del Instituto de Derecho Civil, Univ. Nac. del Litoral - Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Sta. Fe, Nº 1 1959, pág. 24.
- (9) LAFAILLE Héctor, op. cit. pág. 343, nota Nº 179.

- (10) P.v. respecto de la naturaleza civil de normas insertas en el Código de Comercio, el informe de la Comisión Redactora del C. de C. de la Pcia. de Bs. As. (ADLA, t. 1852-1880, págs. 219 y ss.). Los redactores manifiestan la necesidad de contar con el Código Civil que contenga las normas generales en materia de contratos, pero ante su carencia, dicen: "Hemos tomado entonces el camino de suplir todos los títulos del Derecho civil que a nuestro juicio faltaban para poder componer el Código de Comercio" (pág. 225).

¶

10 bis. Acerca de la intención del Codificador es muy esclarecedor el voto del Dr. Llambrás, en autos "Antonetti, José H. c/Khan de Levy, Francisca B.E. y otros" cuando dice: "El código civil argentino se ha abstenido de dictar normas de interpretación de la voluntad, tal vez por entender que ellas, por su propia índole más que por obra del legislador, pertenecen a la ciencia del derecho", CNC. Sala A, 28-6-60, L. L. 99-349.

- (11) LAFAILLE, Héctor, op. cit. pág. 348. La denominación "normas abiertas" corresponde a REZZONICO, Juan Carlos, "La buena fe como norma abierta para la interpretación de los contratos y límites de la interpretación", en L.L., t. 1983-C, pág. 270
- (12) S. C. Bs. As., 9-4-46, J. A. 1946-II-344; C. Civ. 2º, 7-10-46, L. L. 44-522; C. Fed. La Plata, 29-4-35, J. A. 50-41. La jurisprudencia más reciente p.v. en Código Civil anotado por BELLUSCIO-ZANNONI, Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, pág. 904.
- (13) MESSINEO, Francesco, op. cit. pág. 90, para quien las objetivas tienen subordinación lógica a las subjetivas; BETTI, Emilio, op. cit., pág. 362; GOMES, Orlando, Contratos, Forese, Río de Janeiro, 1986, 11a. edic., pág. 226; FONTANARROSA, Rodolfo O., op. cit. pág. 154; SPOTA, Alberto G., op. cit. pág. 108. En sentido contrario, VIGO, Rodolfo L., op. cit. pag. 803.
- (14) Las normas legales de interpretación son consideradas imperativas para la mayor parte de la doctrina: BETTI, Emilio, op. cit. pág. 247; DANZ, Erich, La interpretación de los negocios jurídicos, Edit. Revista de Derecho privado, Madrid, 3a. edic. 1955, pág. 134; MESSINEO, Francesco, op. cit. pág. 94; GOMES, Orlando, op. cit. pág. 225; SIBURU, Juan B., Comentario del Código de Comercio, F. Lajouane y Cía., Bs. As., 1908, t. 4, pág. 85; FONTANARROSA, Rodolfo, op. cit. pág. 153; MASNATTA, Héctor, op. cit. pág. 27; SPOTA, Alberto G., op. cit. pág. 108; REZZONICO, Juan Carlos, op. cit. pág. 227. Para LAFAILLE, Héctor, op. cit. pág. 341, no son imperativas y para LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., op. cit. pág. 278, no se puede generalizar: sólo el análisis concreto de cada cuerpo legal permite determinar si un texto interpretativo envuelve un consejo o un imperativo. En el sentido de que las reglas del C. de C., son pautas orientadoras, principios útiles, p.v. CNC. Sala D, 8-5-78, autos "Altuna". Imelda N.R.M. c/KOCH, David y otros", L. L. 1978-D, 400.
- (15) MESSINEO, Francesco, op. cit. pág. 88; LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., op. cit., pág. 278.
- (16) Sobre el polémico tema de la elaboración de normas, expresamos nuestra opinión en este mismo Boletín, Nº 7 págs. 65 y ss.
- (17) ver infra punto 5, en especial nota Nº 25.
- (18) Confr DANZ, Erich, op. cit. pág. 275. Este autor considera que la costumbre que debe tenerse en cuenta es la del lugar de celebración del negocio jurídico, pero, a su vez, aclara que el conocimiento de los usos sociales por los contratantes no es necesario, pues sus efectos se producen aun cuando los desconozcan (pág. 177). El Código Civil francés en el art. 1159 considera aplicable los usos del país de celebración del contra-

to. LOPEZ DE ZAVALIA, op. cit. pág. 282, parece admitir, en principio, la costumbre del lugar de ejecución, pero sólo para el caso de que fuera determinable al tiempo de contratar. En sentido contrario a nuestra opinión p.v. LAFAILLE, Héctor, op. cit. pág. 347, nota 202.

- (19) Respecto de la regla "favor debitoris" en su moderna interpretación, puede verse su tratamiento en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes del 31-7 al 4-8-85. En favor de la parte más débil, se pronunció la C.N.C. Sala C, 2-4-81, autos "Pizzolo S.A. c/Mario Somogyi, Miguel A.", E.D. 93-495.
- (20) Confr. MESSINEO, Francesco, op. cit. pág. 91; MASNATTA, Héctor, op. cit., pág. 11. Para VIGO, Rodolfo L., pág. 3 están dirigidas indistintamente al juez o las partes, no deben establecerse prioridades.
- (21) Contra MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 95, después de sostener que las reglas legales de interpretación son imperativas agrega: "... no se entendería de qué modo podría el intérprete separarse de tales preceptos que guían hacia la consecución del fin mencionado para seguir criterios distintos; ni se explicaría cómo, si existieran en realidad criterios distintos, el legislador no los ha codificado".
- (22) P.v. CIURO CALDANI, Miguel A., op. cit. pág. 816.
- (23) Acerca de la clasificación de la justicia desde el punto de vista del criterio de fundamentación de los repartos, en justicia comunitativa y espontánea, ver CIURO CALDANI, Miguel A., Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1984, t. II, pág. 50. Explica este autor que en la justicia comunitativa el fundamento es plurilateral, a la prestación le sigue la contraprestación (ej. la compraventa); en la espontánea, el fundamento en unilateral, hay sólo una prestación (ej. la donación).
- (24) Confr. CIURO CALDANI, Miguel A., Meditaciones..., pág. 817.
- (25) La voluntad de los contratantes que debe investigarse es la voluntad interna, pero que de algún modo ha alcanzado cierto grado de exteriorización. Confr. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Tratado de derecho civil, trad. Pérez González - Alguer, Bosch, Barcelona, 1935, T. 1-2º p. 395; BETTI, Emilio, op. cit. p. 349; SPOTA, Alberto G., op. cit. pág. 78; LAFAILLE, Héctor, op. cit. pág. 340; VIGO, Rodolfo L., op. cit. pág. 799; GARRIDO CORDOBERA, Lidia. La interpretación de los negocios jurídicos, en Zeus, entrega diaria del 14-11-86. P.v. ST Jujuy, Sala I, 9-3-84, autos "Vall de Alonso, Ester c/Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", E.D. 109-164; CNC. S.A. 20-12-83, autos "Pollach, José M. c/La Rinconada", E.D. 107-721; CN Fed. Civ. Com., Sala III, 29-11-84, autos "Muz, Regina O. c/Banco Hipotecario Nacional, L.L. 1985-B, 296-D.J., 985-36-167 - J.A., 985-II-255; CNCom. Sala C., 19-3-85, autos "Sisteco, Sistemas de Computación SA. c/Slellat y Duck S.A., L.L. 1985-C-350 - D.J. 985-50-619 - E.D. 114-632; CNEspecial Civil y Com. Sala IV, 19-4-83 autos "Astete, Mercedes del Carmen c/Pérez. José L.", E.D. 104-566. En sentido contrario, CNCom. S.D., 20-2-84, Giudice, Carlos c/Astilleros Alianza SA., L.L. 1984-B-260.
- (26) DANZ, Erich, op. cit., pág. 78.
- (27) GARCIA AMIGO M., Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 187; MORELLO, Augusto M. Dinámica del contrato. Enfoques, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1985, pág. 44; STIGLITZ, Rubén S., Directivas específicas de interpretación de los contratos por

adhesión a condiciones generales, en L.L. 1983-B, 1131; NICOLAU, Noemí L. Las condiciones negociales generales en su relación con las fuentes de las normas, en Revista de la Facultad de Derecho, Rosario, N° 4/6

- (28) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág. 210 y ss.
- (29) P. v. SAVIGNY, F. C. de, Sistema del Derecho Romano actual, trad. Ch. Guenoux, J. Mesía y Manuel Poley, Góngora, Madrid, 2a. edic., 1878, t. 1, pág. 187. LA-RENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, trad. Gimbernat Ordeig, Ariel Barcelona, 1966, pág. 254, al elemento gramatical de Savigny lo denomina, literal.
- (30) ST. Jujuy, S.I., 9-3-84 autos "Vall de Alonso, Ester c/Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", E.D. 109-164; CNC.S. F.6-7-82, autos "Poggiolini, Carlos M. y otra c/Fiumara, Roberto y otra", E.D. 102-352. En sentido contrario, CN Com. Sala D, 20-2-84 autos "Giúdice, Carlos O. c/Astilleros Alianza S.A.", L.L. 1984 B, 260; CNCCom. S.S., 15-5-84, autos "Winik, S.A. c/Castellari, Flora", L.L. 1984-C. 567 - D.J., 984-2-61; CNCiv. S.A., 20-12-83, autos "Pollach, José M. c/La Rinconada", E.D. 107-721; C. Apel. CC. Mercedes, Sala I, 31-5-83, E.D. 108, 292.
- (31) Al respecto son interesantes las consideraciones de SPOTA, Alberto G., op. cit. pág. 102 y ss. La jurisprudencia ha dicho: "Debe preferirse no el significado inútil y que conduce a la invalidez de la cláusula contractual o de todo el contrato, sino el significado útil o que conduce a la validez", CNEspecial, CC. S.III - 18-9-79, autos "Mayola y Cía. c/Pallito, Carmelo", RED. T. 14 pág. 222, N° 38.
- (32) CNCiv. S.F., 29-12-83, autos "A.de G., M. c/ G., D" L.L. 1984-C, 435; - CNCiv. S.D., 3-6-81, autos "Rossi, Lidia C. y otro c/Dawnel, Propiedades", E.D. 95-656; CNCiv. S.D., 29-5-81, autos "Del Caño, Osvaldo c/Vita S.A. Ramón C. y otro", J.A. 982-I-125 - E.D. 95-441; CNCiv. S.B., 8-9-81, autos "Capo, Julián J. y otra c/ Del Sol Construcciones S.A.", L.L. 1982-B, 155 - BCNCiv. dic. 1981-II-18; C. Apel. CC. Mercedes, S. II-23-4-85, autos "Viana Santos c/Borzi, Héctor O", L.L. 1985-C. 508; SC. Bs. As., 21-12-82, autos "Mirenda Hnos. S.A. c/Provincia de Buenos Aires", DJBA., 125-333; CNCCom. S.C. 10-9-82 autos "Oliva Vélez, Carlos M.J.C. c/Frers y Civils S.A.". L.L. 1983-A, 47 - E.D. 103-321.
- (33) DANZ, Erich, op. cit. pág. 52, para quien el juez no debe tener en cuenta sólo las palabras, sino las circunstancias del caso, especialmente las circunstancias notorias; BETTI, Emilio, op. cit. p. 347. CNCiv. S.F., 29-12-83, autos "A. de G., M. c/G.D.", L.L. 1984 - C. 435; CNCiv. S.G., 22-11-83, autos "Ranucci, Alejandro y otro c/ Martínez, Oscar S.", L.L. 1984-B, 442; CNCiv. S.B., 18-10-83, autos "Drago, Armando M. c/Micave S.A.", E.D. 107-559; SC. BS. As., 11-8-81, autos "Sade SA. c/ Municipalidad de Gral. Pueyrredón" DJBA. 122-73; SC. Bs. As., 29-6-82, autos "J.L.R.P. Publicidad SRL c/Municipalidad de Gral. Pueyrredón", DJBA. 123-233; CNCiv. S.C. abril 14-81, autos "Naumow, Marta S., c/Gutiérrez, Julio E.", L.L. 1982-A, 212 - JA. 981 - IV - 492; E.D. 97-787; CNCiv. S.B., 19-4-82, E.D. 101-387; Capel. CC. Paraná, S. 16-2-79, autos "Van Cauwenbergh, Raúl O. c/Busmail, Carlos, suc", Z. 18-45; CNFed. Civ. Com. Sala I, 14-2-84, autos "Empresa Ferrocarriles Argentinos c/ Dálmine Siderca SA.", LL. 1985-A, 609 (S. 36750) - JA. 985-I-84 - E.D. 109-508; CNCCom. S.D., 9-3-84, autos "Gómez, Olga c/González S.A. Alejandro F. y otros", L.L. 1985 - C, 642 (S. 36866); SC. Bs. As., 7-9-82, autos "Palmieri María S. c/De Rosa, Omar J.", DJBA., 123-447.
- (34) GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit. pág. 267; SPOTA, Alberto G., op. cit. pág. 73, entiende que se trataría de rectificación de la voluntad declarada, operación que consi

déra distinta a la interpretación.

