

POSIBILIDADES DE UNA CATEGORIA UNIFICADORA DE LA HISTORIA DEL DERECHO Y DEL DERECHO COMPARADO

Por Ada LATTUCA y
Mario Eugenio CHAUMET (*)

Al Maestro Giorgio DEL VECCHIO

Introducción

A la luz del fenómeno de la transtemporalidad, entendemos como un hecho que naturalmente sucede en un tiempo determinado influye en otros. Así es como los fenómenos se trasviven y por lo tanto es factible decir que en cada uno de nosotros "viven los hombres del pasado, así como que nosotros previvamos a los hombres del porvenir"(1).

Algo similar ocurre en el espacio. Por lo tanto es posible determinar que paralelamente a la idea de la trastemporalidad en el derecho existe la noción de la transespacialidad jurídica.

De allí que sostengamos que el tiempo y el espacio dinamisan la juridicidad y superan los planteos estáticos a los que la somete, especialmente, el positivismo.

Ya Savigny se preocupó en señalar los lazos entre los problemas interespaciales e intertemporales de la juridicidad y el carácter básicamente sistemático y pluri

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

(1) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad", en ANUARIO, PUCA, Rosario N° 3, págs. 33 y ss.

facético del derecho (2).

En tal sentido hay que acotar que, si bien cada tiempo y familia jurídica gozan de particularidades que los caracterizan, es necesario el aprovechamiento integral de las mismas para desarrollar y conocer la complejidad de la totalidad del mundo jurídico. No obstante hay que tener en cuenta, que el aprovechamiento es recíproco, ningún elemento se puede conocer en su totalidad sin la comprensión de los otros. De allí que la comparación sirva no sólo para revelar al todo sino es también necesaria para el conocimiento de cada parte.

Cualesquiera sean los regímenes que contemplamos, primitivos o contemporáneos, o aún entre estos últimos, la simple observación revela que todos ellos contienen características constantes que permiten la comparación entre los mismos por encima de los elementos particulares que los rijan.

Ahora bien, ¿cuáles son las características de e se elemento unificador que está animando al mundo jurídico?

Esta significativa interrogación no deja de causar desasosiego, cuando se piensa en la diversidad de variantes que caracterizan cada uno de los regímenes que han sucedido y que existen en la actualidad.

(2) SAVIGNY, F.C. de, "Sistema del Derecho Romano Actual" trad. Ch. Guenoux Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid, F. Góngora y Cía. 1879. t. VI, págs. 131 y ss. Ver también CIURO CALDANI, Miguel Angel "Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas", CIUNR, Rosario 1976, Armiñón Pierre, L'objet et la méthode du Droit international privé, en "Recuerd des Cours", Academia de Derecho Internacional, t. 21, pág. 138 y ss.

No obstante la diversidad aparente que se nos ofrece, es posible de ser superada según creemos a través de la idea de la real unidad del espíritu humano.

Mutabilidad e inmutabilidad

El grado de comparatividad en el tiempo y en el espacio jurídico tiene, como presupuesto, las nociones de mutabilidad e inmutabilidad jurídica. Giorgio Del Vecchio ha planteado esta problemática en sucesivos trabajos tratando de buscar el fundamento de la inmutabilidad, especialmente en el campo jurídico (3).

Cómo puede coexistir en un mismo objeto o sujeto la mutabilidad y la inmutabilidad es un problema que no existe sólo en el derecho. Y es así como este autor expresa que, dentro de nuestra conciencia se debate el problema fundamental de no poder advertir cómo nuestro ser tenga conjuntamente una realidad sensible y una suprasensible, perteneciendo casi a dos mundos; más aún que las relaciones entre ambas realidades se nos ofrecen de manera difíciles de ser definidas.

En realidad, el problema no es preocupación exclusiva del hombre contemporáneo. Abundan los ejemplos en la protohistoria acerca de la inquietud que animó a los hombres sobre esta problemática. Es indudable que el hombre de los primeros tiempos percibió la distinción entre cuerpo y alma atribuyéndole a esta última una suerte de vida "más extensa" que la del cuerpo y resolvió a través de

(3) DEL VECCHIO, Giorgio, "Mutabilità e eternità del diritto" en Studi sul Diritto, V.2, Giuffrè, Milano, 1958. También en "Diritto e personalità umana nella storia del pensiero, 3ra. edic., Bologna, 1917.

una actitud esencialmente mítica la respuesta a estos interrogantes por él mismo planteados. A partir de aquí trnsitaron las doctrinas de numerosos filósofos que intentaron aclarar los múltiples aspectos de esta disyuntiva, generalmente, auxiliados con la fuerza de la razón que, sin embargo, no completaba totalmente el interrogante dejando la apertura llenada por el terreno de la fe.

