

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

**Investigador del Consejo Nacional
Investigaciones Científicas y Técnicas**

FILOSOFIA, LITERATURA Y DERECHO

(Estudios y notas)



**FUNDACION
PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS**

Rosario

1986

*A la memoria de
Lucía Caldani de Ciuro.
A Miguel Ciuro.*

INDICE

Filosofía Jurídica, carácter "agente" y jerarquía del hombre	7
Libertad, participación, comunidad	19
Notas sobre los valores jurídicos	47
Comprensión jusfilosófica del estoicismo y el epicureísmo	57
Lugar del naturalismo en la historia del Derecho Natural	71
Meditaciones jusfilosóficas sobre las "Ficciones" de Jorge Luis Borges	79
Notas de un "diálogo" del "Facundo" y el "Martín Fierro"	101
Lugar del Derecho Internacional Privado en el sistema jurídico	109
Autonomía educativa del Derecho Internacional Privado	121
La política prisionera del Derecho	127

FILOSOFIA JURIDICA, CARACTER "AGENTE" Y JERARQUIA DEL HOMBRE

(Una nota de Antropología jusfilosófica)

1. Cada pregunta acerca del Derecho lleva implícitas preguntas sobre el hombre y su posición en el cosmos; interroga acerca de la actividad y la jerarquía del ser humano. Las respuestas varían en relación con el idealismo genético o el realismo genético que se tomen como punto de partida. En el idealismo genético antropológico (según el cual el sujeto hombre crea al objeto) la participación humana es total, pero no hay verdadera posibilidad de jerarquización porque no hay elementos para comparar al hombre creador con el resto del universo. A nuestro parecer es en el realismo genético (conforme al cual el sujeto no crea —básicamente descubre— al objeto) donde la problemática adquiere cabal significación, complementándose la necesidad del carácter "agente" ("protagónico") del ser humano y el reco-

nocimiento de su jerarquía en relación con el resto del cosmos. La complementación del carácter protagónico y la jerarquía del ser humano es uno de los temas fundamentales de la jusfilosofía.

En los tiempos del resurgimiento medieval, por ejemplo, el tomismo señaló una jerarquización del hombre en el cosmos referido a Dios creador a través de la clara distinción de la ley eterna, la ley natural y la ley humana, asignándole con ésta un papel protagónico mayor, y. gr., que en la concepción agustiniana, pero condicionado por las leyes superiores. Luego del tomismo —supremo gran esfuerzo de "re-religiosidad" integradora medieval— se inició una larga época de tensión en que el desempeño del hombre se considera más protagónico, hasta pretenderse la humanización total del universo, y este papel junto con la jerarquía suprema del ser humano llevan, en el siglo XIX, a proclamar la muerte de Dios.

En un proceso iniciado en el pensamiento moderno fueron confluyendo el mayor papel protagónico del hombre, a través de la antropologización del voluntarismo medieval y el positivismo, con la mayor jerarquía que además le daba el unidimensionalismo dikeológico del racionalismo. En el unidimensionalismo dikeológico el papel protagónico del hombre resulta en sí marginado pero, por esa confluencia, a

comienzos de la Edad Contemporánea la clave del Derecho dejó de estar centrada en lo "natural" para quedar formulada —en el Derecho Continental— en códigos en que coincidían la voluntad humana y la razón en una falsa integración de protagonismo y jerarquía. También el historicismo sostuvo de cierto modo un importante papel protagónico del ser humano y, aunque con insuficiente profundidad, una elevada jerarquía cósmica.

Con el normativismo de la "teoría pura" del Derecho el papel protagónico del hombre en la elaboración de lo que se considera Derecho llega a su más alta expresión, rechazándose el despliegue dialéctico, que el hombre sólo descubre, y la realidad social, que el hombre fabrica con grandes límites. En cambio, el apego a las normas y la consiguiente marginación del hombre real significan en la "teoría pura" una disminución de la jerarquía del ser humano. También, aunque en grados menores, hay amplia participación y limitada jerarquía del hombre en el unidimensionalismo sociológico expresado, por ejemplo, en el pensamiento de Olivecrona. Las orientaciones hipercríticas de nuestro tiempo pretenden, asimismo, un amplio protagonismo del ser humano, aunque disminuyen su jerarquía disolviéndolo con frecuencia en la naturaleza.

En algunos tridimensionalismos, aunque resulten relativamente ocultos como la egología, la participación humana es altamente significativa y también lo es la jerarquía reconocida al ser humano. Sin embargo, su tributo frecuente al idealismo genético puede cerrar esta jerarquía en cierto "círculo vicioso". A nuestro parecer, dentro de la misma concepción tridimensional el trialismo presenta, en cambio, el equilibrio en el reconocimiento del hombre como protagonista de un mundo que en parte sólo descubre, más significativo que en el agustinismo, en el tomismo y en el racionalismo moderno —por el amplio reconocimiento del carácter jurídico del Derecho injusto—, pero menos que en la "teoría pura" o la egología¹. Significa, también, un amplio reconocimiento de la jerarquía humana, arraigado en la realidad cósmica, a nuestro parecer en la evolución cósmica. Esta jerarquía es, por ejemplo, claramente mayor que la que reconocen la "teoría pura" y la hipercrítica e incluso más fundamentada que la

1. Puede v. 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, 1982-1984; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

evidenciada por la egología, aunque el apego egológico a la conducta la hace aparentemente mayor .

La dimensión normológica del mundo jurídico corresponde a la mayor fabricación humana, o sea al mayor protagonismo del hombre, y la dimensión dikelógica desarrolla con especial altura la jerarquía del ser humano. La dimensión sociológica corresponde a un "lugar" intermedio en cuanto a protagonismo y jerarquía.

En general el voluntarismo se ocupa más del papel protagónico del hombre y el racionalismo le reconoce más su jerarquía, pero el trialismo integra el voluntarismo y el racionalismo a través de las dimensiones sociológica y normológica, referidas más al primero, y del despliegue dikelógico, donde es más importante el segundo.

2. En la dimensión sociológica el papel protagónico del hombre se expresa a través de repartos, que como tales realizan el valor conducción, en tanto que este papel disminuye a medida que se pasa a las distribuciones de las influencias humanas difusas, el azar y la naturaleza, realizadoras del valor espontaneidad. El incremento del papel protagónico del ser humano ha correspondido en cierto sentido a la cre-

ciente difusión del reparto autoritario, realizador del valor poder y, sobre todo, del reparto autónomo, que satisface el valor cooperación. Aunque todo valor es un título de jerarquía, el poder necesita más una legitimidad jerárquica y, en cambio, la cooperación se legitima más por sí misma. No es por azar que el coactivismo, el ordenancismo y de modo especialmente relevante el anarquismo han ganado terreno cuando a fines de la Edad Moderna y en la Edad Contemporánea se acentuaron el papel protagónico e incluso —aunque con fundamentos muchas veces débiles— la jerarquía atribuida al ser humano.

Por otra parte el incremento del papel protagónico del ser humano ha correspondido también en cierto sentido al aumento de la planificación gubernamental que, cuando está en marcha, realiza el valor previsibilidad, y a la remisión del origen de la sociedad y el gobierno a la ejemplaridad, que satisface el valor solidaridad, pretendida por el pactismo. La previsibilidad requiere más legitimidad jerárquica, en tanto la solidaridad tiene más legitimidad propia. No es por azar que el pactismo acompañó al incremento del papel protagónico del hombre en el mundo moderno.

3. En la **dimensión normológica** el mayor protagonismo humano se manifiesta en el em-

pleo de normas generales por el antecedente, realizadoras del valor predecibilidad. El protagonismo se relaciona más con el paradigma contractual y la jerarquía está más presente en el paradigma institucional. El mayor protagonismo del hombre se muestra también en la comprensión del ordenamiento normativo, que satisface en sus diversas perspectivas los valores subordinación, ilación, infalibilidad, concordancia y coherencia. No es por casualidad que la "teoría pura" del Derecho prestó tan especial atención al ordenamiento normativo, en que se manifiesta tan significativamente el protagonismo humano.

4. La dimensión clikdógica corresponde, como hemos señalado, a la mayor jerarquía humana, pues la justicia es el valor jurídico más especialmente humano. A diferencia de la idea de "Derecho Natural" construida frecuentemente como un Derecho formado sin intervención humana y conocido sin esfuerzo, la noción de valor empleada para la justicia es un desafío para el descubrimiento por el hombre e incluso para la tarea "co-creadora" del ser humano. La noción de Derecho Natural entendida de esa manera desviada significa un aislamiento entre protagonismo y jerarquía del hombre que, en cambio, la idea de valor requiere integrar.

El subjetivismo axiológico disminuye la jerarquía humana en aras del protagonismo y, en cambio, el objetivismo, del que participa el trialismo, es una vía para el equilibrio entre protagonismo y jerarquía. Con la consideración de los valores fabricados el trialismo reconoce un cauce principal al protagonismo, en tanto que con la atención a los valores naturales, sobre todo al único valor absoluto del Derecho, que es la justicia, descubre sólido fundamento a la jerarquía humana. La justicia es punto de integración de la "prejusticia" (del poder, la cooperación, etc.) en que se desenvuelve el protagonismo humano y la "metajusticia" (justicia cósmica) en que acaba de fundamentarse la jerarquía del hombre. A su vez, la justicia abre camino jerarquizado a la "infrajusticia" en que el hombre queda legitimado para protagonizar la elección y fabricación de valores.

Entre los despliegues de la justicia como valor —valencia, valoración y orientación— el que más evidencia la jerarquía del hombre es la valoración, donde resulta un deber ser ideal aplicado respecto de la situación del ser humano. En cambio la valencia es más distante del hombre y los criterios generales orientadores suelen, invocar una mayor jerarquía, pero pueden avasallarlo. En el deber ser ideal aplicado personal (deber de actuar) de la valoración se integran protagonismo y jerarquía.

El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona. La libertad se relaciona más con el protagonismo y la personalización se vincula especialmente con la jerarquía. La pretensión de libertad y protagonismo sin finalidad superior y de personalización y jerarquía sin el camino de la libertad y el protagonismo hacen imposible la justicia. Hay, en definitiva, una especie de relación "dialéctica" entre protagonismo y jerarquía, que se integra en la justicia.

El protagonismo del ser humano se vincula especialmente con la legitimidad de los repartidores, su jerarquía se relaciona más con la justicia del objeto y la forma debe servir al enlace entre protagonismo y jerarquía. A su vez, el protagonismo es mayor en el desempeño del repartidor autónomo y llega a cierta radicalización en los repartidores antiautónomos (dikiológicamente de facto) ; en cambio, la jerarquía alcanza su mayor expresión en los repartidores aristocráticos. Sin embargo, puede afirmarse que en los repartidores autónomos se integran el protagonismo con la relativa "autojerarquía".

En el objeto del reparto la integración de protagonismo y jerarquía alcanza su mayor grado en la justicia de la actividad humana, en la

que cabe distinguir la rutina "puramente" protagonista y al fin negadora del protagonismo, la "taumaturgia" radicalmente jerarquizante y al fin sin real jerarquía y la creación, donde protagonismo y jerarquía se integran. La creación, al realizar los valores y sobre todo cuando nega al "segundo grado", de promover la realización de valores, es la máxima consagración del protagonismo. Además, desde la perspectiva de la vida como otro objeto repartidero, cabe señalar que el suicidio en sentido estricto y el "holocausto" radical (que interrumpen el desarrollo de la personalidad) son respectivamente puro protagonismo y pura jerarquía, y el autosacrificio (que desarrolla la personalidad) integra el protagonismo con la jerarquía.

Protagonismo y jerarquía se integran en las formas de los repartos del proceso y la negociación, superadoras respectivamente de la mera imposición y la adhesión. La tensión entre protagonismo y jerarquía se evidencia, por ejemplo, en la tensión entre democracia y eficiencia ².

2. Es posible v. en este mismo volumen las bases de la comunicación, "Libertad, participación, comunidad", presentada por el autor al II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social. Asimismo v., por ej., OICUN, Arthur M., "Igualdad y eficiencia", trad. María Esperanza Clavel de Ledesma, Bs As., Sudamericana, 1982.