- (35) Se plantea de este modo el problema de la integración del contrato, P.v. ENNEC-CERUS-KIPP WOLFF, op. cit. pág. 399; LARENZ, Karl, op. cit. pág. 256; BETTI, Emilio, op. cit. pág. 369, aclara que debe diferenciarse la interpretación integradora de la integración, ésta última refiere a los efectos del negocio, cuando existe una laguna en la idea misma del negocio; MASNATTA, Héctor, op. cit. pág. 10. Para LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., op. cit. pág. 274, es erróneo distinguir integración de interpretación, la primera forma parte de ésta última.
- (36) P. v. bibliografía citada en nota 27 y además, MOSSET ITURRASPE, Jorge, Justicia contractual, Ediar, Bs. As . 1978, pág. 48. La CNC.S.B., 29-7-80 ha dicho: "Los jueces no deben aplicar el derecho con indiferencia por los resultados. El apego a lo pactado debe ceder cuando algún elemento posterior al contrato, ajeno a las partes y presumiblemente no querido ni previsto por ellas, viene a distorsionar de manera grave la naturaleza misma de la relación jurídica tenida en vista, convirtiendo en los hechos y en la realidad de la vida lo que fue concebido como oneroso en gratuito" (E.D., 91-170).
- (37) En sentido contrario, DANZ, Erich, op. cit. pág. 173. En nuestro sentido MOSSET ITURRASPE, Jorge, Justicia....., pág. 47 y ss. Una clara referencia a la facultad judicial de corregir el contrato en pos de la justicia del caso, p.v. en el fallo de la CNC. S.A.. 17-4-84 autos "Fontanazza Liborio c/Canale, Ludovico, suc.", D.J. 984-8-241. Asimismo CNC.S.B., 14-5-80, E.D. 88-407.
- (38) DANZ, Erich, op. cit. pág. 44; BETTI, Emilio, op. cit. pág. 240.
- (39) DANZ, Erich, op. cit. pág. 78; SIBURU, Juan B., op. cit. pág. 85. CSJN, Fallos 33-709: CNC.S.G. 24-11-83, autos "Gadea, José c/Coop. Familiar de la Vivienda Ltda." E.D. 107, 685; CNEsp. Civ. Com. S.II, 31-10-83, autos "Cov-Dem. o Covdem c/Belade Hnos. SRL". E.D. 107-367; CNCiv. S.F., 9-10-81, autos "Lion Elisa S. c/Sutiaga" E.D., 97-725, CNEsp. Civ. Com. Sala IV, 23-11-82, autos "Di Paolo, Miguel A. y otros c/Saieg, David", E.D., 104-398; CNC. S.G., 24-11-83, E.D. 107-683; CNC S.C., 29-5-81, E.D. 94-774.
- (40) MASNATTA' H-ector, op. cit. pág. 17; REZZONICO, Juan Carlos, op. cit. pág. 279; SPOTA, Alberto G., op. cit. pág. 85; LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., op. cit. pág. 267; VIGO, Rodolfo O., op. cit. pág. 797. La CSJN, el 28-3-78, en autos "Vianini S.P.A. y Supercemento SAIC. c/Obras Sanitarias de la Nación" ha dicho: "En la interpretación de los actos de los cocontratantes, ha de buscarse lo efectivamente querido, precisando lo ambiguo, oscuro o incompleto, pero sin olvidar que el empleo de término claros en apariencia no implica siempre una voluntad igualmente clara". En cierto modo también la CNC.S.F., admite que el juez puede interpretar más allá de las palabras, en el fallo de fecha 9-10-81, autos "Lion, Elisa c/Sutiaga", E.D. 97-725.
- (41) CNC. S.F., 25-9-80, autos "Barrozo de Sánchez Ruiz, Betti M. c/Sánchez Ruiz, Raúl", RED. T 16, pág. 243 N° 27; CNC.S.E., 24-8-82, E.D. 102, 530.
- (42) DANZ, Erich, op. cit. pág. 93 y ss.
- (43) Idem pág. 281.

COMPRENSION FILOSOFICA DE LOS INCENTIVOS JURIDICOS

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. Los incentivos en el mundo jurídico

1. Parte General

a) Dimensión sociológica

1) Los incentivos que obran en el campo del Derecho, tratando de motivar —de “acentuar” (1)— la realización de ciertos actos, pueden tener diversos caracteres —por ej. psíquicos, morales, etc.—, pero son más estrictamente jurídicos cuando ellos mismos son **repartos** de potencia e impotencia (o sea adjudicaciones provenientes de la conducta de hombres determinables), que procuran mover a la realización de otros repartos de potencia a impotencia (2). Como los repartos realizan el valor conducción, los incentivos significan una pretensión de realizar, de manera indirecta y ampliada, el referido valor conducción.

Los incentivos pueden ser agrupados en el sentido genérico de la “promoción”, pero difieren de la promoción en sentido estricto, porque ésta se introduce directamente en lo que se adjudica, para “elevar” una actividad, en tanto que los incentivos actúan más desde fuera de los repartos que se pretenden. El incentivo procura que se incrementen los **móviles** que pueden conducir a un reparto, en especial que la ordenanza del reparto autoritario (realizador del valor poder) sea seguida por la obediencia —sobre todo a fin de evitar el reparto directo— o que se desarrolle el acuerdo al hilo del cual se produce el reparto autónomo (realizador del valor cooperación). La posibilidad del éxito de los incentivos en estos sentidos contribuye a mostrar la distancia que existe entre la coacción y la esencia de lo jurídico, puede decirse que ellos constituyen una “contracoacción” jurídica.

Los incentivos tratan de ampliar las posibilidades de la planificación de los repartos (que cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad), aumentando las razones que conducen a hacerlos **ejemplares**, es decir dignos de seguimiento (con la inherente realización del valor solidaridad). Así procuran, en definitiva, acrecentar las posibilidades de realización del orden de los repartos (con su valor homónimo, orden). La incentivación trata de hacer ceder posibles límites necesarios, principalmente en el frente psíquico, para que no se opongan a la voluntad repartidora de quien los emplea.

A través de la incentivación se procura que la finalidad objetiva de los acontecimientos, cuyas posibilidades en principio no resultan satisfactorias, corresponda a la finalidad subjetiva de quienes la producen. Se presenta, en ella, una relación de **medio a fin** entrecruzada: el incentivo es medio del repartidor que incentiva y fin de quien debe cumplir el reparto incentivado; a su vez el reparto incentivado es fin de quien aplica el incentivo y medio de quien ha de cum-

plirlo. Esta relación de medio a fin querida por la planificación incentivivamente excluye, en principio, el fraude a la ley; sin embargo, el fraude a la ley es posible a través de las falsificaciones de los repartos relacionados e incluso puede configurarse también el fraude mediante la ley, cuando no se da cumplimiento al incentivo.

Los incentivos son instrumentos de la **táctica** y de cierto modo de la técnica jurídica, en los que puede evidenciarse el grado de destreza del jurista que los emplea.

b) Dimensión normológica

2) Los incentivos ponen en juego la función **relacional** y de modo especial la función de sugerencia que tienen las normas. Los repartos a incentivar han de ser repartos futuros, de modo que los incentivos tienden a expresarse, en su más pura manifestación, mediante **normas generales** por sus antecedentes, referidas a sectores sociales supuestos (realizadoras del valor predecibilidad). En otro sentido, puede decirse que las normas que expresan incentivos son básicamente normas hipotéticas, con una condición.

La incentivación puede expresarse mediante fuentes formales de diferentes tipos: frecuentemente lo hace mediante **leyes** y **decretos**, pero también puede contenerse en testamentos, contratos, etc. Por su afinidad con las realidades de las normas generales e hipotéticas y por la vocación estratégica que evidencia es más difícil concebirla, en cambio, en las sentencias. En cuanto a los conceptos en que se expresan, los incentivos pueden valerse de condiciones —principalmente suspensivas— que dan a las soluciones un espíritu más “**contratual**” que “**institucional**”.

A través de los incentivos juegan con especial notoriedad las relaciones **horizontales de producción** de normas (con su inherente realización del valor infalibilidad) y encuentra una vía de más consolidación el ordenamiento normativo (realizador del valor coherencia).

c) Dimensión dikelógica

3) La relación de medio a fin puesta en juego en los incentivos los ubica en el marco del valor **utilidad**, que puede integrarse con el valor **justicia** —el único valor absoluto del Derecho— o a través de su funcionamiento arrogarse el material estimativo que le corresponde a la justicia. Al hilo de la incentivación se procura con frecuencia sustituir por vía de utilidad por lo menos algún grado de realización del valor poder reemplazándolo por cierto tipo de cooperación.

Los incentivos deben apoyarse en la justicia “**relativa**” —mejor dicho “**derivada**”— respecto de los repartos incentivados, pero significan una línea de tensión también de justicia relativa con las otras adjudicaciones, ya que los pro-

tagonistas del reparto incentivado reciben lo que en principio no les hubiera correspondido. Hay, sobre todo, un juego de justicia **absoluta derivada**, pero la incentivación puede resultar fundamentada de manera asimismo relativa, porque puede evitar la sanción y, en definitiva, si no es justa puede ser por lo menos "justificada".

Los incentivos suelen agregar a los repartos incentivados fundamentos entrecruzados, de modo que los repartos incentivados fundados en razones de justicia particular o general reciben respectivamente incentivos apoyados en justicia general o particular. Sin embargo, con especial frecuencia los repartos incentivos tienen inmediatamente fundamentos de justicia **particular** y de manera mediata apoyos de justicia **general**. Aunque sociológicamente el reparto dominante es el incentivo, dikelógicamente ha de ser el reparto incentivado.

Mediante su enlace de los repartos, los incentivos complementan con un **valor fabricado** el valor del reparto incentivado. Dicho en otros términos: se procura agregar **virtud intelectual** para reforzar las posibilidades de realización del reparto incentivado y no dejarlas libradas a la virtud moral. La incentivación puede referirse al descubrimiento y la efectivización de los valores del reparto incentivado, pero con especial frecuencia se dirige a su **asunción**. Cuando el funcionamiento de la justicia se desvía en el sentido de invocar el valor de los incentivos indebidos se produce la "perversión" de dicho valor, y cuando se niega el valor de incentivos debidos se llega al "desgarramiento" de la justicia.

La incentivación agrega una potencia a la potencia que deberían recibir los protagonistas incentivados, fraccionando así las consecuencias y **asegurando** el reparto incentivado.

Los incentivos actúan desde la justicia de los objetos de los repartos para obtener de los "repartidores" (3) debidos los repartos incentivados. Los incentivos pueden ser repartidores (dignos de ser repartidos) o no repartidores: en relación con las actividades incentivadas pueden promover la **participación** en el mundo del valor, que es vía para la creación y para afianzar la personalidad, o la **alienación**, que significa rutina y frustra la personalidad. Ha de tenerse en cuenta que el "sacrificio" de lo adjudicado como incentivo debe estar fundamentado por el valor de lo que se obtiene. La incentivación ha de tener en definitiva efectos de **desarrollo** del mundo del valor; lo que ha de incentivarse es la vida plena, la vida valiosa.

Los incentivos deben apoyarse en el **humanismo intervencionista**, evitando en cambio los riesgos del totalitarismo y del individualismo, en que los individuos somos convertidos en medios y no en fines. Sus fundamentos pueden remitirse principalmente a la unicidad de los protagonistas de los repartos incentivados y a la comunidad de todos los hombres, en tanto que tienen a veces carencias en cuanto al respeto a la igualdad. Cuando el incentivo no está funda-

tagonistas del reparto incentivado reciben lo que en principio no les hubiera correspondido. Hay, sobre todo, un juego de justicia **absoluta derivada**, pero la incentivación puede resultar fundamentada de manera asimismo relativa, porque puede evitar la sanción y, en definitiva, si no es justa puede ser por lo menos "justificada".

Los incentivos suelen agregar a los repartos incentivados fundamentos entrecruzados, de modo que los repartos incentivados fundados en razones de justicia particular o general reciben respectivamente incentivos apoyados en justicia general o particular. Sin embargo, con especial frecuencia los repartos incentivos tienen inmediatamente fundamentos de justicia **particular** y de manera mediata apoyos de justicia **general**. Aunque sociológicamente el reparto dominante es el incentivo, dikelógicamente ha de ser el reparto incentivado.

Mediante su enlace de los repartos, los incentivos complementan con un **valor fabricado** el valor del reparto incentivado. Dicho en otros términos: se procura agregar **virtud intelectual** para reforzar las posibilidades de realización del reparto incentivado y no dejarlas libradas a la virtud moral. La incentivación puede referirse al descubrimiento y la efectivización de los valores del reparto incentivado, pero con especial frecuencia se dirige a su **asunción**. Cuando el funcionamiento de la justicia se desvía en el sentido de invocar el valor de los incentivos indebidos se produce la "perversión" de dicho valor, y cuando se niega el valor de incentivos debidos se llega al "desgarramiento" de la justicia.

La incentivación agrega una potencia a la potencia que deberían recibir los protagonistas incentivados, fraccionando así las consecuencias y **asegurando** el reparto incentivado.

Los incentivos actúan desde la justicia de los objetos de los repartos para obtener de los "repartidores" (3) debidos los repartos incentivados. Los incentivos pueden ser repartidores (dignos de ser repartidos) o no repartidores: en relación con las actividades incentivadas pueden promover la **participación** en el mundo del valor, que es vía para la creación y para afianzar la personalidad, o la **alienación**, que significa rutina y frustra la personalidad. Ha de tenerse en cuenta que el "**sacrificio**" de lo adjudicado como incentivo debe estar fundamentado por el valor de lo que se obtiene. La incentivación ha de tener en definitiva efectos de **desarrollo** del mundo del valor; lo que ha de incentivarse es la vida plena, la vida valiosa.

