NOTAS PARA UN ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA ANTI JURIDICIDAD (*)

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 trascendentes - 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 identificable 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 ("pantomía" 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, lícito, 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 "dialéctico", 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.