Cuando el protagonismo y la jerarquía se acentúan demasiado se llega al individualismo y al totalitarismo, en tanto que cuando se integran se alcanza el humanismo. Cuando el protagonismo se desarrolla en exceso se arriba al clima de agnosticismo, y cuando la jerarquía se desborda se llega a la autoridad. Sólo la tolerancia, que cree en la verdad pero permite la propaganda de todas las ideas, muestra el equilibrio debido entre protagonismo y jerarquía.

Los medios **que deben contribuir a la** realización del régimen de justicia, **o sea la protección del individuo contra los demás**, como individuos y como régimen, frente a sí mismo y a todo "lo demás", exigen protagonismo y jerarquía; **sin embargo el protagonismo se relaciona más con el amparo respecto de los** demás y "lo demás" y la jerarquía se hace más necesaria para el amparo en relación consigo mismo.

5. En cuanto a las *ramas del mundo jurídico*, el 'Derecho de las Obligaciones contractuales es ejemplo de un sector más basado en el protagonismo, en tanto que, v. gr. el Derecho Constitucional, se remite más a la jerarquización de los seres humanos. A su vez, el Derecho Administrativo es más protagónico que el Derecho Constitucional y éste se vale, en definitiva, de una parte "jerárquica" (derechos

fundamentales) y otra de protagonismo (parte orgánica) .

Las mayores referencias de una rama jurídica a la jerarquía de lo humano suelen estar en la Parte General, y de cierto modo el papel protagónico se desarrolla más en la Parte Especial.

LIBERTAD, PARTICIPACION, COMUNIDAD ()

I . NOCIONES FUNDAMENTALES

La libertad, la participación y la comunidad forman un "arco" de realidades vitales que a nuestro parecer es mejor comprendido cuando se lo enfoca desde las diversas perspectivas propuestas por la teoría trialista del mundo jurídico, la cual —dentro de la concepción tridimensional del Derecho— sostiene que dicho mundo es un conjunto de repartos captados por normas y valorados (los repartos, y en relación con ellos las normas) por la justicia ¹. En

Bases de la comunicación presentada al II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social (São Paulo, 31-8 al 5-9-1986) .

- 1, Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se basa esta comunicación, puede v. por ej. GOLD-SCHMIDT, 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,

general se trata de un complejo problemático que parte de los sujetos, en quienes se centra la libertad, y llega a la atención a los objetos, en los que se manifiesta principalmente la comunidad, pasando por la forma de participación. A su vez, por su función de "enlace" la participación posee un despliegue más subjetivo (por los sujetos que participan) y otro despliegue más objetivo (de los objetos en que se participa) ²

Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986. Respecto de la concepción tridimensional del Derecho es posible c., v. gr. REALE, Miguel, "Teoría tridimensional del Derecho", trad. Juan Antonio Sardina-Páramo, Valparaíso, Edeval, 1978 (Y ed. de la obra, Sao Paulo, Saraiva, 1980).

2. Como testimonio de la preocupación contemporánea por la participación, v. por ej. RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10^a ed. Cambridge, Harvard University Press, 1980, parág. 37, págs. 228 y ss.; OLLERO, Andrés, "Legitimación democrática del derecho y positivismo legalista" en "Derecho y Soberanía popular", "Anales de la cátedra Francisco Suárez", N^o 16, págs. 129 y ss.; LOPEZ CALERA, Nicolás María, "Derecho y democracia - Relaciones y exigencias en la crisis actual", 1^o Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito; SAMPAIO FERRAZ, Tercio Jr.), "Participación y libertad: un análisis conceptual", en "Memoria del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social", vol. IV, págs. 199 y ss.- MAMUT, Leonid, "El derecho y la democracia", en íd., vol. VII, págs. 313 y ss.; DIAZ, Elías, "La sociedad entre el Derecho y la justicia", Barcelona, Salvat, 1982, págs. 58 y ss.; NINO, Carlos S., "Ética y derechos humanos",

La integración de la libertad y la comunidad, que en nuestro tiempo se procura principalmente a través de la participación, ha tenido en otras épocas otras vías, a veces relativamente no conscientes y en otros casos apoyadas en la mera autoridad. Aunque libertad y comunidad han sido reconocidas siempre, es nuestra época la que ha comprendido de manera especial el significado de la participación, sobre todo porque con una visión predominantemente idealista genética (para la cual el sujeto crea al objeto), entiende que es el hombre quien ha de construirse su libertad y su comunidad a través de la participación. Aunque creemos que la posición acertada es el realismo genético (para el cual el sujeto no crea, sino descubre al objeto), cabe admitir que el idealismo genético ha sido útil para que se reconociera más —a veces exageradamente— la importancia de la participación.

Luego de la relativa disolución de la comunidad medieval y de la libertad anhelada a través de la Edad Moderna, la complementación

Bs. As., Paidós, 1984, ágs. 238 y ss., también PECESBARBA MARTINEZ, ^tegorio, Nuevas reflexiones sobre la teoría detnocrática de la justicia", en "Anuario de Derechos Humanos", 2, págs. 331 y ss., HUNT, Ronald J.: "The Crisis o Liberal Democracy" (coment.), en "Polity", vol. XIItI, 2, págs. 312 y ss.

de comunidad y libertad no tiene otro camino que la participación ³. Todos los fenómenos jurídicos pueden ser comprendidos a la luz de la relativa "dialéctica" de la libertad y la comunidad confluyendo e integrándose en la participación, que está presente en toda manifestación del Derecho, pero con especial claridad en la juridicidad de nuestros días. A través de las consideraciones que siguen es posible trazar el "perfil" de un régimen respecto de la libertad, la participación y la comunidad, que constituyen una parte especialmente significativa de la problemática jurídica de este tiempo.

II. EL MUNDO JURIDICO

1) Parte General

a) Dimensión sociológica

En la dimensión sociológica la libertad significa la posibilidad del juego de distribuciones de la naturaleza, de las influencias humanas difusas o del azar, que realizan el valor de la espontaneidad, pero sobre todo el posible desarrollo de repartos que, como tales, satisfacen el valor conducción. La comunidad

3. La especial preocupación por la libertad y la participación es, además, característica de la cultura "occidental".

puede desenvolverse más equilibradamente al hilo de distribuciones o de repartos, satisfaciéndose respectivamente los valores espontaneidad y conducción, y la participación suele ser concebible con más pureza a través de la noción de repartos, con la pertinente realización del valor conducción. La libertad y la comunidad tienen ciertos significados cósmicos más amplios que la participación que, en cambio, posee un sentido más radicalmente humano. Entendida con este significado, la participación muestra un sentido de integración "humana" entre la libertad y la comunidad, y no es por azar que nuestro tiempo, que jerarquiza tanto la conducción humana, le otorga tanta importancia.

La libertad se vincula especialmente con la relación de los repartidores con los beneficiarios; la comunidad se refiere sobre todo a las potencias e impotencias que constituyen los objetos de los repartos y la participación se vincula principalmente con la forma de los repartos que, para que la participación sea más amplia, ha de ser de proceso o negociación (no de mera imposición ni de adhesión). La participación conduce a la problemática de los partidos y al fin se limita en el partidismo.

La libertad de todos los protagonistas significa el desarrollo de repartos autónomos, satisfactorios del valor operación, pero puede de-

desenvolverse parcialmente en un despliegue de repartos autoritarios que, como tales, realizan el valor poder. En su alcance cultural la comunidad tiene cierto sentido de "criptoautonomía", en tanto que autoridad y aislamiento poseen siempre alguna afinidad. Sin embargo, en cierto otro sentido la comunidad puede servir también de base a la autoridad. A su vez, la participación tiene su más alta expresión en la autonomía de la negociación, aunque también puede abrirse camino a través de la autoridad del proceso. Pese a que en sí misma la libertad es más opuesta a la autoridad, el carácter más **general" de las nociones de comunidad** y participación **las hace más desplegadoamente** afines a la autonomía. No es **por azar que si el siglo XVIII** y el siglo XIX se **concentraron en la** libertad parcial, la vocación de libertad general del siglo XX se dirige más a la comunidad y a la participación. Cuando se considera la historia de los regímenes precapitalistas hay que tener en cuenta que en ellos la autonomía solía desenvolverse de manera oculta a través de la comunidad.

La noción de libertad es especialmente afín al *"reparto"* de potencias e impotencias opuestas, en tanto que la comunidad se relaciona con el *"compartimiento"* de las mismas y la participación significa siempre cierto pasaje de la oposición a la agregación. Nuestro tiempo sue-

le promover la comunidad pero también enmascarar la oposición al hilo de la participación.

En cuanto a la ordenación de los repartos, la libertad es en general más afín a la ejemplaridad, que satisface el valor solidaridad, y la comunidad puede manifestarse más a través de la planificación gubernamental en marcha, realizadora del valor previsibilidad; pese a que, en la profundidad cultural, la comunidad es siempre promotora última de ejemplaridad. su vez, la participación tiende a enlazar la ejemplaridad con la planificación.

Los regímenes más apoyados en la comunidad son más sólidos que los remitidos a la libertad porque cuentan más con los medios constitutivos de la ejemplaridad y la planificación, pero la participación es una vía para consolidar los regímenes basados en la libertad. Los regímenes remitidos a la libertad son más inestables que los apoyados principalmente en la *comunidad; pero la participación es medio para estabilizarlos. Nuestro tiempo, que quiere sobre todo libertad y estabilidad, otorga en consecuencia especial reconocimiento a la participación.

La libertad sin límites hace peligrar el orden con su valor homónimo y puede producir anarquía, con su "desvalor" arbitrariedad, en tanto

que la comunidad excesiva puede exagerar el orden y llegar a la "masificación". La participación puede contribuir a que el orden se logre de una manera más justa y sea paz.

La tríada libertad, participación, comunidad permite ahondar en la comprensión de las principales doctrinas y los más importantes regímenes de nuestro tiempo. La libertad y la participación inspiran a la democracia liberal; la comunidad y cierta participación caracterizan a las respuestas de tipo soviético y la satisfacción de las tres exigencias es anhelo del social-cristianismo y de la social democracia, que no por azar han ganado terreno de manera especial en las últimas décadas. Sin embargo, a veces la desviación superficialista procura la participación por la participación misma.

b) Dimensión normológica

La libertad se relaciona especialmente con las normas individuales según su antecedente, que contemplan sectores sociales descriptos y realizan el valor inmediatez, en tanto que la comunidad puede expresarse más fácilmente mediante normas generales, que se refieren a sectores sociales supuestos y satisfacen el valor predecibilidad. La participación enlaza las características de las normas individuales y generales, porque permite que la inmediatez se

haga predecible y facilita que la predecibilidad se aproxime a la realidad y adquiera inmediatez.

Hay fuentes formales especialmente vinculadas con la libertad, como el contrato, y otras más relacionadas con la comunidad, entre las que figura la ley. La participación en la vida del contrato evidencia, sin embargo, una comunidad, y la participación en la elaboración de las leyes se relaciona con la libertad. Por otra parte, si la libertad se vincula más con la noción de contrato, la comunidad se relaciona más con el concepto de institución. La participación significa cierta institucionalización del contrato y corresponde a cierta contractualización de la institución.

El funcionamiento de la norma como captación lógica neutral de un reparto proyectado, toma como base una decisión repartidora que se enmarca en la libertad, pero tiene que culminar en la realidad, que es despliegue de la comunidad. Las expresiones mayores de la libertad son la producción de carencias dialógicas, en que las normas son rechazadas por considerarlas injustas, y la libertad relativamente cristalizada que se averigua en la interpretación histórica. Las mayores manifestaciones de la comunidad están en la interpretación literal, que corresponde al contenido que atribuye a la norma la comunidad en qué ha de

aplicarse, y en la realidad en que la aplicación ha de *efectivizar* la norma. Si bien la norma nace en un ejercicio de la libertad su funcionamiento comienza, con la interpretación literal, y concluye, con la efectivización, en marcos de comunidad. Para que la libertad y la comunidad se interrelacionen debidamente es necesario que haya participación en el funcionamiento de las normas, principalmente en su elaboración y su aplicación.