Los incentivos deben apoyarse en el **humanismo intervencionista**, evitando en cambio los riesgos del totalitarismo y del individualismo, en que los individuos somos convertidos en medios y no en fines. Sus fundamentos pueden remitirse principalmente a la unicidad de los protagonistas de los repartos incentivados y a la comunidad de todos los hombres, en tanto que tienen a veces carencias en cuanto al respeto a la igualdad. Cuando el incentivo no está funda-

mentado, su quebrantamiento de la igualdad lo hace favoritismo.

En profundidad los incentivos suelen ser medios de regímenes **liberales** que pretenden, sin embargo, realizar cierta **planificación** y, en cambio, cuando hay climas de autoridad o de libertad total su empleo es menos comprensible. En última instancia, sin embargo, resultan fundamentados si contribuyen también a la "res publica" e incluso a la democracia integral.

La intervención del régimen con miras a la incentivación pone en peligro la protección contra él, exigida por el régimen de justicia, pero en definitiva ese peligro es compensado por el amparo que se puede lograr evitando la sanción. Además ha de contribuir, sobre todo, a la protección del individuo contra sí mismo y frente a todo lo demás, también exigida por el régimen de justicia.

2. Parte Especial

4) Los incentivos pueden concebirse en todas las ramas jurídicas, pero encuentran especial ámbito en las que se vinculan más con la realización de la utilidad: el **Derecho Administrativo** y las diversas áreas del "**Derecho Económico**", v. gr. Derecho Comercial, Derecho Laboral, Derecho Agrario, etc. Puede decirse, en cambio, que constituyen una "contrafigura" del Derecho Penal tradicional. Su relativa afinidad inmediata con la justicia particular los aproxima al Derecho Privado: cuando se los utiliza en el Derecho Público constituyen con frecuencia "hipotecas" jusprivatistas "directas" en el espíritu del sector. Sin embargo en profundidad, con alcance mediato, suelen referirse al Derecho Público.

II. Horizonte de política general

5) La realización de la utilidad ubica a los incentivos en el marco de especial interés de la **política económica**. Todo empleo que se haga de ellos ha de inspirarse de manera decisiva en la integración de la justicia con la apreciación de la relación de los medios empleados y los fines, que ha de realizarse desde dicha perspectiva económica. En cuanto a las ramas políticas de alcance "general", los incentivos se vinculan más con la **política educacional**, que se relaciona con el desarrollo del educando, pero también, aunque menos, con la política de seguridad, que fracciona las consecuencias para obtener el reparto incentivado.

III. Horizonte de cultura general

6) El empleo de incentivos, que ha de depender en definitiva de la integración de la justicia con la utilidad, es en general más propio de los períodos de **civilización** y menos de los tiempos de cultura. Sin embargo, suele ser característico de las civilizaciones que tienen ciertos rasgos de vitalidad "cultural". La cultura pura no los necesita y la civilización pura los cree innecesarios. En la decadencia el recurso a ellos se desorienta.

IV. Horizonte de filosofía general

7) En general los incentivos tienen poca aceptación en las morales de tipo estoico, en tanto pueden hallar mayor acogida en el marco del epicureísmo. La exigencia del carácter incondicionado del imperativo kantiano los hace inaceptables, pero las morales utilitarias les abren cauce (4).

Los incentivos constituyen una de las líneas del diálogo entre utilidad y justicia que con tanta significación se desarrolla en nuestro tiempo.



(*) *Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y profesor de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Con motivo de la Octava Jornada de Ciencia General del Derecho - Valparaíso, 1986.*

- (1) V. COROMINAS, Joan, "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico" (con la colab. de José A. Pascual), Madrid, Gredos, 1980, t.1, págs. 32/33 ("Acento")
- (2) Puede v. HECQUARD-THERON, Maryvonne, "Essai sur la notion de réglementation", Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, págs. 225 y ss.; BIANCHI LOBATO, F.G., "Incentivación", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XV, págs. 347 y ss.; FERREYRA, Edgar A., "Promesa pública de recompensa", en id., t. XXIII, págs. 442 y ss.; también puede c. por ej. ASCARELLI, Tullio, "Teoria della concorrenza e dei beni immateriali", 2a. ed., Giuffrè, 1957, págs. 197 y ss. También v. BOBBIO, Norberto, "Contribución a la Teoría del Derecho", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Torres, 1980, págs. 367 y ss.
Acerca de la noción de reparto y en general de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se inspira principalmente esta comunicación, puede c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As. Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- (3) En sentido muy general de protagonistas (a través de los repartidores se incluye a los recipientes).
- (4) Cabe recordar que en el pensamiento de Kant los incentivos pueden entrar en el terreno de la "legalidad", pero no en el de la moralidad.

IDEAS SOBRE EL DERECHO, SU LUGAR Y JERARQUIA EN EL UNIVERSO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

La pregunta básica de introducción al Derecho interroga acerca de qué es el Derecho (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III, 1984, págs. 104 y ss.). Si bien su tarea específica es buscar la respuesta refiriéndose al Derecho en sí mismo, el "cuestionamiento" respectivo se enriquece al mostrar un panorama de la plenitud de la pregunta, que abarca también la ubicación del Derecho en el universo en su conjunto y las múltiples manifestaciones de la vida jurídica. Sobre todo por tratarse de un planteo de carácter filosófico, cada parte de la pregunta se aclara por las restantes; esto, sin perjuicio de que el orden de las respuestas es, en definitiva, el que parte de la consideración, libre de prejuicios del objeto en sí, desenvuelta al hilo de la pretensión de superar los supuestos. Es legítimo que, con miras al planteo integral de la pregunta, Introducción al Derecho se formule interrogantes cuyas respuestas corresponden no sólo a la "**Filosofía Jurídica Menor**" (Introducción al Derecho o Jurística) sino a la "**Filosofía Jurídica Mayor**" (Filosofía del Derecho) y a las disciplinas que estudian las diversas variaciones **temporales, espaciales y materiales** del mundo jurídico (Historia del Derecho, Geografía del Derecho y Derecho Comparado, Teoría General del Derecho —entendida como sistema jurídico del Derecho Constitucional, el Derecho Civil, etc.—).

Al hilo de esa "universal" pregunta sobre lo jurídico, que Introducción al Derecho debe responder previamente y sin prejuicios, en el marco de lo que se considera jurídico, hemos de ocuparnos, en estas clases, de las líneas de pensamiento crítico y de pensamiento jerarquizador del Derecho. Las respuestas que ahora surgirán, en cuanto exceden el marco de lo específicamente jurídico, son legítimas —porque no hay verdadera pregunta sin la posibilidad de respuesta—, pero tendrán un carácter más provisorio que las propias de nuestra disciplina, pues urge evitar que la idea sobre el todo constituya un prejuicio que no deje ver la parte. Sólo a través del análisis —y del consiguiente reconocimiento de la tarea específica de Introducción al Derecho en su respuesta básica— se puede superar el saber global que aliena y aprisiona y arribar a la verdadera síntesis. Introducción al Derecho no es, a nuestro parecer, un mero curso provisorio acerca de la totalidad del Derecho. Puede ser, sí, una apertura con pretensión de totalidad (o sea filosófica) acerca del universo problemático del Derecho.

La ubicación y la jerarquía del Derecho en el universo es tema muy vinculado

(**) *Investigador del CONICET*

a la concepción del mundo de quien lo piensa, que desde la más remota antigüedad ha suscitado profundas discusiones. A título de ejemplificación cabe señalar que en la **Edad Antigua** los sofistas Trasímaco (c. 450 a J.C.) y Kalliklés pertenecen a la corriente fuertemente crítica acerca del Derecho: Trasímaco sobre todo con las ideas que sólo hay gobernantes que explotan y gobernados que son explotados y que lo tenido como justo es el interés del más fuerte, y Kalliklés con la afirmación que las leyes hechas por los hombres son obras de la astucia de los débiles resentidos destinadas a impedir el dominio de los fuertes. Para Trasímaco y Kalliklés las leyes que los hombres hacemos valer en la convivencia son puras convenciones arbitrarias; según naturaleza sería justo que el fuerte dominara el más débil y siguiera en cualquier circunstancia, sin freno, sus propias inclinaciones. En cambio, en las ideas de Platón (428/427-347 A J.C.) y Aristóteles hay una (matizada) jerarquización del Derecho, que tuvo, sin embargo, su más alta expresión en la cultura romana. Platón es un claro ejemplo de admiración por la justicia y progresiva jerarquización de las leyes humanas (v. "La República" y "Las Leyes"). Aristóteles comparó la justicia con las estrellas, pero fue en Roma donde el equilibrio que los griegos obtenían de una filosofía y una cultura relativamente compartida encontró su compensación en el alto papel protagónico atribuido al Derecho. En la culminación de la historia jurídica romana, el Digesto (siglo VI) cita la opinión de Ulpiano (170-228), quien —siguiendo la opinión de Celso— afirmaba que el Derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo (Digesto, Parte I, Libro I, T. I., 1) y lo vinculó estrechamente con la verdadera filosofía.

En la **Edad Media** el papel atribuido al Derecho, cambia, por ejemplo, en el pasaje de las ideas de San Agustín (cronológicamente antiguo –354-430–, pero culturalmente medieval) donde la importancia de lo jurídico es menor, al hilo de la búsqueda de "La Ciudad de Dios", al pensamiento de Santo Tomás de Aquino (1225-1274), en que el Derecho que hacemos los hombres (ley humana) resulta altamente jerarquizado a través de la necesidad de realización de la ley natural.

En la **Edad Moderna** el pensamiento crítico acerca del Derecho tuvo, entre sus principales exponentes, a Miguel de Montaigne (1533-1592), quien —heredero renacentista del escepticismo antiguo— se preguntó cuál es la bondad de las leyes que cambian de ayer a mañana y con el cruzar un río, y a Blas Pascal (1623-1662) quien, siguiendo —con otros propósitos— las ideas de Montaigne, afirmó que no hay nada de justo o injusto que no cambie de calidad cambiando el clima, que un meridiano decide la verdad... Sin embargo, en general La Edad Moderna también presenció un proceso de jerarquización del Derecho, y no es sin motivo que, por ejemplo, en el pasaje a la **Edad Contemporánea** la Revolución Francesa proclamó la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789).

En la Edad Contemporánea hubo en general un incremento de las posiciones críticas acerca del Derecho y de las ideas que lo someten a otras áreas del universo. Una línea de pensamiento que está ya presente en Saint-Simon (1760-1825) y culmina en Carlos Marx (1818-1883) señala un condicionamiento del Derecho por la Economía, que en la doctrina de Marx llega a constituirse en determinación, en última instancia, del Derecho por las relaciones económicas de producción. Por otra parte, en 1847 Julius Hermann von Kirchmann pronunció una muy célebre conferencia acerca del tema "La jurisprudencia no es ciencia", señalando que la llamada "ciencia" jurídica se aleja de la conciencia popular; que tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura y que la "ciencia" jurídica sobrepone las ideas al ser y llega siempre tarde para encarar los problemas. Para Kirchmann el Derecho depende, en definitiva, de un sentimiento que aleja de las posibilidades científicas. En última instancia concibe una mayor integración de lo jurídico y lo político.

En la segunda mitad del siglo XIX se desarrolló la impugnación a los valores, incluso los valores de justicia y amor, que contiene el pensamiento de Federico Nietzsche (1844-1900). Al hilo de una ferviente defensa de las realidades biológicas Nietzsche intenta sustituir los valores morales por los valores naturales jerarquizando, en definitiva, la voluntad de poder. A su vez, Sigmund Freud (1856-1939) desarrolló una doctrina, centrada en el psicoanálisis, en la que el Derecho resulta comprensible al hilo de las presiones sociales encaminadas a amoldar al individuo a ciertos patrones, haciéndole reprimir sus propios impulsos, que son "desalojados" de la conciencia y censurados. En el conjunto de factores constituyentes de la personalidad (el "Ello", el "Yo" y el "Super-Yo") el Derecho resulta especialmente vinculable con el Super-Yo, que aspira a controlar el Yo. A la luz de la teoría del psicoanálisis suele destacarse que el carácter de discurso sobre el poder que tiene el discurso jurídico obliga a ciertos silencios y algunas afirmaciones, que hacen de cierto modo cuestionable su carácter científico.

Apoyándose en ideas de Marx, Nietzsche y Freud se ha desarrollado, a partir de las últimas décadas de la primera mitad del siglo XX, un movimiento crítico, dentro del cual se hallan la teoría crítica en sentido estricto, de Max Horkheimer, Theodor Adorno y Herbert Marcuse (cada uno con elaboraciones diferentes) y las ideas de otros pensadores, como por ejemplo Michel Foucault. La teoría crítica impugna a las teorías tradicionales en general, cuestionando su vocación a la abstracción, e insiste, como realidad básica, en que el sujeto es un individuo real relacionado con otros individuos, miembro de una clase y en conflicto con otras. Sus cultores se interesan en aclarar la "producción" del discurso jurídico. Lo que a la teoría crítica le importa, en último término, es la no aceptación de un *statu quo* social, renunciando sin embargo de modo decisivo a la propuesta

de modos para superarlo. El pensamiento central de la teoría crítica es que se puede nombrar lo negativo, pero se tiene que renunciar a pintar positivamente lo bueno. Para sus cultores 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. Por su parte, Michel Foucault, desde una perspectiva estructuralista, cuestionó la existencia misma del sujeto, refiriéndose a la muerte de la idea de hombre. El Derecho todo y el saber son explicados como fenómenos de poder surgidos de las condiciones políticas y económicas.