El gram maestro italiano, aún sin entrar en argumentos puramente teológicos, y permaneciendo dentro de los límites del análisis científico y gnoseológico, expresa que existen en el espíritu de cada hombre ideas y verdades que trascienden los datos de los sentidos y que tienen el carácter de universal y absoluto.

Encuadra esta opinión en las nociones del espacio y del tiempo, ya "che la nostra mente non può' pensare se non come senza confini; tali i principi logici, tali i principi della matematica e della geometria, che hanno pure il carattere di verità eterne. Ma oltre di ciò (cosa per noi ancora più importante) vi ha in ogni spirito la certezza, sia pure talvolta oscura ma indefettibile e inabolibile, della libertà, dell' imputabilità, del dovere e del diritto: tutte nozioni di carattere metafisico, che non hanno senso rispetto i soli dati della natura fisica, ma suppongo no un contatto con l'Assoluto" (4).

Penetrando pues dentro del derecho se advierte que posee una necesidad lógica en la que la conciencia

(4) DEL VECCHIO, Giorgio; "L unità dello sprito umano come base della comparazione giuridica", en Studi sul Diritto, op. cit., pág. 55. También WAGNER, Paul, "The idea of a Moral Person", en Philosophy and Education, Hous ton, 1978 y OPOCHER, Enrico; "Analisi dell'idea della giustizia", Giuffre, Milano, 1977.

subjetiva comprende, además de la propia, la subjetividad de los otros. Ello significa, por tanto, admitir virtualmente un límite y una correlación en el recíproco obrar: una afirmación de la personalidad propia y un reconocimiento de los otros, éste resulta ser un esquema que es inmanente, es por tanto una exigencia categórica de nuestro espíritu lo que implica una continua relación entre sujeto y sujeto dentro del permanente fluir de los actos humanos.

Participación del valor justicia

Pero también como categoría del espíritu humano, fuerza es reconocer la existencia de un valor impostergable que requiere de la conducta del hombre una constante y universal realización. Es la justicia entendida en su significado esencial, que es superior a la mudable legalidad positiva, y que no puede por tanto limitarse a un espacio y tiempo determinado.

Al ser valor la justicia constituye un ente ideal objetivo con respecto al hombre que lo capta progresivamente, pudiendo realizarlo o desalentarlo. Por lo tanto es temporal y espacial la actividad humana con respecto al valor. Sólo en este aspecto puede hablarse de dimensión temporal y espacial de la justicia. Ahora bien, cabe destacar que salvo intervención divina, al no ser autoejecutivos los valores sólo se realizan en el mundo a través de los hombres. Podemos por tanto, desde este punto de vista resaltar que la objetividad de la justicia como valor se entiende en que su ser, y su valer son independientes de la conducta humana, pero no así su eficacia que depende de ella. De allí que con su exquisita sabiduría Werner Goldschmidt haya expresado que es a todas luces erróneo y peligroso creer que la justicia se realice en este mundo durmiendo la siesta.

Sólo considerando esta participación en un reino de valores absolutos se puede comprender la dignidad de la persona humana. Es decir aquella dignidad que aunque desaparezca en los sistemas jurídicos en un espacio y tiempo

determinados, encuentra su perfecta consagración sólo en la participación del ser humano de aquel reino ideal que trasciende cualquier régimen particular.

No obstante, la significación que tal valor ha asumido y asume en el devenir histórico, y en las distintas familias jurídicas, es diversa.

En primer lugar hay quienes piensan que hay una dificultad en el orden histórico que debemos tener presente puesto que ello implica una extrema complejidad de prospectivas en torno a la idea de justicia, que termina en una encrucijada en el ámbito de nuestra cultura.

Si por ejemplo, consideramos las diversas prospectivas entre las que oscila nuestra cultura, en cuanto a la idea de justicia, la concebida por los filósofos, o por la cultura cristiana, y la de los juristas romanos se puede constatar no solamente su fundamental diversidad, si no también que cada una de ellas es fruto de una larga y compleja evolución. Pero además detectamos como, en su sucesiva sobreposición, se ha terminado confundiendo, alterando o dispersando el significado originario de aquellos desarrollos (5).