Desde el punto de vista de las relaciones entre normas, la libertad se refiere a las relaciones verticales y horizontales de producción, que realizan los valores subordinación e infalibilidad, pero en el sentido de neutralizarlas, dando lugar a una fuerte dependencia de las relaciones de contenido que, en cambio, satisfacen los valores ilación y concordancia. La comunidad es de cierto modo indiferente a las relaciones de producción y se refiere sobre todo a las vinculaciones de contenido, que satisfacen dichos valores ilación y concordancia. La participación se refiere a las relaciones de producción, pero con miras a fortalecer las vinculaciones de contenido, sobre todo para que a través de cierta subordinación entre normas se logre la ilación e incluso para que haya concordancia participativa. La libertad sin límites pone en peligro la coherencia y la comunidad puede desarrollarla en exceso, en tanto que la participación

puede contribuir a que la coherencia se logre de una manera más justa y sea armonía.

e) Dimensión dikelógica

Aunque libertad, participación y comunidad son exigencias de la justicia en sentido objetivo (de ente ideal exigente), no cabe duda que las dos primeras y sobre todo la libertad, al acentuar el papel protagónico del ser humano, se vinculan con la concepción subjetiva de la justicia, que ha ganado especialmente aceptación en nuestro tiempo. La participación es un tema de particular interés común entre quienes sostienen una noción subjetivista de la justicia y quienes reconocemos que además de los puntos de vista subjetivos la justicia, como valor, posee objetividad.

Como los seres humanos vivimos y nos comunicamos al hilo de valores, la participación, la comunidad e incluso la libertad sólo pueden producirse en relación con ellos. La vinculación debida entre libertad, participación y comunidad debe reconocerse según el valor natural absoluto justicia, que es el único valor absoluto del Derecho. Sin embargo, la libertad se relaciona especialmente con los valores fabricados, a los que brinda espacio, la comunidad se vincula más con los valores naturales y la participación tiende a enlazar los dos marcos,

sobre todo facilitando que los valores fabricados ingresen en el ámbito consagrado por los valores naturales y en especial por el más alto valor a nuestro alcance, la humanidad (el deber de ser nuestro ser) . La radicalización de la importancia atribuida a la libertad, a la participación o a la comunidad conduce a la falsificación y la perversión del valor.

La libertad ubica en el ámbito de la "infrajusticia", en que los hombres quedamos habilitados para "fabricar". valores —incluso eligiendo valores naturales— y en el marco de la "prejusticia", sobre todo por encaminarse a la realización de la justicia a través de la cooperación. La comunidad se relaciona con la "metajusticia", o sea la justicia cósmica, y con la "prejusticia" con una mayor preferencia por el poder. La participación es, sobre todo, una vía de "prejusticia" en que se confía en la realización de la justicia a través de la cooperación en el poder.

En el marco de la clasificación más tradicional de la justicia, la libertad se vincula más con la justicia correctiva, en tanto que la participación se relaciona más con la justicia distributiva y la comunidad se vincula más con la justicia legal. En relación con estudios contemporáneos puede decirse que la libertad y la participación son afines a la justicia consensual y su exageración conduce al. "consensualismo"

expresado, por ejemplo, en el convencionalismo. La comunidad es, en cambio, afín a la justicia • extraconsensual y su desborde lleva al decisionismo. La libertad se vincula especialmente con la justicia monologal y su exageración conduce a la monotonía, en tanto que la participación y la comunidad se relacionan más con la justicia dialogal y su desborde lleva al "discursivismo". La libertad se relaciona más con la justicia de aislamiento y su exageración conduce al disgregacionismo, evidenciado por ejemplo en la doctrina de la supervivencia de los más aptos, en tanto que la participación y la comunidad se vinculan más con la justicia "de participación" y su desborde lleva al agregacionismo. La libertad se relaciona con la justicia absoluta y su exageración lleva al esencialismo y, por su lado, la participación y la comunidad son más afines a la justicia relativa y su desborde lleva al formalismo. La libertad se relaciona más con la justicia debida a los particulares y su exageración conduce al individualismo y, en cambio, la comunidad se relaciona especialmente con la justicia general (referida, a la comunidad) y su desborde lleva al totalitarismo. La participación es una vía de enlace entre la justicia particular y la justicia general.

Como la justicia particular es la identificación última del Derecho Privado y la justicia general es la razón de ser más profunda del

Derecho Público, la libertad resulta afín al primero y la comunidad se emparenta con el segundo. La participación, como enlace entre libertad y comunidad, es una vía para integrar el Derecho Privado y el Derecho Público y no es por azar que nuestro tiempo, que tan dificultosamente procura vincularlos, le brinda tanta atención. La burguesía, que dio importancia básica al Derecho Privado, procuró también de manera especial que la libertad y la participación penetraran en el Derecho Público.

La libertad, la participación y la comunidad pueden comprenderse al hilo de los tres despliegues del valor: la valencia, la valoración y la orientación. Las tres alcanzan distintos niveles según se refieran a estos despliegues: su mayor profundidad está en la valencia y la valoración, en tanto que la orientación mediante criterios generales corresponde a la mayor superficialidad. Se es más libre, se participa más y se está más integrado en la comunidad cuando la libertad, la participación y la comunidad alcanzan a las valencias y las valoraciones. En nuestra época, la libertad suele alcanzar en apariencia a las valencias y las valoraciones, en tanto que no hay correspondencia en el marco de la comunidad, que con frecuencia —con la principal excepción de la utilidad— se limita a ciertos criterios generales orientadores, atrapando a la misma libertad. También la referen-

cia limitada a criterios generales orientadores es una de las mayores dificultades de la participación de nuestro tiempo, tantas veces falsificada por imposiciones ocultas. En épocas como la nuestra, de profunda crisis, la libertad, la participación y la comunidad se hacen muy problemáticas, sobre todo en los niveles más hondos.

Aunque la participación, la comunidad y la libertad deben ser plenas en cuanto a la amplitud del plexo valorativo y profundas respecto de los despliegues, en nuestro tiempo se producen con demasiada frecuencia al hilo de la utilidad y de sus criterios, de modo que este valor se subvierte contra valores superiores y se arroga el material estimativo que deberían tener los otros valores.

El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona. El individuo es más radicalmente libre, pero la persona ha de desarrollarse en los tres despliegues de libertad, participación y comunidad: la libertad ha de integrarse con la comunidad a través de la participación.

La libertad y la participación se vinculan especialmente con la legitimidad de los repartidores por la autonomía (incluyendo también la paraautonomía, la infraautonomía y la cripto-

autonomía) , en tanto que la comunidad brinda más juego a la aristocracia ⁴ Sin embargo, uno de los problemas más difíciles de nuestro tiempo es el de la participación aristocrática, que —por ejemplo— es particularmente tenso en ciertas instituciones como la Universidad.

Como culminación de las jerarquías cósmicas, los hombres somos los beneficiarios últimos que deben tener la libertad, la participación y la comunidad. Quizás en esto estriba en cierto sentido la justicia del significado "humanista" —a veces indebidamente radical— que tiene la participación. La libertad y la participación de los interesados limitan la *responsabilidad* de los repartidores, pero como la libertad y la participación no son la justicia misma no la excluyen totalmente.

La libertad significa un marco potencial más abstracto que se debe ir concretando a través de la participación y llega a un grado de mayor concreción en la comunidad. Los objetos repartidos más vinculados con el arco cultural que parte de la libertad y llega a la comunidad son las potencias e impotencias relacionadas al *proponer y al beneficiarse* con los valores, porque la vida misma tiene su más alta significación a través de ellos. El hombre debe ser libre para proponer valores y beneficiarse

4. Aristocracia como superioridad moral, científica y técnica.

a través de sus exigencias, ha de tener cauces participativos para hacerlo y debe estar integrado en la comunidad de proponentes y beneficiarios.

Las formas de los repartos son vías de posible participación que, como tales, deben ser orientadas por las exigencias de libertad y de comunidad, vinculadas a su vez, de manera especial, a la respectiva legitimidad de los repartidores y los objetos del reparto. Para que la participación sea más justa ha de encauzarse por las sendas del proceso y la negociación.

En relación con las exigencias de un régimen de justicia, la libertad se vincula especialmente con la *unicidad* y con el liberalismo político, la participación tiene fácil relación con la *igualdad* y la democracia y la *comunidad* es precisamente un requerimiento de todo régimen de justicia, que se realiza en la "res publica". Para que la libertad, la participación y la comunidad sean integrales, el liberalismo, la democracia y la "res publica" deben referirse a todo el complejo cultural. Cuando la unicidad se exagera se llega al liberalismo radical y al anarquismo, el exceso de participación conduce al democratismo y el desborde de la comunidad lleva al totalitarismo.

Sólo el debido equilibrio entre libertad, participación y comunidad puede brindar el clima de *tolerancia* exigido por la justicia del régi-

men. Si se exagera la libertad se llega al clima de agnosticismo (como negación de la posibilidad de conocimiento en general) ; cuando se desborda la comunidad se arriba al clima de autoridad, y si se radicaliza la participación se cae en el clima de convencionalismo.

En cuanto a los medios para realizar el régimen de justicia, la libertad se relaciona con la protección contra los demás, respecto de uno mismo y frente a todo "lo demás", aunque tradicionalmente se la considera más en el primer sentido; la participación ampara sobre todo frente a "lo demás" en el sentido del aislamiento, y la comunidad protege principalmente contra "lo demás" como carencia y respecto de las limitaciones de uno mismo. Urge, sobre todo, que haya libertad y comunidad para la participación y que haya participación para que se desarrollen la libertad y la comunidad en la mayor plenitud posible,.

2) Las ramas del mundo iurídico

También las ramas del mundo jurídico pueden ser comprendidas a la luz de la "dialéctica" de libertad, participación y comunidad. Así, por ejemplo, el Derecho Constitucional suele presentar en una parte de las constituciones escritas las declaraciones, los derechos y las garantías, que hacen sobre todo a la liber-

tad y a la comunidad y, en otra parte, la organización del gobierno, que se relaciona principalmente con la participación. En el Derecho Civil, el Derecho de las Obligaciones contractuales se vincula de manera especial con la libertad y con la participación y el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio se relacionan principalmente con la comunidad. El propio Derecho de las Obligaciones muestra el despliegue de la libertad y la participación en los vínculos contractuales y una proyección mayor a la comunidad en las obligaciones que nacen sin convención. El avance de las visiones contractualistas de la familia que se ha producido en nuestro tiempo significa que en ese marco la libertad y la participación ganan terreno sobre la comunidad.

III. HORIZONTE POLITICO GENERAL

En el marco del mundo político en general, la libertad se vincula especialmente con la política jurídica (o Derecho), identificable por las exigencias de justicia, en tanto que la comunidad se relaciona más con la política erológica (o "erótica"), que nace por los requerimientos del valor amor. La participación puede comprenderse con una vía de enlace entre ambas ramas políticas. En pocas áreas del mun-

do político la "dialéctica" entre libertad, participación y comunidad es tan evidente como en la *política educacional*, donde a través de la participación ha de desarrollarse el difícil diálogo entre la libertad del "educando" y la comunidad cultural de la sociedad. El debido equilibrio entre libertad, participación y comunidad es problema de la *política cultural*, que se ocupa del conjunto del complejo axiológico de la sociedad (***).

1** Ver páginas siguientes.