Pese a que la perspectiva económica del capitalismo significó, desde la línea del pensamiento sansimoniano, una variada crítica a la jerarquía del Derecho (que luego se ha continuado por ejemplo en el marxismo) la vertiente jurídica del pensamiento burgués tuvo en muy alta estima al Derecho, concretándose por su impulso la codificación que caracterizó en gran medida al siglo XIX (en 1804 se dictó el Código Civil francés, llamado Código Napoleón) y la defensa de esa codificación al hilo de la escuela de la exégesis, celosa defensora de la ley. Además cabe recordar que el siglo XX ha presenciado, v. gr., la más radical defensa de la autonomía de lo jurídico a través de la teoría pura del Derecho sostenida por Hans Kelsen (1881-1973) y su escuela.

Con miras a un panorama general, cabe señalar que las visiones filosóficas más "monistas", sobre todo cuando son materialistas (sea en sentido biológico, psicológico o económico) suelen tender a un determinismo que desjerarquiza al Derecho; en tanto que las ideas más "dualistas", en cuanto —sin caer en el radicalismo maniqueo que "destroza" lo jurídico—, distinguen la "conducción" a través del Derecho, se orientan a reconocerle más jerarquía.

El trialismo, con cuyas enseñanzas hemos de desarrollar la "Filosofía Jurídica Menor", es consciente de las partes de verdad que poseen también los partícipes de la línea de pensamiento crítico acerca del Derecho (que hemos visto es por lo menos largamente más que dos veces milenaria), pero cree que si bien el Derecho no es independiente posee una alta jerarquía humanizante. El trialismo considera que el progreso científico jurídico es posible y pueden hacerse aportes concretos a la mejor comprensión de lo jurídico, como el de la integración de las tres dimensiones del Derecho a través de un instrumental conceptual iónneo, que se estudia durante el curso de Introducción al Derecho, y entiende que ese instrumental puede transformar, haciendo más comprensibles, justas y humanas, las diferentes ramas del mundo jurídico. Se reconoce a sí mismo como una Filosofía Jurídica Menor (a semejanza de la de Kelsen, y superadora de ésta, porque enriquece los planteos normológicos con su integración sociológica y dikelógica) y advierte —de acuerdo con lo indicado precedentemente— que si bien en el curso de Introducción al Derecho caben algunas consideraciones de Filosofía Jurídica Mayor no resulta legítimo iniciar la carrera de De-

recho preguntando globalmente por la dependencia o autonomía del mundo jurídico sin preguntarse antes qué es el mundo jurídico. Sin un cuestionamiento respecto de la realidad misma del Derecho (si es sólo norma o no, si es sólo poder o no) advirtiéndolo en la experiencia, resulta apresurado hacerse las otras preguntas. No es por azar que las posiciones críticas quedan prisioneras de la comprensión del Derecho que sostienen los más altos cultores de la comprensión jurídica que (con parte de verdad) consideran ideologizante, como la de Kelsen. Quizás con el deseo de sustituir una desviación ideológica por otra, renuncian a perfeccionar la captación del Derecho en sí, que no queda acabadamente reflejada en las ideas kelsenianas, porque es ésta la manera burguesa (y en general dominante) más endeble.

Para el trialismo se debe partir, en suma, del reconocimiento del dato de la vida cotidiana que el Derecho no es sólo norma, sino también realidad social y justicia; esto no significa en modo alguno desconocer que el poder es un fenómeno altamente significativo, aunque no característico de lo jurídico (es sólo uno de los "polos" sociales posibles, el otro es la cooperación inherente a la autonomía), ni tampoco desconocer que la economía, la ciencia, la religión, etc., son fenómenos que –en diferentes grados– influyen en el Derecho y condicionan sus posibilidades o que la vida psíquica es una perspectiva esclarecedora para explicar el Derecho (***) .

BIBLIOGRAFIA BASICA PARA AMPLIAR LA CONSIDERACION DE ESTOS TEMAS:

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986 (acerca de la crítica de Kirchmann), págs. 16 y ss.; "Bases para una comprensión trialista del pensamiento de Carlos Marx", en "Persona y Derecho", vol. 14, págs. 159 y ss.

FASSO, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1978-1981;

FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a. ed. en Alianza Diccionarios, Barcelona, 1984;

FOUCAULT, Miguel, "La verdad y las formas jurídicas", trad. Enrique Lynch, 2a. reimpr., México, Gedisa, 1984;

GEYER, Carl Friedrich, "Teoría Crítica", trad. Carlos de Santiago, Barcelona, Alfa, 1985;

HORKHEIMER, Max, "Teoría crítica" (rec.), trad. Edgardo Albizy y Carlos Luis., Bs. As., Amorrortu, 1974;

KIRCHMANN, Julius H. von "La jurisprudencia no es ciencia" (trad. Antonio Truyol, Serra, 3a. ed.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

VENTURA, Pierfranco, "Freud e la giuridicità della coesistenza", vol. I, Milano, Giuffrè, 1979.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", Madrid, Revista de Occidente-Alianza, vs. eds.

(*) Notas de dos clases de Introducción al Derecho.

(***) Se recomienda dialogar en clase, especialmente acerca de las distintas líneas de crítica y afirmación de la jerarquía de lo jurídico.

NOTAS PARA UN ESTUDIO SISTEMATICO DE LA ANTIJURIDICIDAD (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

1. El estudio de los diferentes sentidos de la antijuridicidad en su significado amplio puede resultar más profundo, si se parte de tener en cuenta la negación total de la existencia del Derecho como una realidad relativamente autónoma, y abarca también las negaciones parciales que constituyen los "infra-dimensionalismos". Para considerar lo antijurídico como contrario a lo jurídico, conviene saber si lo jurídico existe con caracteres propios y, en su caso, qué alcances tiene. Lo antijurídico es significativo en la medida que lo sea lo jurídico.

Si bien la pregunta ¿qué es el Derecho? es siempre legítima, aunque sea llegando luego a responder que es nada, la importancia del Derecho resulta menor cuando la respuesta conduce a disolverlo total o parcialmente en otros fenómenos, sean éstos la vida psíquica, económica, religiosa, etc. Pese a que la identificación autónoma y la disolución de lo jurídico en otras áreas tienen antecedentes varias veces milenarios, a título de ejemplos cabe señalar que el pensamiento moderno y su culminación kantiana marcan uno de los momentos en que se atribuyó al Derecho mayor identidad autónoma, en tanto la Edad Contemporánea ha presenciado diversas explicaciones tendientes a "disolverlo" en otros fenómenos, entre las que figuran la línea del pensamiento sansimoniano y sobre todo el marxismo, como muestras de dependencia respecto de la economía, y la crítica de Nietzsche cuando, al hilo de la discusión del valor de los valores, presentó a la justicia como carente de sentido y a la legalidad como contraria a la voluntad de vivir (1).

En otra oportunidad nos hemos referido al marxismo (2), y creemos que la deslumbrante crítica de Nietzsche -hoy aprovechada por otros críticos mucho menos trascendentales- toma una parte de la naturaleza humana y, convirtiéndola en el todo, la vuelve contra el resto. Se trata, de modo análogo al marxismo, de uno de los "fuegos de artificio" que pueden construirse con los múltiples aspectos de la naturaleza del hombre, que con frecuencia la aclaran en parte, pero muchas veces a costa de ocultarla en otras áreas significativas. A nuestro parecer, el hombre existe al hilo del poder y de la utilidad --que tanto destacan Nietzsche y Marx--, pero también de la justicia. Sostenemos que es por las posi-

(*) *Ideas básicas del estudio sobre el tema que desarrolla el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.*

(**) *Investigador del CONICET*

bilidades de realización de la justicia que se identifica en definitiva, con autonomía, el fenómeno jurídico.

2. Para quienes reconocemos la existencia del fenómeno jurídico con una identidad autónoma, su delimitación obliga a reconocer que hay sectores del universo "ajurídicos" (3). Los marcos de lo jurídico y lo "no jurídico" dependen, obviamente, de los alcances atribuidos al Derecho. Son diferentes, por ejemplo, los límites entre lo jurídico y lo no jurídico para el tridimensionalismo y los infradimensionalismos: la realidad social y la justicia son "jurídicas" para el primero, pero no para la teoría pura del Derecho.

Como hemos dicho, desde nuestra perspectiva trialista reconocemos que el Derecho es identifiable en última instancia por las posibilidades de realización de la justicia. El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, y en plenitud la justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras ("pantomomía" de la justicia), de modo que llevado a sus últimas consecuencias el mundo jurídico sería una perspectiva del universo en su totalidad y todo sería de cierto modo jurídico. Sin embargo, la significación jurídica de algunos sectores del universo es tan escasa que puede fraccionarse, constituyéndose así el área de lo "no jurídico". Al hilo de lo que resulta no jurídico puede hacerse una "contralectura" del Derecho, que resulta esclarecedora para comprender sus verdaderos alcances.

3. Dentro de lo jurídico entendido en sentido amplio, reconocible, como hemos dicho, al hilo de las posibilidades de realización de la justicia, cabe diferenciar lo jurídico en sentido estricto y lo "antijurídico", respectivamente como lo que satisface o contraría a la justicia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en profundidad todo lo jurídico o lo antijurídico es, como tal, resultado de fraccionamientos de la justicia, ya que llevadas a sus últimos alcances las influencias de justicia del pasado, el presente y el porvenir también están presentes, de ciertos modos, ilegitimando lo jurídico y legitimando lo antijurídico.

También al hilo de lo que resulta antijurídico puede efectuarse una "contralectura" de lo jurídico, que ilumina los alcances cabales de lo que está de acuerdo con el Derecho.

4. La justicia requiere el auxilio de otros valores, que son relativos respecto de ella (poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad, orden, etc.). y todos los valores jurídicos son títulos de legitimidad, en tanto que lo "desvalioso" significa ilegitimidad. Aunque la legitimidad se constituye, en definitiva, en relación con la justicia, ella se integra, además, con otras legitimidades menores, sur-

gidas de los valores relativos, poder, cooperación, previsibilidad, etc. Hay, en consecuencia ilegitimidad por contrariarse las exigencias del poder, la cooperación, la previsibilidad, etc., pero la ilegitimidad última se refiere a la justicia (4).

La juridicidad y la antijuridicidad en los sentidos referidos se relacionan con el ser (tridimensional) del Derecho, en tanto que la legitimidad y la ilegitimidad se refieren al deber ser de sus valores.

5. Al hilo de la realización del Derecho se constituyen otros diversos conceptos de lo que lo favorece o lo perjudica (constitucionalidad, legalidad, licitud, antijuridicidad positiva, rechazo del fraude, reserva del orden público, etc., con sus respectivos opuestos) y todos ellos forman el panorama de las concreciones de lo jurídico y lo antijurídico. Lo genéricamente jurídico o antijurídico se muestra, así, como un complejo conceptualizado de diversas maneras, que debe integrarse evidenciando el sistema jurídico. Para integrar el estudio del sistema jurídico urge integrar el estudio del sistema de lo antijurídico.

6. A semejanza de la justicia, la realidad social del Derecho se refiere a una plenitud teleológica del pasado, el presente y el porvenir (o sea que también ella es "pantónoma"), de manera que todo lo que se reputa jurídico, no jurídico o antijurídico lo es en el sentido de apoyarse en fraccionamiento de las totalidades teleológica y dikelógica del Derecho, que pueden resultar infundados. Nunca existe lo absolutamente no jurídico, antijurídico, inconstitucional, ilegal, ilícito, antijurídico en sentido positivizado, etc., sino como resultado de fraccionamientos de sus contrarios.

Algunos de estos conceptos, referidos a construcciones humanas (constitucional, legal, ilícito, antijurídico de referencia positiva, etc.) tienen, sin embargo, más posibilidades de deslinde nítido que la justicia y los conceptos más referidos a ella (lo jurídico, lo legítimo, etc.), y en esto estriban en parte su función al servicio del poder y su frecuente carácter ideológico en favor de quienes los elaboran.

7. Al hilo de los distintos tipos de antijuridicidad en sentido amplio pueden comprenderse mejor el contenido de las diferentes ramas del Derecho que los utilizan y el conjunto que ellas integran, constitutivo del referido "sistema jurídico". La antijuridicidad muestra el perfil negativo que, en sentido "dialektico", corresponde al perfil positivo de cada rama del Derecho y del sistema. En el Derecho Constitucional, la remisión a la ilegitimidad, mayor que en otras ramas, muestra la ubicación de este sector en la cúspide del ordenamiento, pues a su nivel hay pocos elementos normativos de referencia y hay que dirigirse más a los valores. En cambio, el mayor apoyo del Derecho Penal liberal en la

ilegalidad y la antijuridicidad positiva evidencia que en él hay más cobertura normológica y una gran tensión para proteger a los gobernados en relación con los autores del ordenamiento, y contra la pena por la pena misma.

En **Derecho Civil de Familia** ha existido una mayor referencia a la ilegitimidad, hoy reducida en cambio a términos de ilegalidad, porque se ha incrementado la importancia del orden formal sobre la referencia a los valores y, en Derecho Civil de las **Obligaciones**, la relación con la ilicitud muestra un sentido menos formal y profundo que la referencia penal a la ilegalidad. En lo ilícito –obviamente diferente de lo ilegítimo– hay una amplia referencia a la libertad humana, a la que se encuadra sólo dentro de la ley, pero entendida en sentido amplio.