En segundo lugar y he aquí lo trascendente, los pueblos van variando sus diferencias axiológicas y en consecuencia es diversa la significación de la justicia.

Por ello se ha dicho que, en los tiempos de cul-

(5) DEL VECCHIO, Giorgio; "L' homo juridicus e l' insufficienza del Diritto come regola della vita", en Studi sul Diritto, V. 1, Giuffrè, Milano, 1958. También PIERELLI, Atilio; "Arte, espacio e hiperespacio", en Folia Humanística, T.XVIII, N° 210, Barcelona, España, 1980.

tura predominan los valores naturales y en especial los valores absolutos, en cambio la civilización está signada por la realización de valores relativos y valores fabricados auténticos, en tanto que en la decadencia abunda la realización de valores fabricados falsos.

El valor individualiza los períodos históricos y cuando "cambian los valores dominantes, cambian las edades de la historia, según sucedió con el avance de la utilidad en la Edad Moderna" y si varía el valor supremo, como ocurrió con la jerarquización de la humanidad con el cristianismo, cambia la era de la Historia (6).

Asimismo el reconocimiento al valor justicia no es idéntico en las diversas familias jurídicas. No hay dudas de que la familia del Derecho occidental está caracterizada por la especial consideración al único valor absoluto del mundo jurídico.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el resto de las familias jurídicas. Así, por ejemplo, el derecho musulmán está marcado por el valor divinidad, que es en sí mismo un derecho revelado. Es el típico derecho de una sociedad teocrática, a tal punto que tiene un ámbito de aplicación material superpuesto al derecho del Estado. Así, el art. 1º de la constitución iraní determina que la república islámica base su existencia, en la fe, en las reglas de Dios y en la justicia del Corán. Esto hace que la ubicación del valor justicia se vea dominado en el ámbito de la cosmovisión religiosa (7).

(6) CIURO CALDANI, Miguel Angel; Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, t.II, F. I, Rosario, págs. 71 y ss.

(7) DALL AGLIO, Ricardo; "El rol del líder en la

Algo similar ocurre con el sistema de derecho de China. En esta familia la justicia y el derecho juegan un papel secundario. El fundamento del orden social está constituido, no por el Derecho, sino por los ritos que prescriben a los individuos en todas las circunstancias de la vida, un comportamiento que este en armonía con el orden natural de las cosas. La idea base de este sistema cultural no se encuentra en la justicia, sino en la armonía. Pero tal armonía debe entenderse en su doble aspecto: de los hombres con la naturaleza y de los hombres entre sí. De allí la significación que encuentra la idea de conciliación y la consideración del litigio como un mal. Es preferible soportar injusticias que litigar (8).

Volvamos ahora nuestra mirada a la totalidad del mundo de la cultura que es, en su aspecto objetivo el mundo de los valores en su totalidad. Admitamos pues, que, el reconocimiento y la realización de la justicia no ha sido igual en todas las edades ni es idéntico en todas las familias jurídicas. En consecuencia, si la importancia atribuida a la justicia y a sus despliegues varía en el tiempo y en el espacio, es diverso también el papel protagónico desempeñado en ellos por el derecho.

Si el valor justicia, en su realización no logra alcanzar por sí ser el elemento unificador deseado, urge indagar que otros parámetros responderán eficazmente a este requerimiento.

(Cont. (7)) nueva constitución iraní", en Rev. de Ciencias Sociales N° 17-18, Valparaíso, Chile, 1981.

(8) DAVID, Rene; "Les grands Systemes de Droit Contemporaine", 3a. edic., Dalloz, Paris, 1969.

La unidad del espíritu humano

A principios de siglo Del Vecchio lanzó un agudo llamamiento instando a resaltar el principio de la real unidad del espíritu humano afianzado en su diseño de una ciencia del derecho universal comparado.

El requerimiento de los tiempos actuales, ante el avance de la era tecnológica -dirá Del Vecchio- torna impostergerable este requerimiento en aras a propender una común conciencia moral y jurídica de la humanidad.