CUADRO EMPLEADO
EN LA EXPOSICION ORAL

(* * *) Cuadro empleado para la exposición oral de la comunicación

	<i>Libertad</i>	<i>Participación</i>	<i>Comunidad</i>
I. <i>Nociones fundamentales</i>	Probl. del sujeto	Forma	Ref. a objetos
	integración dialéctica		
II. <i>El mundo jurídico</i>			+ equilibrio de conducción y espontaneidad
1) <i>Parte General</i>	Conducción	Conducción	
a) <i>Dimensión sociológica</i>			
	Relac. de reparto- res y recip.	Forma: proceso - negociación	Objetos
	Si todos, + rep. au- tónomo (coop.) Par- cial, rep. autoritario (poder)	alta expresión en la autonomía de la negociación	Criptoautonomía
	Repartimiento (oposición)		Compartimiento (agregación)
	Ejemplaridad		-I- planificación, pero en prof. ejemplaridad
	— solidez		solidez
	— estabilidad	Estabilización	+ estabilidad
		democracia liberal	regímenes t. soviét.
		social-cristianismo social-democracia	
		Riesgo de superfi- cialismo	
b) <i>Dimensión normológica</i>	Norma individual		Norma general
	Contrato		Ley

	<i>Libertar!</i>	<i>Participación</i>	<i>Comunidad</i>
	Carencia dikelóg. Interp. histórica		Interp. literal Efectivización
	Contrato		Institución
	Ref. y neutralíz. relac. produc. ordenam. por con- tenido — coherencia		Indif. produc.; se ref. + a contenido Puede haber exceso de coherencia
<i>c) Dimensión dikelógica</i> Libertad, partic. y comun., exigencias de	Afinidad subjet. justicia		objetividad

+ valores fabricados		± valores naturales	
infrajusticia	prejusticia (cooperac., poder, etc.)	• metajusticia	
+ justicia correctiva	just. distrib.	just. legal	
± justicia monologal	just. dialogal	± justicia dialogal	
just. ref. partic. riesgo individ. Derecho Privado		just. general riesgo totalit. Derecho Público	
Pueden presentarse como valencia, valoración, orientación			

<i>Libertad</i>	<i>Participación</i>	<i>Comunidad</i>
Repartidor autónomo		Repartidor aristocrático
Responsabilidad limitada		+ responsabilidad
Proponer <i>y</i> beneficiarse valores	Cauces para proponer <i>y</i> benef.	Integrarse al hilo de valores
Unicidad Exageración, agnosticismo	Tolerancia	Comunidad Exageración, autoridad
Protección contra los demás	Protección c/lo demás como aislamiento	Protección c/lo demás como carencia

2) *Las ramas del mundo jurídico*

Declaraciones

Derecho Civil	Der. Oblig. Contri	Der . Familia
Derecho de las Obligaciones	Convencionales	" Sucesorio
		Oblig. que nacen sin convención

Derecho Sucesorio	Suces. Testamen t.	Sucesión ab intest.
-------------------	--------------------	---------------------

<i>III. Horizonte político general</i>	4- política juríd.	± política erológica
--	--------------------	----------------------

Polít. educacional	Educando	Sociedad
--------------------	----------	----------

Política cultural _____

NOTAS SOBRE LOS VALORES JURIDICOS *)

1. El hombre es un ser caracterizable por su especial conciencia de la tensión entre *ser y deber ser*. La divinidad es el Ser donde uno y otro coinciden plenamente —Dios es el Ser que Debe Ser— y los seres inferiores no tienen conciencia del deber ser. Sin embargo, esa conciencia no es siempre igualmente intensa, y el momento en que se hizo mayor fue el del siglo XIX y los comienzos del siglo XX, cuando crecieron el disconformismo humano y la pretensión del hombre de dominar el ser del universo. Fue entonces cuando la conciencia del deber ser se basó en la noción filosófica de *valor*, continuando en otro sentido la noción de valor que había comenzado a utilizarse en

* Ideas básicas de una disertación en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

la Economía. Fue en ese marco en que se formó la Axiología ¹.

En relación con el tema del valor se han desarrollado, desde hace largo tiempo, diversas teorías ², pero a nuestro parecer el valor es un despliegue del ser en sentido amplio, que abarca el ser en sentido estricto y su *deber ser* o valor. Si bien el deber ser puede establecerse por el propio ser al que se exige o por otro ser—presentándose despliegues del deber ser *propios y derivados*— los valores sólo pueden establecerse en relación con el propio ser al que exigen, aunque pueden referirse al respeto hacia los otros seres. Un animal, por ejemplo, tiene el deber ser de su propio ser, que es abarcable en definitiva en el valor de su animalidad, y también está sometido al deber originado en el hombre, pero no puede realizar el valor humanidad. Puede tener deber ser derivado de humanidad, justicia, coherencia, etc. y así satisfacer estos valores, pero no ser humano, justo, coherente, etc.

El más alto valor que podemos realizar los seres humanos es la *humanidad* (el deber ser

1. Puede v. por ej. HESSEN, Johannes, *"Filosofía dos valores"*, trad. Prof. L. Cabral de Moncada, 5ª ed., Coimbra, Amado, 1980, esp. págs. 24 y ss.; *"Tratado de Filosofía"*, trad. Juan Adolfo Vázquez - Lucía Piossek Prebisch, Bs. As., Sudamericana, 1970, esp. págs. 371 y ss.
2. v. por ej. HESSEN, *"Filosofía..."*, cit., págs. 29 y ss.

de nuestro propio ser) , en relación con la cual valen todos los otros valores que podemos realizar: amor, santidad, belleza, justicia, etc. Para los creyentes es posible reconocer el valor superior de la divinidad, pero conviene destacar que pese a ser el valor más elevado no está a nuestro alcance realizarlo en nuestro ser . Podemos tener deber ser de divinidad, e incluso creemos que el respeto a la divinidad es parte de nuestro valor humanidad; está a nuestro alcance satisfacer exigencias de divinidad, pero no podemos ser divinos.

Los valores son naturales o fabricados y, a su vez, los valores naturales son absolutos o relativos. Los valores naturales tienen una referencia básica al ser, en tanto que los valores fabricados, pese a ser al fin desdoblamiento del ser, nacen de un deber ser "real" con más referencia al deber ser. A su vez, los valores relativos se vinculan más con el ser y los absolutos se proyectan más al deber ser. El ser que fabrica valores es el hombre, los seres inferiores están atados a la naturalidad y la divinidad otorga naturalidad a todos los valores que crea'.

2. Para que la humanidad se realice en el Derecho se exige la satisfacción de un comple-

3 . En la creación desaparece la tensión entre lo natural y lo fabricado.

jo axiológico que constituye el deber ser relacionado con nuestro ser jurídico . Se trata, en definitiva, de las perfecciones de que es capaz nuestro ser en el área que esa misma capacidad lleva a identificar como Derecho, y a luz de la teoría *trialista*, dicho complejo se refiere a las dimensiones sociológica, normológica y di-kelógica del mundo jurídico. Además el conjunto axiológico jurídico debe integrarse con otros valores de otras ramas que también forman, con el Derecho, parte del mundo político.

En la dimensión sociológica del Derecho pueden realizarse los valores naturales *conducción* (*por* los repartos) y *espontaneidad* (*en* las distribuciones) , *poder* (*por* los repartos autoritarios) , *cooperación* (*en* los repartos autónomos) , *previsibilidad* (*por* la planificación gubernamental en marcha) , *solidaridad* (*en* la ejemplaridad) y *orden* (*por* el conjunto del régimen) . En la dimensión normológica, aunque con amplia referencia a la dimensión sociológica, pueden realizarse los valores naturales *fidelidad* (si se capta con acierto el contenido de la voluntad de los autores de las normatividades), *exactitud* (si esos contenidos se cumplen) , *adecuación* (por la correspondencia de los productos de las normatividades con los fines de los autores), *predecibilidad* (por las normas generales) e *inmediatez* (*en* las normas individuales). Además, en el ordenamiento normativo, pue-

den realizarse los valores naturales *subordinación* (*por* las relaciones verticales de producción), *ilación* (*en* las vinculaciones verticales de contenido), *infalibilidad* (*por* las relaciones horizontales de producción), *concordancia* (*en* las relaciones horizontales de contenido), y *coherencia* (*por* el conjunto del ordenamiento). El valor que da origen a la dimensión dikelógica es la *justicia*, que debe coronar el resto del plexo valorativo del Derecho como único valor natural absoluto del mismo y más alta expresión jurídica del valor humanidad'.

En el valor justicia la tensión entre ser y deber ser alcanza el mayor grado respecto a los otros valores jurídicos, como lo evidencia la correspondencia de los nombres de otros valores con fenómenos sociológicos o normológicos (poder, cooperación, orden, subordinación, ilación, etc.), en tanto que la expresión justicia tiene sólo el significado directo que la relaciona con lo justo. Es por mero reflejo par-

4. Acerca del trialismo puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, *"Introducción filosófica al Derecho"* 51 ed., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, *"Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984; *"Perspectivas Jurídicas"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; *"Estudios Jusfilosóficos"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *"Derecho y Política"*, Bs. As., Depalma, 1976.

cial que se la emplea para nombrar al servicio de administración de justicia .

El carácter social e integrado en la naturaleza y en el cosmos en general que poseemos los hombres hace que dentro de los valores culminantes en la humanidad quepan valores no sólo de relación con los otros hombres (v. gr. la cooperación) sino de vinculación con el resto del cosmos (por ej. el poder y, sobre todo, la espontaneidad) .

3 . En relación con la justicia cabe reconocer y jerarquizar los "valores" *seguridad y libertad* que en última instancia más que como valores deberían ser reconocidos respectivamente como un producto y una exigencia del valor . Como la justicia es una categoría "pan-tónoma" (pan—todo; nomos—ley que gobierna) referida a la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras, y los seres humanos no podemos satisfacer íntegramente sus exigencias por no ser ni omniscientes ni omnipotentes, se nos hacen necesarios fraccionamientos que producen *seguridad* jurídica. En definitiva, todo fraccionamiento de un valor produce "seguridad" en su **despliegue. A su vez, el principio** supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de *libertad* necesaria para convertirse en persona. Seguridad y **libertad**

deben ser, en consecuencia, para la justicia. Sin embargo, la justicia depende de cada situación y en cada una pueden resultar debidas diferentes integraciones de la libertad y la seguridad como instrumentos para la justicia.

Como la justicia exige libertad los fraccionamientos de la justicia son, en cierto sentido, fraccionamientos de la libertad. Se trata de fraccionar la libertad para tener la seguridad de lograr la más significativa realización de la libertad. Aunque la cuestión es discutible, entendemos que la seguridad debe ser medio para la libertad y nos parece más claro todavía que la seguridad y la libertad han de ser medios para la justicia, o sea, en definitiva para la personalización de los seres humanos. Prueba del carácter "instrumental" que deben tener la seguridad y la libertad es que respecto de la primera puede preguntarse "seguridad de qué" y acerca de la segunda es posible interrogar "libertad para qué", en cambio en relación con la justicia el de qué y el para qué se contestan por ella misma. La seguridad y la libertad pueden realizarse en demasía, en cambio cuanta más justicia se realice, tanto mejor'. En profundidad la li-

5. Es posible v., por ej. CAMPS, Victoria, "La inútil idea de la libertad" (separata); BREYLE, Magdalena, "Nuestra incómoda libertad", Bs. As., Troquel, 1969, esp. págs. i78 y ss ; RAWLS, John, "A Theory of Justice", UY'

bertad y la seguridad tienen mayor relación con el ser, y en caso de constituir valores serían valores relativos; la justicia se remite más al deber ser, y es el valor absoluto del Derecho.

La relación entre libertad, seguridad y justicia es reconocida con diferentes alcances según los *puestos* que se atribuyan al hombre en el cosmos : Si el ser humano es una totalidad axiológica auto suficiente ganan jerarquía la libertad y la seguridad respecto de ella; si en cambio el hombre es un ser que debe integrarse con los demás y el resto del cosmos ganan jerarquía la justicia y la seguridad acerca de la justicia . Aunque la justicia es el más alto valor jurídico, como el hombre es un elemento de especial jerarquía en la *evolución cósmica* la libertad es una vía particularmente calificada que sólo debe ser limitada ante claros requerimientos de justicia' . Toda duda real respecto de la

ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980, esp. parág. 32, págs. 201 y ss.. DWORKIN, Ronald, *"Los derechos en serio"*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, esp. págs. 349 y ss.; también, v.gr., FROMM, Erich, *"El miedo a la libertad"*, trad. Gino Germani, Bs. As., Paidós, 1961; MARCUSE, Herbert, *"El hombre unidimensional"*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969.

6. Es posible v. por ej. TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, *"La aparición del hombre"*, trad. Carmen Castro, 5ª ed., Madrid, Taurus, 1965, esp. págs. 171 y ss.; CIURO CALDANI, *"Perspectivas..." cit.*, págs. 261 y ss.; CUENOT, Claude, *"Ciencia y fe en Teilhard de Chardin"*,

seguridad debe resolverse en el sentido de la libertad .