En **Derecho Internacional Privado**, la mayor significación del fraude a la ley y el orden público es reflejo de la presencia de diferentes Derechos que podrían ser aplicables, entre los cuales puede haber maniobras desviacionistas o rechazos profundos. No es por azar que el fraude a la ley y el orden público se descubrieron cuando se habían concebido, en lo “positivo”, la comunidad jurídica jusprivatista internacional y, en especial, la obligación de aplicar al Derecho extranjero.

A reconocer **interdisciplinariamente** el sistema de lo no jurídico está en gran medida destinado este estudio.

- (1) V. NIETZSCHE, F., ‘La Genealogía de la Moral’ trad. Pedro González-Blanco, Valencia, Sempere, págs. 89/90. Decía Nietzsche: “Hablar de justicias y de injusticias *en sí mismas*, carece de sentido; porque una infracción, una violación, un despojo, no pueden ser injustos *en sí* procediendo la vida esencialmente por infracción, violación y despojo. Y todavía hay que confesar algo más grave, y es: que desde el punto de vista biológico, las condiciones de vista legales son restricciones de la voluntad de vivir, propiamente dicha, la cual tiende a la dominación, y están subordinadas a esta tendencia general como medios de dominación más extensa. Imagínese una organización jurídica, soberana y general, no como arma para la lucha, sino como arma *contra* toda lucha,... y tendríamos así un medio de disolución y de destrucción de la humanidad, un atentado contra el porvenir del hombre, un síntoma de cansancio, un rodeo hacia la nada” (lugar citado).
- (2) Puede v. CIURO CALDANI Miguel Angel, “Bases para una comprensión trialista del pensamiento de Carlos Marx”, en “Persona y Derecho”, Nº 14, págs. 159 y ss.
- (3) Es posible c. ENGISCH, Karl, “El ámbito de lo no jurídico”, trad. Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, U.N. Cba., 1960.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones trialistas sobre la legitimidad”, en AREVALO, y otros, “La justicia en la Filosofía Jurídica y Social Argentina”, Rosario, F.I.I., 1983, págs. 55 y ss.

**PIRANDELLO, "SEIS PERSONAJES EN BUSCA DE UN AUTOR",
Y LA FILOSOFIA DEL DERECHO**

Miguel Angel CIURO CALDANI ()*

Luigi Pirandello fue, además de un literato, un filósofo, principalmente un filósofo del teatro pero también, por las proyecciones de su pensamiento, de cierto modo un filósofo del Derecho. La vocación filosófica de Pirandello está presente en obras de "teatro en el teatro", entre las que se encuentra "Seis personajes en busca de un autor" (1), pero es también evidente en todas las otras obras, donde se muestra una profunda comprensión crítica de nuestra existencia (2). Pirandello afirmó que "el misterio de la creación artística es el misterio mismo del nacimiento de la vida" (3), y por eso cuando filosofaba sobre la creación artística filosofaba, en definitiva, sobre la vida y el Derecho. El mismo se consideraba un escritor "de naturaleza esencialmente filosófica" (4).

Aunque es evidente la significativa unidad de la obra pirandeliana, deseamos referirnos en estas líneas de homenaje, con motivo del quincuagésimo aniversario de su fallecimiento, a una de sus producciones más célebres, la mencionada "Seis personajes en busca de un autor", donde el maestro siciliano muestra de manera notoria la profundidad filosófica de su pensamiento vinculado con el Derecho, alcanzando a la vez una de las cumbres más célebres de su producción dramática (5).

Entre las expresiones en general más significativas de la proyección jusfilosófica de "Seis personajes en busca de un autor" está el párrafo donde Pirandello señala "el engaño de la comprensión recíproca fundado irremediablemente sobre la vacía abstracción de las palabras; la múltiple personalidad de cada uno según todas las posibilidades de ser que se hallan en cada uno de nosotros; y en fin, el trágico conflicto inmanente entre la vida que continuamente cambia y se mueve y la forma que la fija, inmutable" (6). Se plantean, de ese modo, un desafío a las posibilidades mismas de comprensión, sobre las que se apoyan el Derecho y la justicia, y las dificultades de las captaciones formales normativas que fijan la vida que continuamente cambia (7). Se advierte así, como lo señaló nítidamente el propio Pirandello, que, para él, movimiento y forma eran los dos polos de la vida (8), entre los que también (en una especie de "bidimensionalismo" socio-normológico) se desenvolvería el Derecho; marginándose, en cambio, la dimensión dikelógica del mundo jurídico, quizás por el relativismo que lo atormentaba. Es sin embargo admirable cómo, en las pocas palabras transcriptas, el maestro siciliano pudo calar, con tanta profundidad filosófica, en las limitaciones, necesarias pero limitaciones al fin, del fenómeno jurídico.

(*) *Investigador del CONICET.*

Al cuestionar la posibilidad de relaciones reales de las diversas perspectivas de las personas y de las personas entre sí, que requieren "denominadores comunes" entre ellas, Pirandello cuestiona los supuestos sociológicos de todo fenómeno jurídico (9). La noción tradicional del Derecho se ha basado sobre las ideas de unidad y comprensibilidad de las personas, que el escritor siciliano, adelantándose a planteos jusfilosóficos posteriores, pone en tela de juicio. Pirandello hace decir al personaje padre: "el drama,... reside... en la convicción que tengo, de que cada uno de nosotros se cree "uno", pero que no es cierto: es "tantos" señor, "tantos" según las posibilidades de ser que existen en nosotros: "uno" con éste, "uno" con aquél, diferentes entre sí" (10).

Reconociendo con claridad las limitaciones del formalismo, en que también suelen ocurrir los planteos jurídicos, expresa Pirandello que "un hecho es como una bolsa vacía", "para que se mantenga erguida es necesario antes llenarla con la razón y los sentimientos que le han dado forma" (11). Sin embargo, al hilo de su crítica profunda acerca de la posibilidad de llegar al fondo de cada hombre, suele dudar no sólo de las verdades eternas, sino también de la objetividad de los valores, aún en sus más significativas expresiones (12). La inclinación fundamental de Pirandello es más psicológica que axiológica.

El papel que asigna al pensamiento es fundamental, y llega a afirmar —con sonidos de idealismo genético— que "la naturaleza se sirve del instrumento de la fantasía humana para proseguir, de modo elevado su obra creadora" (13). El arte puede valerse, mucho más que el Derecho, de la fantasía (14); pero el Derecho tiene siempre un despliegue de "arte" y necesita también no sólo de la razón —como suele creerse— sino de la fantasía y de la creación. Sin embargo, la obra pirandeliana es, además, un gigantesco esfuerzo por comprender las tensiones entre realidad e ilusión.

La función ideológica que suelen tener las normas, ocultando la realidad mediante palabras que nos engañan, está presente cuando Pirandello reconoce que ante un hecho inexplicable, ante un mal que nos consume, es un paliativo hallar una palabra que nada dice pero calma (15). Los fracasos de la coherencia normativa para explicar el mundo real se muestran cuando señala que "la vida está llena de infinitos absurdos, los cuales, descaradamente, no tienen necesidad de parecer verosímiles, porque son verdaderos" (16).

Pirandello reconoce que el arte, a semejanza de lo que suele ocurrir con las normas, tiende, por ser forma, a vivir para siempre (17). Los personajes, de modo análogo a las normas —que de cierto modo también "producen" personajes— tienden a vivir por su propia cuenta, liberándose de sus autores (18). Por otra parte, "personajes" como los de la obra que nos ocupa, quedan cristalizados en su conflicto, sin posibilidad de redención (19).

Al referirse al personaje y la persona, Pirandello destaca que el perso-

naje tiene vida propia y posee personalidad a veces más nítida que la persona (20), pero esto vale como un desafío para comprender que el hombre, aunque sea por su humanidad, nunca puede ser "ninguno" (21).

Los personajes pirandelianos que buscan un autor son caracterizados por sentimientos fundamentales que identifican en mucho a los seres humanos en general, por sentimientos que el Derecho debe tener en cuenta y encauzar por ser despliegues fundamentales de la personalidad. El remordimiento, la venganza, el desdén, el dolor, etc. (22) son realidades vitales y jurídicas fundamentales, que las normas con frecuencia suelen ocultar. Además, la penetrante comprensión pirandeliana da base para el reconocimiento de dos tipos humanos desde las perspectivas filosófica y jurídica: el de los que no tienen conciencia de sus personajes y el de quienes reflexionan y se preguntan cómo, por qué y en qué medida están vivos y viven el Derecho (23). Al hilo del pensamiento del gran escritor siciliano puede hablarse, en general, de hombres más o menos conscientes, y esta posibilidad de comprensión tiene gran significado para apreciar la "profundidad" de la inserción de un hombre en el mundo jurídico.

Además, las ideas de Pirandello llevan a reconocer las diferencias entre el espíritu, que "se rebela o trata de aprovecharse como puede" y la naturaleza, que "si no está instigada por los estímulos del sentido, llora" (24). Quedan así relativamente reflejadas en la persona las dimensiones del Derecho, ya que la naturaleza está especialmente vinculada a la realidad social, y el espíritu se relaciona más con la dimensión dikelógica del mundo jurídico.

En el anhelo, de honda significación jurídica, de encontrar la verdad en cada uno de nosotros, Pirandello se encamina por un sendero relativamente pesimista para señalar que, si ante los otros estamos revestidos de dignidad, dentro de nosotros sabemos muy bien qué hay, qué pasa de inconfesable en nuestro interior (25). En un anhelo radicalmente humanista de afirmar la autenticidad del hombre, quizás también más allá de la sana autocrítica y el decoro, Pirandello —gran filósofo del decoro— hace que su principal instrumento ideológico, el "personaje" del padre, continúe diciendo: "¡Falta sólo el coraje de decir ciertas cosas!" (26).

En definitiva, los hombres somos en mucho, también en el Derecho, lo que los otros nos hacen ser, comprendiéndose entonces la denuncia pirandeliana de la "perfidia" de adjudicar a otros lo que no quieren ser (27). No cabe duda que la imposición de un carácter que los otros no quieren asumir es una de las impotencias más graves, y a veces más injustas, que pueden adjudicarse en la vida jurídica. Además cabe tener en cuenta, al hilo de las referencias pirandelianas a las dificultades de la representación teatral (28), los obstáculos del problema de ser "representados" por otros (legisladores, jueces, abogados, herederos, etc.), que ocupan —más allá de las teorías políticas de la representación— nuestros pro-

pios lugares en la vida.

El problema frecuentemente abordado en el Derecho, del delincuente por convicción, puede ser complementado a través del pensamiento del maestro siciliano mediante la cuestión de quien considerándose inocente es tenido por culpable (29). La tensión entre lo subjetivo y lo objetivo, que el Derecho suele solucionar con el imperio de lo objetivo, se muestra aquí en una de sus manifestaciones más notorias. La problemática se agudiza cuando la "objetividad" es sólo "exterioridad" de otras subjetividades, porque se rechaza la existencia de valores objetivos.

Al considerar con frecuencia en semejante nivel a la sensatez y la locura (30), Pirandello cuestiona no sólo los valores, sino el Derecho mismo, y su desafío resulta altamente significativo para el desarrollo del saber jusfilosófico. Sin embargo, el Pirandello que deja en "Seis personajes en busca de un autor" su clásico mensaje de estar en suspense en la nada, no fue el único, ni el definitivo. Además de su "salto a la sinceridad" queda su mensaje de otras obras, donde asoman cierta redención y cierta esperanza (31).

Luigi Pirandello fue, al hilo de su creación literaria, un filósofo de la vida y, en consecuencia, más allá de su propósito, un pensador del Derecho.

- (1) También v. del mismo Pirandello "Cada uno a su manera" y "Esta noche se representa improvisando".
- (2) Puede v. GUERRIERI, G., "Seis personajes en busca de un autor", en GONZALEZ PORTO-BOMPIANI, "Diccionario Literario", 2a. ed., Barcelona, Montaner y Simón, 1967-1968, t. IX, págs. 505/506; ROMANO, Eduardo, "Pirandello y el teatro italiano", en AUTORES VARIOS "El teatro del siglo XX", Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1971; págs. 49 y ss. y la bibliografía allí citada; ALIBERTI, Antonio "La relatividad, el genio, la locura", en "Clarín" (Cultura y Nación), 4-12-1986, pág. 8.
- (3) PIRANDELLO, Luigi, "Seis personajes en busca de un autor", trad. Domingo Mosco. Bs. As., Ediciones del 80, 1980, pág. 22.
- (4) id. pág. 23.
- (5) En cuanto al pensamiento de Pirandello acerca de la organización jurídica, v. de él mismo "La nueva colonia" y "Los viejos y los jóvenes". Pirandello murió en 1936.
- (6) PIRANDELLO, "Seis personajes... "cit., pág. 26.
- (7) Sobre la desesperada imposibilidad de comunicarse, cabe tener en cuenta por ej. "Así es (si así os parece)".