Este llamamiento tan caro a un sector de juristas deberá ser extendido, también al campo de la disciplina histórica. En las últimas décadas se experimenta cada vez más, la necesidad de la "unificación de la historia", es decir de la fusión de las muchas y paralelas historias nacionales y locales en la única historia de la humanidad. La unificación de las diversas historias se ha realizado de manera extrínseca, solamente. Ello no ha logrado, aún efectivizar una única comunidad humana o un único campo de colaboración mundial, lo que existe es sólo una unidad de "interdependencia". Esta interdependencia ha aumentado, en los hechos, la posibilidad de expansión de los conflictos, el poderío de los medios de exterminio hace que tales conflictos sean peligrosísimos para la sobrevivencia de la humanidad. Por tanto importa que la actual unidad, sólo negativa e incompleta, se desenvuelva hacia una unidad de colaboración entre todas las gentes del mundo, que encuentre, probablemente, su plena actuación en la "cosmópolis" o república mundial. Esquema éste que debe luchar contra la fundamental carencia de entendimiento y de comunicación entre los hombres (9).

(9) TEBALDESCHI, Ivannoe; "La vocazione filosofica del diritto", Giuffe, Milano, 1979, tb., PASINI, Domé-

Sin ingresar en la discusión acerca de si la idea del derecho asume concepto de categoría o bien es un concepto empírico es necesario destacar que existen nociones que el espíritu humano aporta de sí, con caracteres específicos de universalidad que no pasan necesariamente por la experiencia. Y uno de ellos es, justamente, el derecho. Este concepto se manifiesta de diversas maneras y grados, con mayor o menor intensidad en todos los tiempos y espacios, como gusta decir Del Vecchio, "allá donde existe una vida humana". Es decir que la comparación jurídica, entre los diversos pueblos y en las distintas épocas supone, irremediablemente abordar al hombre (10).

(Cont. (9)) nico "Problemi de filosofia della politica, Napoli, 1977 y LEVY, B.H. La barbarie dal volto umano, trad. E. del Eco, Venezia, 1977. Frosini expresa al respecto:

"Considerando el rápido cambio ocurrido en la vida del hombre en el curso de las últimas décadas en los países de industrialización avanzada, surge la pregunta de si avanzando en la nueva edad estamos asistiendo a una mutación antropológica, a una metamorfosis parcial de la vida humana: a la aparición de un nuevo Adán de la edad tecnológica. Un nuevo Adán que, a diferencia de aquel mítico no es un individuo solitario sino un elemento de la sociedad de masa; que no habita en el bosque sino en la megalópolis de cemento; donde no ignora que es el mal y más aún sufre el mal de la conciencia. Por cuanto el carácter distintivo de la tecnología contemporánea es el de su inextricable conexión con los problemas morales y sociales. En FROSINI, Vittorio; "Il diritto nella società tecnologica, Giuffrè, Milano, 1981. También, HEYMAN, F., "La Société et la maîtrise de la technologie, O.C.D.E., París, 1973.

(10) Han pasado muchos años -dice Del Vecchio- en un Congreso reunido en Heidelberg en 1908, expresé que para entender plenamente las razones y los motivos de esta

Esta actitud que implica, para muchos, el intento de una empresa irrealizable, obedece a la afirmación de un concepto limitado y finito de la cuestión. Ello no ocurre si tenemos en cuenta que el derecho ofrece, al investigador avezado, una especial coordinación entre persona y persona; una correlación en la pura forma de la intersubjetividad así como la manifestación de un acotamiento en el obrar recíproco.

Sin embargo, este contenido diverso no debe hacernos perder de vista que dentro de la variabilidad el e

(Cont. (10)) ciencia, conviene resaltar el principio de la real unidad del espíritu humano. No es inútil reafirmar ahora el principio de la real unidad del espíritu humano. Es verdaderamente, y no nos engañemos, el presupuesto implícito y el lógico fundamento de todas nuestras búsquedas comparativas, comprendiendo también aquellas que tienen por objeto a singulares instituciones o materiales particulares. Sin embargo como enseñan los lógicos, entre cosas absolutamente heterogéneas no es posible la comparación: consistiendo ésta precisamente en lo que es similar y lo que es disímil en una misma clase o especie de objetos. También la percepción de los diferentes grados de una misma serie implica la referencia a una unidad de medida. Fue dicho, sin error, que la historia debe ser historia de "alguna cosa"; del mismo modo, la comparación no puede moverse del supuesto de una cierta homogeneidad de su objeto, homogeneidad que subsiste y se reafirma también a través de la variedad de las manifestaciones de aquello. Así la comparación jurídica presupone la idea del derecho, si bien no se la contemple como "sub specie aeterni", ni se analice en abstracto, sino que se la considere en concreto, en su múltiple conformación como dato o hecho de la experiencia. En DEL VECCHIO, Giorgio, "L'unità", op. cit., pág. 58.

lemento es uniforme y constante. Sólo así se puede expresar la variabilidad.