4 . Para que se realice el valor humanidad todos los valores a nuestro alcance deben *coadyuvar* entre sí, contribuyendo los inferiores con los superiores en sentidos ascendente y descendente e integrándose los del mismo nivel . Los valores fabricados han de contribuir con los naturales, que son superiores, y dentro de los valores naturales los relativos han de contribuir con los absolutos, que son a su vez también superiores . Los valores del Derecho han de contribuir en sentidos ascendente y descendente en una escala que culmina en la justicia y llega luego a la humanidad y han de integrarse con los otros valores no jurídicos, como la utilidad, el amor, la salud, la belleza, la santidad, etc . , todo con miras a la debida realización del valor *humanidad* en el mundo jurídico y en el cosmos en general .

La tensión entre el ser y el deber ser varía según las circunstancias y también es reconocida con diferente intensidad según los distintos

trad. Ramón Hernández, Barcelona, Plaza 81 Janes, 1971; ARCIDIACONO, Vincenzo Prof., "*Ea cosmología moderna: ¿Filosofía o ciencia?*", en "*Folia Humanística*", t. XXIII, Núm. 270-271, págs. 434 y ss. (separata); "*Cosmología y pseudociencia*" en íd , t. XXIV, Núm. 2'78, págs. 145 y ss. (separata').

marcos históricos. En épocas como la nuestra su reconocimiento es muy limitado porque hay una significativa "disolución" del deber ser en el ser, de modo que nuestras aspiraciones de humanidad no son muy elevadas respecto de la realidad y los valores para los que tenemos más facilidad son los relativos y los fabricados . Los valores absolutos, como la justicia en el mundo jurídico, tienen escaso espacio para ser reconocidos .

La distancia entre ser y deber ser es mayor en los períodos de cultura y menor en los tiempos de civilización. En la decadencia la relación entre ser y deber ser se disloca . De aquí que nuestros días, de civilización e incluso de decadencia, tienen pocas posibilidades de reconocer las tensas exigencias de la justicia . El más amplio reconocimiento de la justicia corresponde a los tiempos en que el espíritu se empina tratando de alcanzar la distancia casi infinita que la literatura y la filosofía han ubicado durante siglos en las estrellas' .

7. ARTSTOTELES, "Ética Nicomaquea", en "Obras", trld. y notas Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, libro V, capítulo 1, Op-.,. 1227 (" ...a menudo parece la justicia... más admirable incluso que la estrella de la tarde y la de la mañana.") (se cita que es una probable referencia a algún poeta no reconocido) ; STAMMLER, R., "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. W. Roces, México, Nacional, 1980, parág. 80, pág. 212.

COMPRESION JUSFILOSOFICA DEL ESTOICISMO Y EL EPICUREISMO

I . IDEAS BASICAS

En Filosofía la historia y el sistema deben alimentarse recíprocamente. Cada sistema filosófico debería por lo menos intentar elaborar una historia de la Filosofía desde su perspectiva, para mostrar el grado de engarce que tiene en un despliegue tan importante del universo como es la historia. Esto es lo que trataremos de hacer en su momento con la Filosofía Jurídica trialista, y en las presentes notas muestra-

1. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 1ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976 .

remos cómo el estoicismo tiene, a nuestro parecer, la posibilidad de aclarar la oposición entre estoicismo y epicureísmo, que —como verdaderos aportes "clásicos"— expresan, en suma, dos de las actitudes básicas permanentes respecto de la vida y el mundo jurídico .

2. Respecto del estoicismo y el epicureísmo en la historia de la Filosofía del Derecho, puede c. por ej. FASSO, Guido, *"Historia de la Filosofía del Derecho"*, trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, t. I, 1978, págs. 76 y ss.; TRUYOL Y SERRA, Antonio, *"Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado"*, 6^a ed., Madrid, Alianza, t. I, 1978, págs. 173 y ss.; GOLDSCHMIDT, Víctor, *"Le fondement naturel du droit positif selon Epicure"*, en "Archives de philosophie du droit", t. 21, págs. 183 y ss.; VECCHIO, Giorgio del, *"Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico"* Milano, Giuffrè. 1963, págs. 232 y 22; *"Filosofía del Derecho"*, trad. Luis Recaséns Siches - Luis Legaz y Lacambra, 91 ed., Barcelona, Bosch, 1974, págs. 17 y ss.

Acerca del estoicismo y el epicureísmo en la Filosofía general es posible v., por ej., ABBAGNANO, Nicolás, *"Historia de la Filosofía"* trad. de Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar, Barcelona, Hora, t. I, 1981, págs. 168 y ss.; SCIACCA, Michele Federico, *"Historia de la Filosofía"*, trad. Adolfo Muñoz Alonso, Barcelona, Miracle, 1950, págs. 133 y ss.; FRAILE, Guillermo, O. P., *"Historia de la Filosofía"*, ed., corregida y actualizada por Teófilo Urdanoz, O. P., Madrid, La Editorial Católica, t. I, 1976, págs. 587 y ss.; HIRSCHBERGER, Johannes, *"Historia de la Filosofía"* trad. Luis Martínez Gómez, S. I., ed. ampliada, 5^a ed., Barcelona, Herder, t. I, 1973, págs. 216 y ss.; CHEVALIER, Jacques, *"Historia del pensamiento"*, trad. José Antonio Migu ez, ed., Madrid, Aguilar, t. I, 1968, págs. 368 y ss.; MONDOLFO, Rodolfo, "El pensamiento antiguo", 6^a ed., Buenos Aires, Losada, t. 2, 1969, págs. 299 y ss.; GOLDSCHMIDT, Víctor, *"El estoicismo antiguo"* y ARRIGHETTI, Graziano, *"Epicuro"*

No negamos que el estoicismo tuvo diversas etapas, pero esta evolución no le quitó identidad de conjunto. Tampoco negamos que el epicureísmo tuvo distintas orientaciones, mas creemos que hay una línea básica común. Creemos que, sobre estas bases, es posible desplegar una comparación genérica de los dos movimientos filosóficos.

Con miras al panorama "jurístico" de conjunto, el apego del estoicismo a lo racional lo hace más proclive al *unidimensionalismo dike-lógico*, que desvía la consideración del mundo jurídico concentrándola en la dimensión de justicia, en tanto que la intensa apertura del epicureísmo a la vida concreta lo acerca al *unidimensionalismo sociológico*, que limita la atención al despliegue de la realidad social.

y su escuela", en RAMNOUX, Clémence y otros, *Historia de la Filosofía*", trad. Santos Juliá - Miguel Bilbao, Madrid, Siglo XXI, t. 2, 1972, págs. 273 y ss. y 297 y ss. Respecto del pensamiento estoico v. por ej.: "*Oeuvres complètes de Sénèque*", trad. J. Baillaud, Paris, Hachette, 1860-1861; "*Máximas de Epicteto*", trad. Apeles Mestres, Madrid, Calpe; MARCO AURELIO, "*Los do, e libros*", Biblioteca Económica Hosófica, 1904 (c. tat-nbién "*Pensamientos*", BABEL, Bs. As., 1928). Acerca de las ideas epicúreas tener en cuenta, por ej., "*Oeuvres compltes de Lucrke*", trad. Lagrange - Bianchet, Paris, Garnier (c. TITO LUCRECIO CARO, "*De la naturaleza de las cosas*", trad. José Marchena, Madrid, Herwmdo, 1.897).

3. De Filosofía Jurídica "Menor".

II . EL MUNDO JURIDICO

1) Parte General

a) Dimensión sociológica

Aunque el estoicismo y el epicureísmo se caracterizan por su apertura a la naturaleza, el estoicismo se inclina más a reconocer "leyes" cósmicas, que dan especial jerarquía a las distribuciones de la naturaleza' sobre las otras distribuciones, e incluso respecto de los repartos, en tanto que el epicureísmo brinda más consideración a las distribuciones del azar'. La mayor vocación del estoicismo hacia la consideración del hombre en abstracto favorece el acuerdo, al hilo del cual se produce el reparto autónomo realizador del valor cooperación, pero al mismo tiempo hace que el acuerdo sea menos necesario. A su vez, la referencia del epicureísmo al hombre concreto hace al acuerdo más difícil y también más necesario y preferible. El estoicismo facilita el desarrollo del reparto autoritario, realizador del valor poder, pero al mismo tiempo lo hace menos necesario; el epicureísmo, a la inversa, lo dificulta y puede necesitarlo más.

4. Entendiendo la naturaleza al hilo de la razón.
5. Pese a su amplia apertura a la naturaleza con significado más actual, como instinto y sentido regulados y controlados por la razón.

La racionalidad del estoicismo favorece el desenvolvimiento del esquema "modelo y seguimiento" de la ejemplaridad, que satisface el valor solidaridad, aunque también hace más viable la planificación gubernamental en marcha, realizadora del valor previsibilidad, de modo que al fin la ejemplaridad se hace menos necesaria. En cambio, el epicureísmo hace que la ejemplaridad y la planificación sean relativamente más dificultosas pero las necesita más; en definitiva aunque prefiere más la ejemplaridad debe ordenar los repartos con una planificación más enérgica. Al hacer más viables los dos modos constitutivos del régimen, el estoicismo hace más fácil la realización del valor respectivo, que es el orden. El fácil despliegue del orden de repartos que concibe el estoicismo permite que sus cultores se consideren ciudadanos del mundo; en cambio los obstáculos que encuentra el epicureísmo para el orden de los repartos conduce a que sus partidarios se sientan extranjeros en todas partes. El apego del estoicismo al orden y a la calma hace más viable la evolución, en tanto que en el epicureísmo es más factible la revolución.

El estoicismo es, sobre todo, una aceptación de los límites necesarios de los repartos que, en cambio, el epicureísmo recibe porque no puede rechazarlos.

b) Dimensión normológica

El estoicismo es más favorable al empleo de normas generales según el antecedente que realizan el valor predecibilidad, en tanto el epicureísmo es más afín al uso de normas individuales que satisfacen el valor inmediatez. El estoicismo simpatiza más con las fuentes "legales", en tanto que el epicureísmo prefiere las fuentes de tipo contractual. Con el estoicismo el funcionamiento de las normas tiende a dar más cabida a la interpretación y, en cambio, el epicureísmo puede dar más ánimo a la producción de carencias y a la correspondiente elaboración. El primero tiende a utilizar más el modelo de la institución y el segundo se orienta a preferir las pautas contractuales.

El estoicismo hace más fáciles las relaciones verticales entre normas, que en cuanto a la producción satisfacen el valor subordinación y respecto del contenido realizan el valor ilación, pero también jerarquiza las vinculaciones horizontales de contenido, que realizan el valor concordancia. El epicureísmo necesita más de las relaciones verticales, pero desearía más el desarrollo de las vinculaciones horizontales de contenido. En el estoicismo hay gran apego al valor coherencia, inherente al ordenamiento normativo en su conjunto, que tiende más a

ser un *sistema* y a expresarse mediante la codificación. En cambio, en el epicureísmo el ordenamiento normativo se encamina a ser un *mero orden* y a manifestarse por vía de recopilación.

En última instancia el estoicismo tiende a incrementar la pretensión de *verdad* de las captaciones normativas a través de su *fidelidad* y su *exactitud*.

c) *Dimensión dikelógica*

Pese a su vocación naturalista y a sus críticas al platonismo y a los universales aristotélicos, el estoicismo es más favorable al reconocimiento de los *valores* como entes ideales exigentes que, como tales, están dotados de *objetividad*. En cambio, el epicureísmo aproxima la comprensión del valor al *subjetivismo*. El estoicismo se refiere más a los valores naturales *absolutos*, y en el Derecho a su único valor absoluto, que es la justicia, en tanto el epicureísmo se remite más a los valores naturales relativos y deja más espacio a los valores *fabricados*.

El optimismo universal del estoicismo, que lo lleva a creer que todo en la naturaleza es

6. Cabe recordar que los estoicos emplearon la noción de "valor" desarrollada y difundida mucho después.

bueno y ordenado, lo ubica en un marco de mayor "metajusticia" y, en cambio, la creencia epicúrea de que en el universo no hay orden lo lleva a marginar la metajusticia. El epicureísmo confía más, por su parte, en la "infrajusticia", en la "prejusticia" por la cooperación y en la "parajusticia" por la utilidad. El estoicismo prefiere las relaciones verticales de contribución entre valores, principalmente en sentido ascendente, en tanto el epicureísmo tiende más a la integración, en especial con la utilidad, y sobre todo a través del eudemonismo que procura la felicidad'. En el estoicismo son relativamente más fáciles la "inversión" de los valores y la arrogación del material estimativo de los otros valores por la justicia. En el epicureísmo son más posibles la subversión de valores y la arrogación por otros valores, principalmente por la utilidad, que se atribuyen el material estimativo de la justicia.