- (8) V. "Entrevista de Homero Guglielmini publicada en "El Hogar", 1933, en ROMANO, op. cit. pág. 52
- (9) Sobre las diversas vidas de un mismo hombre, v. por ej. del mismo Pirandello "El difunto Matías Pascal" y "Uno, ninguno y cien mil". Acerca de la problemática del conocimiento social c. "Como tú me deseas"
- (10) PIRANDELLO, "Seis personales." cit., págs. 68/69
En realidad de cierto modo también en el Derecho los hombres somos personajes en busca de un autor
- (11) PIRANDELLO, "Seis personajes." cit., pág. 67.
- (12) Acerca de lo que el hombre es y lo que se cree, puede c.v. gr., de Pirandello, "Enrique IV"
- (13) PIRANDELLO, "Seis personajes." cit., pág. 52.
- (14) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, también "Filosofía, Literatura y Derecho" Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas", 1986, esp. págs. 79 y ss
- (15) PIRANDELLO, "Seis personajes." cit., pág. 59.
- (16) id., pág. 51
- (17) Respecto de los conflictos entre la vida y las normas, c. por ej. "Diana y la Tuda", y en cuanto a la inmovilidad del arte en relación con la mutable realidad vital v. "Cuadernos de Serafino Gubbio, operador".
- (18) PIRANDELLO, "Seis personajes..." cit., pág. 25.
- (19) V. no obstante la vida cambiante en "Las limas de Sicilia". La necesidad de reconciliación está presente en "O de uno o de nadie", pero el perdón resulta cuestionado en "Lázaro".
- (20) PIRANDELLO, "Seis personajes" cit., pág. 102.
- (21) id.
- (22) id., pág. 49
- (23) V. id., pág. 31
- (24) id., pág. 33
- (25) id., pág. 66
- (26) En relación con los temas del decoro y los convencionalismos en Pirandello, v. sus obras "El gorro de cascabeles" y su germen en el cuento "La verità"--, "El hombre, la bestia y la virtud", "El juego de los papeles", "El placer de la honestidad" y "La señora Morli una y dos".
- (27) PIRANDELLO, "Seis personajes." cit., pág. 69.
- (28) id. págs. 77 y ss Acerca de la personalidad del actor, c. "Encontrarse", del mismo Pirandello
- (29) V. PIRANDELLO "Seis personajes" cit. pág. 69

- (30) V. ALIBERTI, op. cit.
- (31) V. por ej. "La vida que te di", "Los gigantes de la montaña" y "La fiesta del señor de la nave".

NOTAS PARA LA FUNDAMENTACION DEL PROGRAMA DE DERECHO CIVIL - CONTRATOS

Noemí Lidia NICOLAU ()*

1. En la educación, y de manera especial en la educación universitaria, (1) existen respecto del aprendizaje dos criterios bien diferenciados:

"Muchos educadores creen que la mejor manera de alcanzar el objetivo de la educación universitaria es imponer a los estudiantes un programa cuidadosamente orientado, de contenido obligatorio en el cual las calificaciones que deben alcanzar y las materias que se deben cursar estén rigurosamente definidas. Piensan que el mejor método para alcanzar este fin es un currículum cuidadosamente planificado que explique los conocimientos y habilidades requeridos. Otros creen que sería más indicado un método totalmente diferente. Consideran que la mejor educación, y en especial la mejor educación universitaria, es la que da libertad al estudiante para aprender los conocimientos, habilidades, actitudes y experiencias relacionados con sus propios objetivos de competencia científica y profesional. Para este segundo grupo, este método concuerda con las leyes del aprendizaje y los principios del crecimiento y la evolución del ser humano" (2).

Ya sea que los educadores adhieran al primer criterio o pertenezcan al grupo de los renovadores que sustentan el segundo, deben necesariamente, para "conducir" o "facilitar" el aprendizaje de los alumnos, formularse los grandes interrogantes de su materia. Estos serán los hilos conductores, los ejes de su diálogo con los estudiantes. En el primer caso quedarán explicitados en un "programa", en el segundo, estarán implícitos en la labor desarrollada por los alumnos al finalizar el curso. Pero, lo que debe destacarse es que en cualquiera de los dos supuestos, el docente debe plantearse con claridad los cuestionamientos fundamentales del saber que compartirá con sus alumnos (3).

2. Si se trata de guiar a los estudiantes en el aprendizaje de la parte del Derecho de las obligaciones relativa a los contratos, debe advertirse que esta asignatura corresponde actualmente al tercer curso de esta rama del Derecho, y que en su relación vertical ha sido precedida de un curso de Parte general, donde se abordó el estudio, entre otros temas, del acto o negocio jurídico y de uno segundo, destinado al estudio de las Obligaciones en general. De tal modo que los interrogantes básicos para el tercer curso, determinados por los ya formulados en los niveles que le precedieron, deben ser los siguientes: ¿Qué es? ¿Cómo es? ¿Qué efectos produce el contrato?

Esas tres preguntas pueden formularse respecto del contrato como figura genérica y también acerca de cada uno de los contratos típicos o atípicos, de tal manera que surgen dos grupos de cuestiones: a) los interrogantes por el género. ¿qué es? ¿cómo es? ¿qué efectos produce el contrato? (que dan origen a

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

la Parte General o Teoría general del contrato), y b) las preguntas por las especies: ¿qué es?, ¿cómo es?, ¿qué efectos produce cada uno de los contratos típicos o atípicos? (que determinan la existencia de una Parte especial).

3. La respuesta a la primer pregunta es múltiple: **¿Qué es el contrato?**

Desde un punto de vista normológico, puede predicarse que es fuente de normas; que es acto o negocio jurídico bilateral patrimonial y también que es fuente de obligaciones. Esta respuesta, sugiere a su vez, varias cuestiones:

Dos problemas de tipo metodológico, cuya solución sólo puede alcanzarse por reforma de las currículas universitarias. Al afirmarse que el contrato es un negocio jurídico, de la especie de los bilaterales patrimoniales, debería admitirse, según nuestro criterio, la tesis que propone responder a todos los interrogantes de este negocio, como género, en el marco de una Teoría General del Negocio Jurídico (4), que debería tener en el plan de estudios una ubicación próxima al Curso Introductorio al Derecho Civil, reservándose el estudio de los contratos en particular para el curso posterior a las Obligaciones en general (5).

Por otro lado, el estudio de los contratos en particular, plantea el problema de la unificación de los contratos civiles y comerciales. Creemos que desde el punto de vista científico como pedagógico, dicha unificación debería prosperar. Ha sido reiteradamente recomendada en reuniones y congresos la unificación del derecho privado patrimonial, por lo que propiciamos, por lo menos la unificación pedagógica de los contratos civiles y comerciales (6).

La caracterización del contrato como negocio patrimonial lo ubica en el ámbito del derecho privado patrimonial, situación que nos lleva a formular un planteo importante para el proceso de enseñanza del Derecho. Quienes se orientan hacia el estudio de esta disciplina, en especial los más jóvenes, poseen generalmente un fuerte sentido humanista con apego a los valores solidaridad, humanidad, justicia, valores que no creen descubrir en el derecho privado patrimonial, lo que determina una mayor preferencia, durante la carrera, por las ramas del derecho en las que la persona se encuentra directamente involucrada, tales como el derecho penal, laboral, de familia. Creemos esencial para lograr una buena formación jurídica que se oriente a los alumnos para encontrar la integración de la persona en sus relaciones morales y económicas, hacerles observar los efectos nocivos que la deshumanización del derecho obligacional produce en la vida de las personas individuales y de la persona total del Estado (7).

Preguntarse acerca de qué es el contrato, implica haber resuelto positivamente la cuestión sobre su existencia. ¿Sobrevive aún esa figura sublimada y avasalladora, exaltada por el racionalismo, o se trata de una institución en crisis? La realidad social demuestra que los pilares del contrato concebidos por el liberalismo (propiedad privada y autonomía de la voluntad) encuentran límites sig-

nificativos en la sociedad del siglo XX. Resulta importante enfrentar al estudiante con esa realidad, para que investigando las nuevas modalidades contractuales, el intervencionismo estatal, la masificación contractual, determine cuál es el lugar que le cabe al instituto en el derecho actual, pronunciándose acerca de la "soberanía" o "crisis" del contrato (8).

A la segunda pregunta ¿Cómo es el contrato?, se responde en primer término con el análisis de los elementos que lo integran, determinando luego el proceso de formación del contrato, su clasificación e interpretación.

Por último, el interrogante acerca de qué efectos produce, conduce también a diversas cuestiones: a tratar el efecto relativo de los contratos, los efectos propios de los contratos con prestaciones recíprocas. Asimismo es posible incluir en este cuestionamiento, los efectos del incumplimiento contractual, es decir los temas relativos a la reparación de los daños derivados del período precontractual o del incumplimiento del contrato. Este planteo comprende también lo relativo a la responsabilidad por evicción y redhibición, pues son dos aspectos de la obligación de responder que pesan sobre el transmitente a título oneroso (9).

4. En la parte especial nos formulamos los mismos interrogantes, respecto de cada contrato típico y de los atípicos más usuales. ¿Implica esta tarea introducirse en una encrucijada casuística imposible de atravesar por los alumnos? Creemos que no, si se les orienta hacia los interrogantes básicos, ¿qué es? ¿cómo es?, ¿qué efectos importantes produce?, pueden los estudiantes comprender el meollo de cada contrato, los problemas esenciales que suscita.

En esta parte, dada la multiplicidad de contratos típicos y la posibilidad sin límites de celebrar contratos atípicos, el dilema gira en torno al modo de priorizar el estudio de los mismos. Parece aconsejable circunscribir la problemática a los interrogantes fundamentales de los contratos típicos más usuales. Entre ellos no corresponde incluir la sociedad civil, a pesar de encontrarse legislada en nuestro derecho positivo, en el Código Civil, (arts. 1648 a 1788 bis), pues, si bien el acto constitutivo es un contrato plurilateral de naturaleza asociativa al cual cabe aplicarle la teoría general del contrato (10), la problemática de la sociedad civil como persona jurídica, posee una notable afinidad con la sociedad comercial y como tal, metodológicamente, resulta conveniente integrarla al estudio de estas últimas en el curso respectivo, donde se desarrolle profundamente la parte general de las sociedades (11).

Deberán incorporarse también los contratos atípicos que revolucionan el derecho de las obligaciones como el fideicomiso, contratos de ahorro previo para fines determinados, leasing inmobiliario, contratos informáticos. Respecto de los contratos informáticos se debe enfatizar su pertenencia al derecho privado patri-

monial civil o comercial, por oposición a la tendencia que pretende incorporar su problemática al denominado "Derecho informático". No existen razones científicas que autoricen esa postura, pues la alegada peculiaridad y complejidad de los mismos no obstan a la aplicación de la teoría general del contrato como en los demás contratos atípicos (12).

5. En concreto, el programa que proponemos, cuyo esquema obra en el anexo I, se encuentra dividido en tres partes:

A) Teoría general del contrato: la unidad 1 responde a la pregunta qué es el contrato. Las unidades 2 a 5 contestan al cómo es el objeto de nuestro estudio y las unidades 6 y 7 responden a la pregunta qué efectos produce.

B) Los contratos en particular: la unidad 8, subdividida en subunidades, trata de los contratos típicos, respondiendo a qué son, cómo son, y qué efectos producen y la unidad 9 refiere a los atípicos con la misma problemática.

C) En una última parte tratamos las figuras de la gestión de negocios y el empleo útil, en forma aislada, por no corresponder científicamente a ninguna de las secciones anteriores.

Acerca de este programa cabe observar que trasunta un fuerte contenido lógico y normológico, como consecuencia de las características propias de la materia la que, por tratarse de una rama del derecho positivo se asienta sobre la estructura de la norma. Todo lo cual podría conducir a pensar que nuestra propuesta visión humanista del derecho de las obligaciones es sólo una vaga aspiración teórica. Sin embargo, creemos posible que a través del enfoque sociológico y la valoración de cada institución puede guiarse al estudiante para que descubra esas dimensiones del derecho contractual.

6. Creemos que el programa debe presentarse analíticamente. Nos inclinamos por este modo de elaboración pues resulta una guía para el alumno, en especial para las evaluaciones finales. Sin embargo, porque estimamos que la educación es personalización y la personalización supone desarrollar la creatividad de los alumnos (13), se admitirán otros enfoques que éstos den a la materia. El programa se adaptará al grupo, así, por ejemplo, si el grupo fuera reducido se ofrecerá el programa como punto de partida, como un mínimo de contenidos que los estudiantes podrán ir priorizando o modificando según sus propios intereses científicos.

En cuanto a las técnicas para el desarrollo de la materia serán variadas, según los temas a desarrollar, prefiriéndose la clase dialogada o el análisis de casos con dirección frontal. Si el número de alumnos no fuera elevado podrían implementarse técnicas dinámicas y personalizadas.

Como entendemos que la universidad es investigación, formación pro-

fesional y docencia para desarrollar especialmente los dos primeros objetivos se propondrán tareas extracurriculares y trabajos prácticos (14). Las primeras serán optativas para los estudiantes y podrán consistir, a opción de los mismos, en la investigación de algún tema seleccionado por ellos que expondrán ante sus compañeros al finalizar el curso, preparación de entrevistas públicas a expertos, etc. Respecto de los trabajos prácticos serán de cumplimiento obligatorio, pero opcionales en cuanto a su contenido. Se les ofrecerá, por ejemplo, poder efectuar análisis de casos, crítica y comparación de contratos aportados por los alumnos, desempeño de roles.

La evaluación permanente se verá facilitada por los trabajos prácticos y por ejercitaciones que sobre las unidades podrán realizarse periódicamente (ver modelo en el anexo II), en forma individual o grupal, según se convenga con los alumnos. En las evaluaciones finales se observará no sólo el nivel de aplicación y síntesis del conocimiento que son los objetivos que el estudiante universitario debe alcanzar en el área cognoscitiva, sino también las habilidades adquiridas en especial para la solución de casos concretos y los juicios valorativos que esté en condiciones de realizar.