Hemos mencionado ya que el análisis de los sistemas jurídicos brinda una serie de coincidencias explicables a la luz de aquel presupuesto. Es decir que existen una serie de tendencias uniformes en el desarrollo específico de los sistemas jurídicos de los diversos pueblos, cuyos modos de solución dependen de la necesidad que asuma cada pueblo para resolverlo, que no invalida, no obstante, el advertir que una importante parte de los principios y de las instituciones jurídicas son patrimonio común de la humanidad en todo el tiempo. Estos mismos sistemas atraviesan en su evolución fases similares, y justamente la labor de una ciencia que aspire a investigar el derecho universal comparado y la historia del derecho es la de disponer en un cierto orden las diversas fases de evolución del derecho en general. Labor ésta que debe comprender la peculiaridad de todos los pueblos -antiguos y modernos- que se hallan en la fase que se desea investigar. Este método, asincrónico, no debe excluir apriorísticamente a determinados pueblos, épocas o razas.

El resultado de tal actitud fragmentaria injustamente la intencionalidad que debe ser impresa a la investigación: "Non si tratta, dunque, di condannare quelle limitazioni del campo di indagini, che derivano dalla necessità pratica della divisione del lavoro, per la naturale ristrettezza delle forze e brevità della vita individuale. Ciò che devesi condannare è il pregiudizio che solo certi diritti "meritano" di essere studiati, e che quindi la comparazione debba restringersi ad essi soltanto" (11).

(11) DEL VECCHIO, Giorgio; "L'unita", op. cit., pág. 56.

En síntesis; la dirección que deben tomar las investigaciones dedicadas a la cuestión expuestas deberán desechar las formulaciones vacías de contenido resultantes de la elaboración de simples catálogos donde se yuxtaponen las leyes existentes o actuales, sino recopilar los datos históricos que denoten la característica de juridicidad; que los ubique en un lugar y dentro de un orden en el desarrollo del espíritu humano, que es en última instancia un orden de valores (12). Es decir que aclare fundamentalmente los diversos grados de humanidad cumplidos en los sistemas jurídicos respectivos.

El complejo axiológico y la unidad del espíritu.

En mérito a la sucinta exposición sobre la idea central que anima el trabajo, cabe expresar que la búsqueda de la "unidad del espíritu" se reconocería en todas sus posibilidades a través del dinámico funcionamiento del complejo axiológico. Así es, que si bien los valores individualizan el tiempo de las Edades, y las familias jurídicas, todo el complejo axiológico unifica el espíritu.

Acordemos que, conforme a las enseñanzas del Profesor Ciuro Caldani, los valores integran un complejo originado del más alto valor: la divinidad, al que sólo el hombre puede reconocer sin alcanzar, a diferencia de la humanidad que puede ser satisfecha por éste (13).

(12) LATTUCA, Ada; CHAUMET, Mario; "Necesidades de nuevas categorías básicas para la Historia del Derecho" en Boletín del Centro de Investigadores de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Fac. de Derecho, UNR, N° 2.

(13) CIURO CALDANI, Miguel Angel; Estudios, op. cit., t. II, págs. 16 y ss.

De este valor se desprenden otros valores cuya satisfacción es necesaria para la realización humana. Si bien es cierto que el hombre no puede servir contemporáneamente a todos ellos aceptamos que, "siempre las diversas partes del complejo axiológico, en este caso a través del tiempo y el espacio, pueden aclararse recíprocamente" (14).

Al ser el valor humanidad la base originaria del ordenamiento valorativo, se posibilita que en el espíritu humano, logre su unificación. Es significativa al respecto la afirmación que puntualiza "a través de la historia se va descubriendo y quizás creando el hombre cabal. Los "cursos y recursos" de la historia muestran que a través de la temporalidad, el espíritu humano se "recorre" en sus diversas posibilidades que le hacen dejar los valores en que está satisfecho para volver su perspectiva a otros que desea incrementar (15).

Por ende, esta comprensión axiológica profunda es una de las maneras de superar los planteos de carácter estático al que la ciencia jurídica actual permanece apegada. Y esta es, quizás, una de las vertientes para avanzar en los estudios de la historia del derecho y del derecho comparado.

(14) CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Perspectivas Jurídicas". Teoría General del Derecho. Historia del Derecho. Filosofía del Derecho", FIJ., Rosario, pág. 88.

(15) Ibidem.