El deseo último del estoicismo es la realización del valor natural absoluto humanidad (el deber ser de nuestro ser) de manera relativamente abstracta y prescindente de otros valores (he aquí, por ejemplo, la posibilidad de inversión) . El epicureísmo se refiere al valor huma-

7. En el estoicismo hay, sin embargo, una significativa integración de la justicia con el amor.

nidad en sentido más concreto, de modo que puede entretenerse demasiado con los valores que deben conducir a ella (de aquí la posibilidad última de subversión) .

En cuanto a las clases de justicia, el estoicismo es en diversos modos afín a la justicia extraconsensual, sin acepción (consideración) de personas, simétrica, monologal, espontánea, gubernamental, integral, de participación, relativa y general. En cambio el epicureísmo se emparenta, en diferentes grados, con la justicia consensual, con acepción de personas, asimétrica, dialogal, conmutativa, "partial", sectorial, de aislamiento, absoluta y particular.

El estoicismo se refiere más a los criterios generales orientadores, a los que pretende descubrir caracteres de universalidad y eternidad, en tanto el epicureísmo es relativamente más inclinado a las valorizaciones completas y al casuismo. El estoicismo tiene particular vocación por la virtud, y en especial por la virtud moral; en cambio la proyección del epicureísmo a la virtud es menor y -se refiere a la virtud intelectual. Para el epicureísmo la virtud es más un medio para la felicidad.

En el estoicismo hay una mayor vocación de sabiduría, que lleva a satisfacer la "pantonomisa" de la justicia, en tanto que el epicureísmo tiende más a fraccionarla, sobre todo en

cuanto se refiere a influencias del pasado y de otras adjudicaciones'. El estoicismo da menos valor al instante porque tiene una visión cíclica del tiempo y, por su parte, el epicureísmo le reconoce mayor significación. En cuanto a los medios para descubrir lo justo el estoicismo propicia la razón y, en cambio, el epicureísmo se encamina más por el sentimiento.

Con relación al principio supremo de justicia, que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, el estoicismo señala como vía de personalización sujetar la conducta al orden universal de la naturaleza regido por la razón. Para el epicureísmo la personalización se logra a través de la felicidad. El estoicismo tiene una visión más aristocrática de la justicia de los repartidores, especialmente referida al paradigma del "sabio", en tanto que el epicureísmo tiende a una legitimación más afín a la autonomía. El primero suele condenar la esclavitud, pero aprueba el suicidio que el segundo condena. La mayor proyección a los valores superiores en el estoicismo tiende, en

8. Sin embargo, debe recordarse la especial atención que los estoicos brindaban a los bienes y males futuros.
V. acerca del pensamiento estoico, que suele centrarse en el presente pero aceptando la carga del pasado, por ej. EPICTETO, op. cit. v. gr . pág. 50, máxima 17; MARCO AURELIO, op. cit., págs. 166 y ss. (Libro XII) .

profundidad, a legitimizar la propia muerte como autosacrificio.

El estoicismo es más favorable al reconocimiento de la igualdad de todos los hombres, aunque sus ideales aristocratizantes tienden también a promover la jerarquización. El epicureísmo se emparenta más con la unicidad de cada hombre en el desarrollo de su individualidad, pese a que la menor referencia a valores superiores favorece a la igualación. De cierto modo el estoicismo es más afín a la comunidad que el epicureísmo. El estoicismo suele ubicarse entre la promoción de climas de autoridad y tolerancia, y el epicureísmo entre la indiferencia y la tolerancia.

En cuanto a los medios para la realización del régimen de justicia, el estoicismo centra su atención en la protección del individuo contra sí mismo y el epicureísmo en el amparo respecto de "lo demás" (miseria, enfermedad, etc.) .

2) Las ramas del mundo jurídico

En el panorama de la Teoría General del Derecho entendida como sistema jurídico, el estoicismo se refiere, por ejemplo, especialmente al Derecho Civil y al Derecho Constitucional, en tanto que el epicureísmo ha de va-

larse más del Derecho Comercial y el. Derecho Administrativo. El estoicismo es más afín a los Derechos Reales y el epicureísmo al Derecho de las Obligaciones, sobre todo cuando éstas son contractuales.

III . HORIZONTE DE POLITICA GENERAL

El estoicismo tiende a brindar especial atención a la política jurídica (o Derecho) , en cambio el epicureísmo ha de preferir la política económica. El estoicismo es más afín a la política de seguridad y, por su parte, el epicureísmo da más libre juego a la política educacional' .

IV . HORIZONTES DE HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO COMPARADO

Las bases de la filosofía estoica están presentes con especial frecuencia en los momentos de las grandes elaboraciones y cristaliza-

9. Entendiendo por educación el desarrollo de la personalidad del educando. Cabe recordar, no obstante, el apego de los epicúreos a la prudencia. Los estoicos buscaban el desfraccionamiento de la justicia y la sabiduría, pero su apego a la seguridad proviene de su sentido del deber (sabio es quien sabe entender y cumplir el deber) y de su tendencia a marginar la importancia de la apertura a los valores relativos.

dones jurídicas, sean —por ejemplo-- del Derecho Romano o de las codificaciones del siglo XIX; sin embargo el epicureísmo es uno de los rasgos relativamente particulares subyacentes en toda la vida de Occidente. Cuando las bases del epicureísmo adquieren más importancia la jerarquía de las elaboraciones y sobre todo de las cristalizaciones jurídicas es menor respecto de la atención brindada a la vida económica.

No es por azar que en tiempos como el nuestro, donde el epicureísmo ha ganado más lugar vital, el Derecho pierde parte de su papel protagónico.

LUGAR DEL TRIALISMO EN LA HISTORIA DEL DERECHO NATURAL (*)

1. Pese a sus muy diversas acepciones, emplearnos la expresión "*Derecho Natural*" para referirnos a adjudicaciones que los hombres debernos realizar porque son exigidas por la justicia. De este modo la *justicia* es fundamento del Derecho Natural y en gran parte ambos coinciden, aunque la problemática de este valor no se limita a lo jurídico y abarca también las proyecciones morales respectivas. El Derecho Natural no debe ser identificado con la *ley natural*, ya que la ley es sólo una de las maneras de presentarse el Derecho, sea éste Natural o Positivo. El incremento de la atención a la ley natural está vinculado a la influencia del

* Notas básicas de la disertación "*El Derecho natural a través de la historia. Lugar del trialismo*", pronunciada en el "Curso sobre Derecho Natural" organizado por el Centro Universitario del Litoral, el 17 de setiembre de 1986.

pensamiento estoico ¹, que luego pasó a distintas vertientes del pensamiento cristiano, principalmente en las versiones protestantes ².

2. Entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo (que "ponemos" los hombres) suele haber tensas relaciones, que tienen sus principales manifestaciones en los intentos de cada uno de dominar e incluso excluir al otro. El Derecho Natural ha llevado a sostener que el Derecho Positivo injusto no es Derecho e incluso ha pretendido —v. gr. en el fenómeno de la codificación— plasmarse totalmente en el Derecho Positivo. El Derecho Positivo ha llevado a sostener que no existe el Derecho Natural y que sólo él —con especial notoriedad refiriéndose a las normas— ocupa el marco de lo jurídico. Quizás la más completa versión del dominio "positivista" se alcance al afirmar que el hombre —frecuentemente, incluso, el hombre individual— es quien "po-

1. Puede v. por ej. FASSO, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1978, t. I, págs. 781-79. V. una exposición del Derecho Natural no basada en la ley en HERVADA, Javier, "Introducción crítica al Derecho Natural", Pamplona EUNSA, 1981.
2. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 383-384.

ne" la justicia, en el sentido del relativismo subjetivista. Con frecuencia el Derecho Natural ha llamado en auxilio de sus pretensiones de dominación a la *Teología*, y el Derecho Positivo ha hecho algo semejante con las otras *ciencias*, muchas veces con las ciencias naturales.

Otro problema de la tensa relación entre Derecho Natural y Derecho Positivo es el empleo del Derecho Natural como sustituto de un Derecho Positivo demasiado débil para dar a la cultura la solidez deseada. **Entonces suele** recurrirse a las versiones del Derecho Natural como ley natural, dotada de generalidad tal que se habla de la *inmutabilidad*, de la eternidad y universalidad del Derecho Natural. En suma, se confunde la *objetividad*, que a nuestro parecer es real, con la inmutabilidad, que consideramos errónea.

Toda teoría del Derecho Natural debe responder a la necesidad de *integrar* el Derecho Natural y el Derecho Positivo y a los interrogantes de las mutaciones culturales y la pluralidad de situaciones vitales, que se manifiestan como *dinámica histórica*.

3. Las necesidades que acabamos de señalar se hacen especialmente exigentes en *marcos históricos* como el nuestro de fines del siglo

X.X. Entre la pluralidad de rasgos que caracterizan nuestra compleja situación, cabe destacar al respecto la asunción de la conciencia científica y de la conciencia histórica y la aceleración del curso de la historia; la elaboración de la teoría del valor a y la "simplicidad pura" alcanzada sobre todo por el esfuerzo de la "teoría pura" del Derecho. Nuestra época está en gran medida iluminada por las conquistas de la ciencia. Toda teoría del Derecho Natural que pretenda estar a la altura de las circunstancias del final del siglo XX y hacerse convincente debe responder satisfactoriamente a esa compleja situación, muy diferente de las que vivieron, por ejemplo, San Agustín, en los siglos IV y V, Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII o Leibniz y sus discípulos en los siglos XVII y XVIII.

³ Es posible v. RODRIGUEZ PANIAGUA, José Ma., "¿Derecho natural o axiología jurídica?", Madrid, Tecnos, 1981; MACEDO, Silvio de, "Curso de Axiología Jurídica", Rio de Janeiro, Forense, 1986; HESSEN, Johannes, "Filosofía dos valores", trad. L. Cabral de Moncada, 5ª ed., Coimbra, Amado, 1980. En relación con el tema v. también, por ej., BRAZ TEIXEIRA, Antonio, "Reflexão sobre a justiça", en II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, "¿Por qué el Derecho Natural?", en íd.: LITRENTO, Oliveiros, "Sociedade contemporânea e Direito Natural", en íd.; BIDDART CAMPOS, Germán J., "Valor justicít, y Derecho Natural", Bs. As., Ediar, 1983; NOVOA MONREAL, Eduardo, "¿Qué queda del Derecho Natural?", Bs. As. - Santiago, Depalma - Benavídez López, 1967.

4. A nuestro parecer, el trialismo⁴ satisface con especial amplitud estas exigencias de integración y dinamismo, especialmente intensas en nuestra época. La noción de reparto de potencia e impotencia, captado por la norma y valorado por la justicia, es —a nuestro entender— un punto de partida de trascendente significación para la integración de las tres "dimensiones" del mundo jurídico, dos de las cuales son "positivas" y la tercera "natural". La comprensión del reparto conduce imperiosamente a la consideración de su justicia o injusticia; a su vez éstas sólo pueden comprenderse cabalmente al hilo del reparto.

Otra manifestación relevante de las posibilidades integradoras del trialismo es la noción de funcionamiento de la norma, donde la interpretación y la aplicación son bimensurales normo-sociológicas, pero la elaboración

4. Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

Acerca de la concepción tridimensional del Derecho, en la que se desarrolla la teoría trialista del mundo jurídico, v. REALE, Miguel, "Teoría tridimensional do Direito", ed., São Paulo, Saraiva, 1986.

corresponde al despliegue de la tridimensionalidad normo-socio-dikelógica.