ANEXO I : ESKUEMA DEL PROGRAMA DE DERECHO CIVIL -- CONTRATOS

Dada la extensión del programa se ha optado por incluir en estas notas sólo un esquema del mismo.

A -- TEORIA GENERAL DEL CONTRATO

- Unidad 1** Noción y ubicación del contrato. Su evolución y estado actual
- Unidad 2:** Elementos del contrato
- Unidad 3:** Formación y conclusión del contrato
- Unidad 4:** Clasificación de los contratos.
- Unidad 5:** Prueba. Interpretación, integración y calificación
- Unidad 6:** Vicisitudes y efectos de los contratos
- Unidad 7:** La responsabilidad civil en el derecho contractual

B – LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

Unidad 8: Contratos típicos

- a) Compraventa. Permuta.
- b) Compraventa inmobiliaria y de cosas muebles registrables.
- c) Cesión de derechos.
- d) Locación de cosa.
- e) Locación de servicios.
- f) Locación de obra.
- g) Donación.
- h) Mandato.
- i) Fianza.
- j) Contratos aleatorios: Juego y apuesta. Renta vitalicia.
- k) Contratos reales: depósito, mutuo, comodato.

Unidad 9: Contratos atípicos más usuales.

- a) Espectáculo público.
- b) Leasing inmobiliario.
- c) Fideicomiso.
- d) Garaje.
- e) Contrato de ahorro previo para fines determinados.
- f) Contratos informáticos.

C – GESTIÓN DE NEGOCIOS Y EMPLEO ÚTIL

Unidad 10: a) Gestión de negocios.

- b) Empleo útil.

ANEXO II: MODELOS DE EJERCICIOS CORRESPONDIENTES A DISTINTAS UNIDADES

1. Lea atentamente las disposiciones legales que se transcriben a continuación.

- DEBERÁ USTED:
- a) Decir cuál es el tema a que se refieren todos los artículos.
 - b) Agruparlos de acuerdo al principio general que adoptan.
 - c) Decir cuál es el principio que le parece más adecuado y por qué.

Art. 5 Código Suizo de las Obligaciones: "Cuando se ha hecho la oferta sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta permanece obligado hasta el momento en que pueda esperarse la llegada de una respuesta expedida en tiempo y regularmente..."

Art. 1328 Código Civil italiano: "La propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluido. Sin embargo, si el aceptante hubiera emprendido de buena fe su ejecución antes de tener noticia de la revocación, el proponente estará obligado a indemnizarlo de los gastos y pérdidas sufridas por el comienzo de ejecución del contrato..."

Art. 145 del Código Civil alemán: "Quien propone a otro la conclusión de un contrato, queda vinculado a la oferta, salvo que haya excluido la vinculación".

Art. 1150 Código Civil argentino: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada".

2. ¿Cómo cambiaría Ud. el argumento vertido en el párrafo que se transcribe para que produzca un efecto distinto?

"La obligación de escriturar es, en nuestro derecho, una obligación de hacer no personalísima que, conforme a los Arts. 505 inc. 2 y 630 del CC. —con los que debe armonizarse el Art. 1187 de ese Código y en los que halla respaldo el Art. 566 del Código de Procedimientos— puede ser ejecutada por el Juez en lugar del vendedor renuente, quedando la solución subsidiaria de los daños y perjuicios para los casos en los que el acreedor opta por ella o en que la escrituración se haga imposible" (SC. Bs. As., 11-8-64).

3. Para resolver lo más rápidamente posible un contrato de compraventa de inmueble ante el incumplimiento de una de las partes, circunstancia no prevista en el contrato, pueden adoptarse algunas de las medidas expresadas más abajo. Ud. deberá juzgar las consecuencias de las aplicaciones de las mismas.

- COLOQUE una
- A- si la medida contribuye efectivamente a resolver en forma rápida el contrato
 - B- si la medida contribuye medianamente
 - C- si la medida no contribuye a la resolución del contrato.

- promover demanda judicial solicitando el cumplimiento del contrato
- promover demanda judicial solicitando la resolución del contrato
- remitir telegrama requiriendo el cumplimiento dentro del término de quince días
- promover demanda judicial por resarcimiento de daños y perjuicios.

4. Debe Ud. dar solución al caso que se le plantea, expresando sus fundamentos:

El Sr. P., propietario de un campo, conviene con H. celebrar un contrato de compraventa respecto de dicho bien. Se decide que S.S., abogado del comprador, a quien éste dispensa gran confianza, redacte el boleto de compraventa, para lo cual P le hace entrega de la escritura del inmueble.

S.S. redacta el boleto y se lo hace conocer a las partes. El Sr. P. recibe una oferta de compra mejor y desiste de celebrar el contrato con H., no firmando en consecuencia, el boleto confeccionado.

S.S. promueve demanda contra P., pretendiendo el cobro de los honorarios correspondientes a la confección del proyecto de boleto de compraventa, honorarios a los que tiene derecho de acuerdo a la ley respectiva.

¿Acoge Ud. la demanda o la rechaza?

5. Deberá opinar Ud. acerca de las citas que se apuntan más abajo. No debe pensar si son verdaderas o falsas. Simplemente exprese lo que piensa, escribiendo en los espacios que preceden a los números:

- A – si está de acuerdo con lo que dice la aseveración.
- B – si duda de coincidir o no con lo que expresa
- C – si no está de acuerdo con el contenido de la proposición.

..... “El principio de la autonomía de la voluntad ha sido severamente criticado... La solución está en un justo término: impedir los abusos del principio, por medio de leyes adecuadas y, cuando éstas no existan, por una acción ponderada de la jurisprudencia... Pero es necesario tener presente que una acción excesiva en este sentido y que no estuviera estrictamente justificada por las condiciones de las partes, podría resultar una tiranía jurídica, perjudicial para el desarrollo del comercio y de las transacciones”.

..... “Justificada resulta su actitud (la del legislador que dirige el contrato) ante la circunstancia de que no haya libertad e igualdad plenas en la consecución de un contrato libremente querido; habrá libertad e igualdad jurídicas pero faltan la libertad e igualdad económicas”.

.....

"Para la concepción liberal-individualista, contratar es prever; el hombre es libre de hacer o no, y si contrata se somete a las cláusulas libremente establecidas. La ley no puede crear un "derecho de clases", desconociendo la igualdad ante la ley que tiene jerarquía constitucional; no puede legislar para "inquilinos", "transéntes", etc.".

Advertencia: —este ejercicio no tiene puntaje en la evaluación.

—en las citas no se consignan los datos bibliográficos para no inducir las respuestas.

- (1) En lo referente a la educación en las Facultades de Derecho, p.v. CALAMANDREI, Piero, "La universidad de mañana", trad. Alberto S. Bianchi, E.J.E.A., Bs. As., 1961; CARLOS, Eduardo B., "Clínica jurídica", E.J.E.A., Bs. As., 1959; BARBERO, Omar U., "El método de enseñanza en nuestras Facultades de Derecho", J.A. 1978-I 675; "El desempeño de roles, técnica eficaz en la enseñanza del derecho", LL. 1981 C. 984; "Apuntes para una fundamentación científica de la enseñanza del derecho", en homenaje a la prof. Dra. María Antonia Leonanti, P.U.C.A. Fac. de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Rosario, 1982, pág. 64 y ss., el autor recomienda la bibliografía citada en los trabajos; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia", Zeus, t. 29 págs. 175 y ss.; Comunicación "Bases axiológicas de la enseñanza de la Filosofía del Derecho", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Univ. Nac Rosario, Rosario, 1986, Nº 7, págs. 89 y ss.; NICOLAU, Noemí L., "Importancia de la Historia del Derecho en la realización de objetivos curriculares", en Boletín Del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Fac. de Derecho UNR, Rosario, 1985, Nº 5, págs. 49 y ss. URIARTE, Jorge Alcides, "Necesidad de reformas en nuestra enseñanza del derecho", L. L. 1982-C 712.
- (2) ROGERS, Carl, "Libertad y creatividad en educación", Traduc. Silvia Vetrano, Paidós, Barcelona, 1980, pág. 135.

- (3) En este sentido p.v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Programa de Introducción al Derecho", en Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1984, t. III, págs. 104 y ss. El autor plantea su programa a partir del interrogante de su materia y ofrece la respuesta.
- (4) Adoptando un método más cercano a los programas de enseñanza alemanes, que se han visto influidos por el espíritu científico del CC. alemán que dimensiona adecuadamente el negocio jurídico. Acerca de las diferentes posturas relativas a esta sistematización p. v. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol, traduc. Delia García Daireaux, La Ley, Bs. As., 1979, tomo I pág. 417; "Travaux de la Commission du réforme du Code Civil", Paris, T.I. pág. 97; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Ediar, 1981, pág. 36.
- (5) En nuestra doctrina es el plan que, en alguna medida, ha adoptado el Dr. Guillermo Borda en su prestigioso Tratado de Derecho Civil.
- (6) Entre las reuniones y congresos que recomendaron la unificación del derecho privado patrimonial se cuentan el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial, Bs. As., 1940; Sexta Conferencia Nacional de Abogados, La Plata, 1959; Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961; Congreso Nacional de Derecho Comercial, Rosario, 1969; Conferencia sobre la reforma del derecho privado, Rosario, 1982. En la doctrina p.v. BARCIA LOPEZ, Arturo, "La unificación internacional del derecho privado: situación actual y medios propuestos para su desarrollo en América", J.A., 1955 I Doct. pág. 3; ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos, "La unificación del derecho civil y comercial y el pensamiento de Lafaille, en Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille, Depalma, Bs. As., 1968, págs. 759 y ss.; GASTALDI, José María, "Introducción al estado de los contratos comerciales. Su relación con los contratos civiles", edit. de Belgrano, Bs. As., 1981, Cap. V. Por otra parte cabe tener presente que en la actualidad ha sido presentado un proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales en el Parlamento Nacional, habiéndose designado una comisión de especialistas que se encuentra trabajando en el tema.
- (7) Acerca de esta problemática p.v. nuestro trabajo "Visión humanista del derecho de las obligaciones. Acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia", publicada en el Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 6, 1985, págs. 49 y ss. y en especial la bibliografía citada en su primera parte.
- (8) Desde principios de este siglo la doctrina se ha cuestionado al respecto: D' AGUANO, José, "La reforma integral de la legislación civil", traduc. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España moderna, s/f; DUGUIT, León, "Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón", traduc. Carlos G. Posada, Madrid, 1912; RISOLIA, Marco Aurelio, "Soberanía y crisis del contrato", Bs. As., Abeledo Perrot, 1946; REZZONICO, Luis María, "La autonomía de la voluntad en la compraventa. Intervención del Estado en este contrato", Bs. As. 1949; VIDELA ESCALADA, Federico, "Función del contrato y factores condicionantes de su eficacia", en Contratos I, Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1971, págs. 44 y ss.; DIEZ PICAZO, Luis, "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (Dos esbozos)", Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1979, págs. 42 y ss.
- (9) p.v. MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", traduc. Santiago Sentís Melendo, E.J.E.A., Bs. As., 1971, t. V pág. 100; MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit. pág. 396.
- (10) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", Depalma, Bs. As.,

1982, vol. VII, pág. 4; BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Contratos", Abeledo Perrot, Bs. As., 1983, t. II, pág. 251; BREBBIA, Roberto H., Ponencia a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983.

- (11) Como consecuencia de la postulada unificación del derecho civil y comercial se propicia también la unificación de las sociedades civiles y comerciales. Al respecto son muy interesantes las ponencias y conclusiones de las IX Jornadas Nacionales citadas en la nota anterior. Asimismo p.v. VIDELA ESCALADA, Federico, "Hacia una ley uniforme para las sociedades civiles y comerciales", ED. T. 4-1020; MALAGARRIGA, Carlos y AZTIRIA, Enrique C., "Anteproyecto de Ley General de Sociedades", Ministerio de Justicia, Bs. As., 1969. Por otra parte, y avanzando aún más, se ha sostenido la necesidad de tratar conjuntamente las diferentes figuras asociativas (asociaciones civiles, sociedades civiles, sociedades comerciales, mutualidades, cooperativas) según ponencia del Dr. Juan M. Farina a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
- (12) Cfr. ponencia Dr. Edgardo Dall'Aglio, Actas del Primer Congreso Nacional de Informática para Abogados Rosario, 5 al 7 de junio de 1986, Centro de Informática Jurídica, Colegio de Abogados de Rosario, págs. 96 y ss.; en sentido contrario, TAIAH, Jorge Gabriel, "Derecho Informático", J.A. entrega diaria del 7 enero de 1987.
- (13) P.v. ROGERS, Carl, "Libertad y creatividad en educación", Paidós, Barcelona, 1980; ROGERS, Carl, "Hacia una teoría de la creatividad". Conferencia sobre creatividad, Ohio University, 5 agosto 1952, ULMANN, Gisela, "Creatividad", Madrid, Rialp, Traduc. Miguel Fernández Pérez, 1972.
- (14) Al respecto son interesantes la obra de CARLOS, Eduardo B., op. cit. nota 1 y MENDEGRIS, Roger, "Méthodes du droit. Le commentaire d'arrêt en droit privé", Dalloz, Paris, 1983.