El dinamismo permitido por la teoría trialista se manifiesta, v. gr., no sólo en esa noción de funcionamiento, sino en la amplia consideración de los tres despliegues de la justicia como valor —su valencia, su valoración y su orientación— y en las relaciones de "coadyuvancia" o de oposición entre valores. La consideración de los tres despliegues de la justicia, y en especial el relieve que corresponde a la valoración completa y la jerarquía última del deber de ser ideal puro de la valencia, superan la inmutabilidad legalista —más rígida incluso que los meros criterios orientadores— en que suele incurrir el Derecho Natural tradicional. Las relaciones entre valores pueden ser de "coadyuvancia" por contribución o por integración o de oposición, por sustitución o secuestro —a su vez, subversivo, "inversor" o "arrogante"—. A través de estas nociones, es posible dar cuenta de la dinámica histórica según la dinámica del complejo axiológico que, en el Derecho, corona la justicia ---pasando por el poder, la cooperación, la previsibilidad, etc.—, y se debe integrar con otros valores como la utilidad, la verdad, la santidad, etc., culminando en el más alto valor a nuestro alcance, la humanidad (el deber ser de nuestro ser) .

5. Pese a que las doctrinas jusnaturalistas tradicionales conservan partes de su valor, a nuestro parecer, el trialismo es la teoría que mejor satisface las necesidades de integración en una "complejidad pura" y de dinámica de nuestro tiempo.

MEDITACIONES JUSFILOSOFICAS SOBRE LAS "FICCIONES" DE JORGE LUIS BORGES *)

I . DERECHO Y LITERATURA

1. La literatura, sobre todo cuando tiene el estilo de la obra de Borges, es un venero de interrogantes para la Filosofía y la ciencia, que pueden, a través de ellos, liberarse de la relativa prisión de la razón ¹. En la literatura como fenómeno social se expresan los ideales últimos que reconoce una comunidad y a través de ella puede iluminarse también el marco de la Filosofía del Derecho. El corte de los lazos del Derecho con los ideales que se expresan en la literatura es en cierto sentido, a nuestro pa-

* Homenaje a Jorge Luis Borges en oportunidad de su fallecimiento.

1. V. por ej. VIRTANEN, Reino, "Claude Bernard's Prophecies and the Historical Relation of Science to Literature", en "Journal of the History of Ideas" (separata) ; también puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro", Rosario,

recer, una de las consecuencias negativas del positivismo normológico . Creemos que urge superar los moldes aislantes constituidos por las normas y recomponer la "universalidad" de la cultura. Hay que descubrir con más plenitud el complejo de valores a nuestro alcance, que abarca a la justicia y culmina en la humanidad (el deber ser de nuestro ser) .

En diversas oportunidades nos hemos referido a las relaciones del Derecho con la literatura y al significado jusfilosófico que —aun más allá de la intención concreta de sus autores— tienen las obras literarias y en este caso hemos de ocuparnos de las "Ficciones" de Jorge Luis Borges. Si bien el genial escritor

- Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; no obstante asimismo c. ECO, Umberto, "La definición del arte", Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985, págs. 250 y ss. Además es posible c., v gr., WERNER, Hans-Georg, "Über die Wahrheit der Dichtung und ihre Ansprüche an die Literaturkritik", en "Weimarer Beiträge", 41 1986, págs. 570 y ss. (separata); DOMIN, Hilde, "¿Para qué la lírica boy?", trad. Juan Faber, Barcelona, Alfa, 1986.
- 2 Puede c. CIURO CALDANI, op. cit.; "Notas para la comprensión jusfilosófica de "Antígona" de Sófocles", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 2, págs. 29 y ss. ; "Notas jusfilosóficas sobre las raíces populares de la cultura y las "letras" de los tangos "Sus ojos se cerraron" y "Cambalache", en íd. , N° 6, págs. 17 y ss., "Estudios, Justitossálicos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986,, págs. 181 y ss. También v. por éj . GORDON, M., "Calderón as Tragedian: the case of «Las tres justicias en una»" (seParáta)

argentino ha dado a toda su labor una vasta proyección filosófica nos referimos en especial a las "Ficciones" no sólo porque constituyen una de sus obras más conocidas, sino porque —en un ejemplar perdido quizás en los mundos misteriosos de Uqbar— correspondió a nuestro primer contacto espiritual con Borges. Creemos que la producción de Jorge Luis Borges constituye una de las versiones más universales y de cierto modo más nacionales de la "bifronte" cultura argentina. El antiguo adolescente que volvió para morir a la internacional Ginebra había dicho, precisamente al iniciar su carrera literaria: "Las calles de Buenos Aires / ya son la entraña de mi alma" .

Las "Ficciones" de Borges constituyen una "contrarrealidad" y una "contraciencia" que muestran de manera ejemplar la magnitud del espíritu humano, desbordante del mundo real y del ámbito científico. Puede afirmarse también que son, de cierto modo, una "metarrealidad" y se diferencian claramente de las ficciones más estrictamente jurídicas ⁴, que cons-

3. BORGES, Jorge Luis, "Fervor de Buenos Aires", en "Obras Completas", Bs. As., Emecé, 1954-57, t I, pág. 13.

4. Es posible c. GENY, Franois, "Science et technique en droit privé positif, París, Sirey, t. III, págs. 360 y ss. En otros aspectos es posible tener en cuenta, v. gr. MARI, E., "J. Bentham: du ".souffle pestilentiel de la fiction" dans le droit, la théorie du droit comme fic-

tituyen —en cambio— una "pararrealidad" al servicio de la realidad del Derecho.

2. Borges presenta con gran agudeza la problemática del *tiempo* y el *espacio*. Si bien el tema del laberinto es un planteo crítico del espacio, podría decirse un intento de romper con el significado orientador del espacio, el tiempo recibe consideraciones más significativas, no sólo para sugerir su repetición sino, por ejemplo, al plantear la posibilidad de que un año o toda la temporalidad transcurran en un instante " o de que, a diferencia del tiempo "humano", en la actualidad radical se llegue a la eternidad del instante ⁷. Si los fenómenos profundamente humanos de la espacialidad y la temporalidad en que se apoya el Derecho tuvieran los significados que nos presenta Borges, todas las regulaciones jurídicas quedarían profundamente afectadas. Si el tiempo ganara y perdiera significado, como lo proponen los juegos de Borges, el Derecho sería y debería ser diferen-

tion", trad. Fr. Renard-Fr. Ost, en "Revue interdisciplinaire d'études juridiques", 1985, 15, págs. 1 y ss.

5. V. BORGES, • Jorge Luis, "Ficciones", Madrid, Buenos Aires, Alianza-Emecé, 1971, pág. 100.

6. *íd.*, pág. 173.

7. *íd.*, pág. 199; también v. "Historia de la eternidad", 17! ed., Bs. As., Emecé, 1984.

te. Así se comprenden mejor los significados jurídicos últimos del espacio y el tiempo.

En última instancia, las dudas tan profundas de Borges acerca del espacio *y* el tiempo y su especial preocupación por lo temporal revelan un *subjetivismo* y un punto de partida *idealista genético* en que el sujeto se considera creador del universo y puede jugar de cierto modo con su existencia, por lo menos en el campo de la imaginación. Si bien creemos que el reconocimiento de la objetividad *y* el realismo genético son las posiciones correctas, un cierto grado de subjetivismo y de idealismo genético puede ser provechoso y hasta justificado para un literato s. El jurista es un hombre de realidades, pero el mensaje borgeano plantea una manera de enriquecer el terreno de las posibilidades jurídicas con una "*contradimensión*" imaginaria. La atención que brinda al instante, a la eternidad *y* a sus posibilidades es un reto para ampliar las fronteras de la humano en general y de lo jurídico en especial.

La difícil tensión en que se desarrolla, a través de las hipótesis, nuestro conocimiento de

8. V. BORGES, "*Ficciones*" cit., págs. 21 *y* ss. *y* 30.

9. A veces se forma "*borgiano*": v. por ej. "*Borges —La noche del vidente—*". Homenaje de "*Le Nouvel Observateur*" París 20 de junio de 1986, en "*La Capital*" (Rosario), 28 de setiembre de 1986.

la realidad se refleja en la exigencia borgeana —afín al realismo genético— de que, si bien la realidad "no tiene la menor obligación de ser interesante" las hipótesis sí deben serlo ". El interés tiende a encauzar y limitar nuestro conocimiento de la realidad e incluso fundamenta nuestra habilitación para fabricar mundos imaginarios, pero en definitiva, debidamente planteada, ha de interesarnos toda la realidad. Al ser comprendidos en su plenitud referible al universo todo los valores jurídicos han de ampliar constantemente la esfera de interés del Derecho, e incluso este marco se amplía más cuando se llega al valor humanidad. Sin embargo, sólo desde la perspectiva del para nosotros inalcanzable valor divinidad sería concebible la coincidencia total entre realidad e interés. Sólo el Creador se interesa por toda su obra.

3. Al abordar la relación de la especialidad con la credulidad, Borges brinda una atractiva aproximación a la noción de especialidad destacando que no hay hombre que fuera de su especialidad no sea crédulo ", porque en definitiva la especialidad es una particular vertien-

10. BORGES, "Ficciones" cit., pág. 149.

11. *id.*, pág. 166.

te de la interrogación. Esto puede aplicarse a la especialidad jurídica, señalándola como la dificultad para la credulidad, en cierto sentido para el saber jurídico ingenuo.

II. LAS "FICCIONES" Y EL MUNDO JURIDICO

i) Parte General

a) Dimensión sociológica

4. Las "Ficciones" presentan un mundo de distribuciones, ajenas como tales a la conducción humana, que se hacen notorias —por ejemplo-- cuando se imagina, en la conjetural "Ursprache" del hemisferio austral de Tidn, un lenguaje sin sustantivos, del que procedería el empleo de verbos impersonales calificados por sufijos (o prefijos) de valor adverbial ¹² y en el hemisferio boreal un lenguaje cuya célula primordial no es el verbo sino el adjetivo monosilábico, formándose el sustantivo por acumulación de adjetivos ". Si se advierte que el verbo personal es la vía de expresión principal del reparto, es claro que los lenguajes

12. *id.*, pág. 21.

13. *id.*, pág. 22.

de Tlön evidencian una concepción basada en las distribuciones.

En general ese predominio de las distribuciones aparta del mundo "repartidor" que comenzó a abrirse mayor campo en los tiempos modernos; sin embargo la angustia de las opciones de la conducta repartidora, tan significativa en nuestros días, está también presente, por ejemplo, cuando se habla del jardín de los senderos que se bifurcan. Es más: sólo imaginando todos los mundos posibles como lo sugieren las "Ficciones" se llega a la plenitud de la conducción repartidora.

En el marco de las distribuciones, Borges se refiere en especial a las que provienen del *azar*, al que sugiere como sustituto en los casos de vacío de valor¹⁴ y entrelazado en el conjunto del mundo¹⁵. El *azar* es en cierto sentido el material intersticial (y quizás primario) de los significados del universo.

Las *potencias e impotencias* son vinculadas con las secretas esperanzas y los íntimos terrores de los recipiendarios mostrándose así

14. *íd.*, págs. 101 y ss.
15. *íd.*, págs. 72 y ss.
16. *íd.*, pág. 73.
17. *íd.*, pág. 79.
18. *íd.*, pág. 75.

una perspectiva subjetiva parcialmente válida para comprenderlas ". Las potencias y las impotencias son lo que favorece o perjudica al ser, y los hombres "somos" en cierto sentido nuestras esperanzas y nuestros terrores.

Las dificultades para comprender la "*pan-tonomía*" (pan todo; nomos = ley que gobierna) de la finalidad objetiva de los acontecimientos, que requiere su fraccionamiento, están especialmente presentes, por ejemplo, en "El jardín de los senderos que se bifurcan", v. gr., cuando se refiere a una "trama de tiempos que se aproximan, se bifurcan, se cortan o . . . solamente se ignoran" y "abarca *todas* las posibilidades" ".

19 El desafío borgeano a la imaginación permite, al fin, ahondar en la sabiduría y es en este marco que cabe buscar la integración última que debe reinar entre los repartos autoritarios, que han de llegar a ser autónomos, y los repartos autónomos, que han de generar autoridad; entre la planificación gubernamental en marcha, que debe promover ejemplaridad, y la ejemplaridad que ha de servir de base a la planificación gubernamental. Puede hablarse de la superioridad óptica y axiológica de la integración y la conversión de los fenómenos. Como los repartos autoritarios realizan el valor poder y los repartos autónomos satisfacen el valor cooperación, y como además la planificación gubernamental en marcha realiza el valor previsibilidad y la ejemplaridad satisface el valor solidaridad, puede decirse que el poder y la cooperación y la previsibilidad y la solidaridad han de integrarse y convertirse unos en otros para perfeccionarse.