**NOTAS TRIALISTAS SOBRE LA VIDA Y OBRA DE
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS**

Alfredo Mario



1) Breves noticias sobre su vida (1)

- nació en Cachoeiras en el Estado de Bahía, el 19 de agosto de 1816;
- el 6 de octubre de 1837 obtuvo el grado de Bachiller en la Academia de Ciencias Sociales y Jurídicas de Olinda;
- el 15 de febrero de 1855 el gobierno imperial le encargó la Consolidación de las leyes civiles, trabajo tendiente a mostrar el último estado de la legislación. Fue aceptado;
- el 10 de enero de 1859 suscribió un contrato con el ministro de Justicia para redactar un Código. No lo concluyó;
- en 1867 propuso al gobierno recomenzar la obra con otro plan para redactar un Código general para los hombres de ciencia. No fue aceptado;
- murió el 12 de diciembre de 1883 en Nietheroy.

2) Aspectos sociológicos

Freitas carecía de una orientación sociológica pero tenía gran agudeza de sentido jurídico. Si lo comparamos con Vélez Sarsfield, éste tenía mayor contacto con la realidad social porque estaba dedicado a la acción pública, en cambio el jurista brasileño se recluía en su gabinete. Acaso para Vélez la obra de los juristas de gabinete era malsana (2). No obstante podemos apreciar cierto grado de adhesión del jurista brasileño a esta idea, también expresada por Clovis Beviláqua de que el jurista debe hallarse en contacto más constante con el mundo que cualquier otro (3). En un hecho significativo, al recibir el proyecto de otro jurista, Antonio Luis Seabra, Freitas dijo: "Ambos nos elevamos a la región de los principios, nosotros para poder distinguir bien las relaciones de la vida real, él para venir a parar en un mundo ficticio" (4).

De su infancia, cuenta Simão Isaac Benjó (5) que era un poco retraído ... las cualidades máximas de su carácter: el respeto por la tradición, la voluntad férrea e inquebrantable, la lealtad puesta al servicio de la patria... La vida de estudiante... su persistente energía, cierta rebelde disconformidad que le provoca reacciones y resistencias..." (6). Estas actitudes —provocadas por distribuciones de la naturaleza e influencias humanas difusas— fueron acompañadas, sin

(*) Alumno adscripto al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Notas de una exposición en el Comité de Filosofía del Derecho de la Rama Argentina de la Asociación de Miembros Individuales de la Federación Interamericana de Abogados.

embargo, por ciertas vicisitudes del orden de repartos, como alguna revolución que transcurrió mientras ejercía la profesión de abogado (7).

Los hechos (8) que fueron desalentando al jurista brasiler, sobre todo por el desinterés con que fue tratado el nuevo proyecto de código civil presentado por él, lo llevaron a renunciar a hacerlo de acuerdo al contrato suscripto con el ministro de Justicia. En esos hechos advertimos la influencia de supuestos móviles que no coinciden, o mejor dicho se acumulan a las razones alegadas (9). Este estado de desaliento se manifiesta en ciertas manifestaciones de demencia que, al decir de Enrique Martínez Paz (10) parecían proyectarse sobre su luminoso espíritu y la incomprendición y acaso el desdén llegaron a agravarlo. "En un país en donde las almas nobles no hallan estímulos para abnegaciones —escribía al ministro de Justicia— no puedo por más tiempo resistir a mi desaliento".

Fue un hombre recto, de vida sencilla y virtuosa (11). "En el largo y difícil camino de la vida, el tropel de las pasiones políticas no lo aturdió, las cumbres del poder nunca lo atrajeron, los sueños de la gloria jamás pudieron engañarlo" (12).

3) Aspectos normológicos

A diferencia de Vélez, que tenía una concepción pragmática de la misión del legislador y una gran sensibilidad jurídica, Freitas no era un gran legislador (13).

Se le encargó la difícil tarea de recopilar las Ordenanzas Filipinas de principios del siglo XVII, alteradas por una confusísima legislación extravagante de dos siglos, suplementada con el Derecho Canónico y el Derecho Romano con los estilos y costumbres, leyes de las naciones cultas y preceptos de la Carta de 1824 y de las nuevas leyes brasileras (14). Dice Martínez Paz: "... La consolidación es el monumento más alto del pensamiento jurídico americano; las codificaciones y los trabajos de exégesis y comentario, así como los escasos tratados de dogmática ni en punto a erudición, ni en doctrina han alcanzado ese sello de originalidad, de sentido personal y de profundidad que caracteriza a la Consolidación de las leyes civiles" (15). Con la Consolidación daba al Brasil la Carta Magna de su independencia jurídica (16). Su consolidación es la manera clásica restaurada, es el viejo derecho romano rejuvenecido por la filosofía alemana y por el aliento individualista de la revolución" (17). En cuanto al Esbozo se desdobra entre el casuismo excesivo de sus artículos y la arbitrariedad de sus disposiciones (18).

Con respecto a las fuentes, dice Freitas que no había en su tiempo doctrina porque sólo se enseñaban opiniones y cuestiones de palabras. El medio para solucionarlo era un Código para los hombres de ciencia (Código General) donde constaran todas las definiciones necesarias, así como las materias superio-

res y las disposiciones de cada uno de los Códigos particulares, de modo que en estos últimos nada se defina (19).

Se lo llamó el Cujacio brasileño, ya que reunió en el más alto grado "el sentido jurídico propiamente dicho, una sagacidad crítica y el saber filológico indispensable para la interpretación de los movimientos del derecho romano". Lo que él procuraba no era sólo entender como el exégeta, la regla contenida en el texto, sino que se esforzaba por descubrir el pensamiento de la ley como expresión de la cultura de su tiempo. "El método usado en la Consolidación fue: Examinar las leyes en sus propios textos, sin influencia de opiniones ajenas; comparar las leyes nuevas con las antiguas; medir el alcance y consecuencias de unas y otras". En la redacción de las leyes fue claro y elegante, empleando una técnica casi perfecta. Se adueñó de los preceptos de la lógica para hacer una nueva clasificación (20).

Freitas fue un sistematizador (21), entendiendo a los códigos necesariamente con una concepción de ley "como un organismo immense que abraza la totalidad de las relaciones en un determinado orden de la vida social, que si están compuestos, al parecer, por una sucesión de disposiciones, que contemplan casos hipotéticos diversos, todas en realidad están en una relación de subordinación o de orden, ligadas entre sí para formar una unidad" (22).

Por último advertimos una pretensión de que la norma transmita ideales: "Tenemos, es verdad, la esclavitud entre nosotros; mas si ese mal es una excepción que lamentamos condenado a extinguirse en época más o menos remota, hagamos también una excepción... una reforma en nuestras leyes civiles, no pongamos disposiciones vergonzosas, que nada pueden servir para la posteridad. Las leyes concernientes a esclavitud (que no son muchas) serán después clasificadas aparte y formarán nuestro Código negro" (23).

4) Aspectos axiológicos

Freitas fue creador y metafísico. Estuvo con la ley romana pero removida por Leibniz (24).

Su espíritu estuvo consagrado a la ciencia del Derecho y a la realización de lo justo. Ambicionaba una justicia perfecta para su país. Fue una pura intelectualidad al servicio de un ideal humano. No obstante no tuvo los vuelos de pensamiento que la visión filosófica inspira. Compensó lo que acaso le faltó en elevación y sustituyó la orientación sociológica por una gran agudeza de sentido jurídico (25). Influyó en él la filosofía de Cousin, que es una posición ecléctica y espiritualista influída por el idealismo alemán de Schelling y Hegel. Al hilo de esta escuela se opone el positivismo (26).

Es significativo un episodio que coprotagonizó Freitas junto al doctor Caetano Alberto Seabra, sobre una consulta acerca de si son libres o esclavos los

hijos de una esclava, libertada por un testamento, bajo la cláusula de servir a un heredero o legatario mientras viviese. Seabra estaba por la libertad y Freitas no. La Orden de Abogados, por amor a la libertad pero sin tener en cuenta las leyes y doctrina se pronunció contrariamente a lo que decía Freitas y entonces éste se sintió mortificado y dijo que en las leyes y en las doctrinas del derecho romano estaba depositada toda la filosofía del derecho (27).

El jurista brasileño no absolutizó valores relativos como por ejemplo el poder (28). Simbolizó la fidelidad al ideal, al trabajo, al estudio y a la austeridad como factores de victorias que engrandecen una personalidad y dignifican una vida (29).

Otro episodio importante fue cuando envió la carta al ministro de Justicia manifestando la necesidad de alterar el plan ya trazado invocando un desfraccionamiento en vista de la verdad jurídica, dado que el Gobierno Imperial no había tomado iniciativa con respecto a un cuerpo legislativo y no podía impedir la recepción de las nuevas modificaciones en creciente provecho de la acertada ejecución de tal empresa (30).

Finalmente, queremos cerrar estas notas con una reflexión de Beviláqua: "... es posible, ...la armonía de los intereses de todos los hombres, de todos los pueblos, de todas las clases, bajo el patrocinio de una idea de justicia, diversamente realizada en las legislaciones, pero idéntica en su esencia y en los sentimientos que espontáneamente la traduzcan".

"Nuestras "realizaciones" del derecho son siempre imperfectas, pero a cada esfuerzo de la mano inspirada, un rayo de luz se desprende para la formación del sol que ha de brillar en las lejanías del horizonte. Y aquéllos que consiguen, como Teixeira de Freitas, despertar ese rayo que dormía en la tosca piedra del camino, merecen que los honremos, porque son cristalizaciones de las energías sociales y señalan momentos felices en la evolución mental de la humanidad" (31).

- (1) Para ampliar este tema remitimos al lector a: Martínez Paz, Enrique, "Freitas y su influencia sobre el Código Civil Argentino", Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1927, ps. IX y ss.
- (2) Las ideas de este párrafo han sido extraídas de: Cháneton, Abel "Historia de Vélez Sarsfield", T. II, La Facultad, Buenos Aires, 1937, ps. 215 y ss.
- (3) Ver Beviláqua, Clovis: "Teixeira de Freitas", Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año IV, N° 1, p. 46.
- (4) v. Martínez Paz Enrique "Freitas..", op. cit. p. XVII.

- (5) v. su obra "Augusto Teixeira de Freitas" en Revista de direito 20, 1974, do Ministerio Público do Estado da Guanabara, Arsgrafica ed., p. 222.
- (6) El encomillado es reproducción de párrafos de la obra de Martinez Paz, Enrique: "Freitas..." op. cit. ps. X y XI.
- (7) Martínez Paz, en la obra ya citada, alude a la revolución llamada "Sabinada" contra la política de la Regencia y en pro del régimen republicano, que Freitas acompañó con simpatía (p. XI). También pueden verse algunas referencias a agitaciones políticas producidas en su país natal en: Bevílaqua, Clovis: "Teixeira..." op. cit. p. 48.
- (8) Entre ellos el de que el Esbozo fue recibido en Brasil con desinterés, aludido por Benjó, Simão Isaac: "Augusto..." op. cit. p. 227.
- (9) Puede verse: Martínez Paz, Enrique: "Freitas..." op. cit. ps. XX y XXI.
- (10) v. Martínez Paz, Enrique: "El proceso de las ideas jurídicas del Brasil a través de sus jurisconsultos" en Revista de la UNC, año XXII, Nº 2, ps. 410 y ss.
- (11) v. Bevílaqua, Clovis: "Teixeira..." op. cit. p. 46.
- (12) v. Martínez Paz, Enrique: "Freitas..." op. cit. p. XXVI.
- (13) v. Cháñeton, Abel: "Historia..." op. cit.
- (14) v. Benjó, Simão Isaac: "Augusto..." op. cit. p. 224.
- (15) v. Martínez Paz, Enrique: "El proceso..." op. cit.
- (16) v. Valladão, Haroldo: "Direito Internacional Privado", 3a. ed., Biblioteca Universidad Freitas Bastos, p. 173.
- (17) v. Martínez Paz, Enrique: "El proceso..." op. cit. ps. 410 a 412.
- (18) v. Cháñeton, Abel: "Historia..." op. cit.
- (19) v. Carta de Teixeira de Freitas de 20 de setiembre de 1867 al ministro de Justicia Martin Francisco Ribeiro de Andrada, en Revista de Dereito Civil Inmobiliario, Agrario e Empresarial, año 1, julio - set., 1977, ps. 362 a 369.
- (20) Para todo esto v. Bevílaqua, Clovis: "Teixeira..." op. cit. ps. 44 y ss.
- (21) v. Benjó, Simão Isaac: "Augusto..." op. cit. p. 225.
- (22) v. Martínez Paz, Enrique: "Freitas..." op. cit. p. XXVI.
- (23) v. Benjó, Simão Isaac: "Augusto..." op. cit. p. 224.
- (24) v. Martínez Paz, Enrique: "Freitas..." op. cit. ps. XXVI y XXVII.
- (25) v. Bevílaqua, Clovis: "Teixeira..." op. cit. ps. 44 y ss.
- (26) Acerca de esta escuela ver Ferrater Mora, José: "Diccionario de Filosofía", t. I, ps. 365 y 366; también Del Vecchio, Giorgio: "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1969, p. 171; v. Abbagnano, Nicolás: "Historia de la Filosofía", vol. 3, Hora, Barcelona, 1982, ps. 200 y 201.
- (27) ver al respecto Martínez Paz, Enrique: "Freitas..." op. cit. p. XII; tambien Benjó, Simão Isaac: "Augusto..." op. cit. ps. 223 y ss.
- (28) v. cita 12.

- (29) v. Benjó, Simão Isaac: "Augusto..." op. cit. ps. 22 y ss.
- (30) v. Carta... op. cit.
- (31) v. Beviláqua, Clovis: "Teixeira..." op. cit. p. 61.