20 . BORGES, "*Ficciones*" cit., pág. 114 .

b) Dimensión normológica

5. Aunque Borges se entretiene en jugar con el distanciamiento de la realidad, el tema de los espejos ²¹ plantea al fin las funciones descriptivas y sobre todo de integración que cumplen las normas, llegando a destacar su inevitable despliegue de desviación del mundo real y del mundo pensado: el mero hecho de nombrar un estado mental es denunciado como un falseo²². Dada la complejidad significativa de lo real y en especial de lo humano, la relación entre antecedente y consecuencia implica, como lo comprende Borges ²⁸, —aunque en diversos grados según las distintas concepciones de las normas—, un falseamiento al que pretende hacer frente, nunca con éxito total, la preocupación por la fidelidad, la exactitud y la adecuación. Sin embargo, Borges nos ayuda también a reconocer la profunda correspondencia entre el antecedente y la consecuencia jurídica de las normas hablándonos de la identidad entre lo buscado y el buscador ²³ y de la relación entre el problema y la solución ²⁴

21. íd., pág. 13.

22. íd., pág. 23.

23. V. íd.

24. íd., pág. 45.

25. íd., pág. 94.

En relación con los problemas del ordenamiento normativo, las "Ficciones" indican que el *sistema* es la subordinación de todos los otros aspectos del universo a uno cualquiera de ellos", lo que permite reconocer más claramente el sentido de jerarquización y al fin de "cerramiento" que tienen todo sistema y todo código.

Cabe extraer, además, una advertencia contra las desviaciones en que suele extraviarse la dimensión normológica cuando entra a "*girar en el vado*", desvinculándose de las otras dos, de modo que puede no admitir la menor réplica pero no causar la menor convicción'. En definitiva se evidencian las limitaciones de la absolutización de la simetría y la coherencia²⁶ y se hace comprensible que el ordenamiento normativo puede ser una expresión de la imaginación muerta que aprisiona la vida. A veces las simetrías con apariencia de orden embelesan a los hombres; el materialismo dialéctico, el antisemitismo y el nazismo son **referidos** al respecto²⁷.

26. *id.*, pág. 24.

27. *id.*, pág. 21.

28. *id.*, pág. 35.

29. *id.*,

c) Dimensión dikeológica

6. Aunque juega constantemente con lo subjetivo y lo irreal, Borges plantea la posibilidad de los valores objetivos e independizados de la existencia del hombre al referirse a la posible extinción de la especie humana y la posible perduración de los valores de la imaginaria biblioteca de Babel ". Su juego con el tiempo le permite mostrar y cuestionar la influencia de todos los momentos en cada momento y en especial en el presente: "Una de las escuelas de Thin llega a negar el tiempo: razona que el presente es indefinido, que el futuro no tiene realidad sino como esperanza presente, que el pasado no tiene realidad sino como recuerdo presente'. El diverso valor del pasado y el porvenir se manifiesta, por contraste, en la invitación a cambiar la realidad pensando el porvenir como pasado y el pasado como porvenir ". Mediante la imaginación de un porvenir irrevocable como el pasado Borges quiere liberarnos de las indecisiones respecto del futuro, y a través de la imaginación de un pasado variable como el porvenir desea liberarnos de la cristalización

30. íd., pág. 99.

31. íd., pág. 24.

32. íd., pág. 105.

de la vida pasada. Como suele ocurrir en la literatura, el pensamiento borgeano sobre el tiempo nos aproxima a la condición, no por imposible menos deseable, en que el hombre se acercaría a la caracterización divina. Sin embargo, la condición humana de la temporalidad está también presente cuando señala que cada individuo agrega un capítulo o corrige con cuidado las páginas del libro de la vida ".

El complejo *personal* se muestra con claridad al afirmar que en Tliin "No existe el concepto del plagio: se ha establecido que todas las obras son obras de un solo autor, que es intemporal *y* es anónimo" ". De alguna manera el hombre es reflejo del hombre ³⁵. Lo que hace un hombre es como si lo hicieran todos los hombres ". De aquí que "no es injusto que una desobediencia en un jardín contamine al género humano" y que "la crucifixión de un judío baste para salvarlo" ³⁷.

33. *íd.*, pág. 115. V. en relación con el tiempo, también, por **ej.**, BORGES, Jorge Luis, "La duración d'el infierno", en "Discusión"; "Nueva refutación del tiempo", en "Otras inquisiciones", todo en "Obras..." cit.

34. BORGES, "Ficciones" cit., pág. 28.

35. **id.**, pág. 4L

36. *íd.*, pág. 138.

37. *íd.*, pág. 138.

El complejo *real* se manifiesta en que en Thin un libro que no encierre su contralibro es considerado incompleto³⁸. Al hilo del complejo real se comprende, también, el valor que Borges atribuye al infinito, de decisiva aunque no siempre debidamente reconocida importancia en el Derecho. El infinito hace toda justicia menos rigurosa y en definitiva provisoria.

7. Borges reconoce la infinidad de perspectivas de la *personalidad*, señalando que "Las razones que puede tener un hombre para abominar de otro o para quererlo son infinitas". El carácter infinito de la personalidad humana es, en suma, uno de los rasgos fundamentales que debe reconocer todo fenómeno jurídico justo. El interés por las *cosas* es, en cambio, sometido con justicia al interés que los hombres tengan en ellas⁴¹. No obstante, también señala que "un hombre puede ser enemigo de otros hombres, de otros momentos de otros hombres, pero no de un país; no

³⁸. íd., **pág.** 28.

³⁹. íd., **pág.** 85.

⁴⁰. íd., **pág.** 135.

⁴¹. íd., **pág.** 30.

de luciérnagas, palabras, jardines, cursos de agua, ponientes" ".

Los riesgos de la posibilidad del hombre de convertirse en arquetipo y de ser beneficiado con la gloria están presentes cuando Borges señala la "conversión" de lo plenamente humano en lo radicalmente valorativo, diciendo "La gloria es una incomprensión y quizás la peor" 43. Aunque es, en cierto sentido muy importante una potencia, la gloria como disolución del hombre en el valor es también una impotencia para el hombre real. La desgarrante distinción entre la resistencia del mundo del espíritu y la relativa facilidad con que disponemos del mundo de nuestra propia materia está presente en la denuncia contenida en el párrafo: "Piensa que se ha mostrado capaz de matar a un idólatra, pero no de saber con certidumbre si el musulmán tiene más razón que el idólatra" 44. Puede plantearse así la relación que cabe establecer entre la facilidad con que un objeto se reparte (su carácter repartible) y la jerarquía que le corresponde (o sea su condición de repartidero . En general debería ser más difícil repartir lo que es más negativo des-

42. íd., pág. 107.

43. íd., pág. 58.

44 . íd., pág. 40.

de el punto de vista de la justicia. En definitiva —jurídica, aunque quizás no siempre moralmente— debería ser repartible lo repartidero .

Las *grandezas* posibles del espíritu que pueden ser repartideras están presentes en la hermosa comparación del sacrificio del Verbo que se encarnó en la historia y murió, con el sacrificio de Judas de ser delator y condenarse —según una creencia frecuente— al fuego que no se apaga . Judas refleja de algún modo a Jesús " .

Borges se ubica entre la casualidad y la conducción enlazadas por el *juego*, objeto en general repartidero que constituye un horizonte de la creación y que en el idealismo genético puede equipararse a la misma creación, asumiendo así una jerarquía exagerada . El *azar* es rescatado como una liberación de la rutina ' y en el fondo, intentando la liberación total del universo, Borges llega a mostrarnos la posibilidad de un infinito juego de azares ⁵⁰. Se plan-

45. El marco de lo repartible no repartidero es, sin embargo, un valioso desafío moral.

46. BORGES, "*Ficciones*" cit., pág. 177.

47. *íd.*

48. *íd.*, pág. 83.

49. V. *íd.*, págs. 78-179.

50. *íd.*, pág. 78.

tea así la posibilidad de que el régimen justo deba ser de cierto modo, para rescatar la Libertad cósmica, un régimen de azar. En atención a la vía de permanente expansión cósmica, Borges advierte sobre la posibilidad de que el universo usurpe las dimensiones ilimitadas —profundamente humanizantes y "co-creadoras"— de la *esperanza*'.

Las *ficciones*, cuya alta jerarquía humana se pone en evidencia son, como posibilidades de desarrollo de la personalidad, un derecho y un deber de todos los seres humanos. Es mucho lo que el Derecho puede aprovechar, por ejemplo, de la teoría de la apariencia. Todos los hombres tenemos el derecho a la *imaginación* y el deber de imaginar, porque al fin los mundos imaginarios son parte del universo que no debe ser mutilado por nuestro autoritarismo o nuestra desidia. Un régimen justo ha de aprovechar las posibilidades de la ficción y ha de integrar la imaginación.

La imaginación es injusta cuando se convierte en vía para la ilusión ideológica que oculta la realidad y nos somete a ella . En cambio, muchas de las grandezas del ser humano están obligadas a pasar por la imaginación antes de ser re-

51. id., plg. 94.

alidad plena⁵². De aquí la función mutiladora de la personalidad que tienen las teorías que pretenden limitarse a la lógica o a la crítica (es decir, presentar una "hipercrítica"). La lógica y la crítica pueden integrarse con la imaginación, pero radicalizadas marginan posibilidades de la filosofía y de la vida.

Un régimen justo debe respetar la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres, y la imaginación es vía para el desarrollo de la unicidad y para la igualdad de oportunidades constantemente renovadas y es patrimonio común de la humanidad. Para realizarlo, corresponde evitar los desvíos del abuso de la ficción y se debe esquivar la ideología, pero también urge impedir que se nos "robe" la imaginación.

2) Parte Especial

8. El profundo planteo borgeano promueve el replanteo de lo jurídico en sus más hondas manifestaciones, que hacen a la constitución

52. Cabe recordar a PLATON, *"República"*, trad. Antonio Camarero, Bs. As., Eudeba, 1963, libro III, 389, b y c, pág. 193.
53. Es posible referirse a las advertencias de BERGSON, Henri, *"La evolución creadora"*, trad. María Luisa Pérez Torres, ed. de Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985.

de las personas y a su ubicación en el espacio y el tiempo. Borges nos relaciona principalmente, sin decirlo de modo expreso, con problemas de las declaraciones constitucionales, de la Parte General del Derecho Civil, del Derecho Internacional Privado y del Derecho Intertemporal. Un eximio cultor de las humanidades como él debía dejar y dejó, en definitiva, el replanteo de la condición humana que, obviamente, se relaciona también con el Derecho.

III . HORIZONTES DE POLÍTICA GENERAL E HISTORIA

9. En cuanto al marco político, de las posibilidades de convivencia, la vinculación interhumana, que puede ser enriquecida recíprocamente por el amor, resulta comparable con la de los espejos, en que unos reflejan la claridad de los otros ". Las relaciones entre las cosas son principalmente de sustitución, en tanto que entre las personas las relaciones son más significativamente de reflexión. En un mundo que tiene como principal despliegue la política económica, Borges llama la atención sobre la política "erológica" y la política cultural.

10. De resultas del carácter infinito del universo —que también se desenvuelve en el tiempo— ninguna doctrina puede dar cuenta de él de modo permanentemente satisfactorio, aunque por lo menos una vez pensada se incorpore a esa infinitud. Por eso Borges expresa: "Una doctrina es al principio una descripción verosímil del universo; giran los arios y es un mero capítulo —cuando no un párrafo o un nombre— de la historia de la filosofía".

IV. IDEAS FINALES

11. Alguna vez, en "El Aleph", Borges dijo "en brevé, seré todos: estaré muerto"⁵⁶. Hoy el gran imaginador de mundos maravillosos es un un poco todos nosotros, es el despliegue que él desarrolló en nuestro espíritu. Quizás, para superar nuestros problemas y como homenaje al gran escritor fallecido, debamos soñar un mundo jurídico que dé al espíritu el vuelo que él soñó. El Derecho es parte de la realidad, pero tal vez para comprenderlo mejor debamos

55. *íd.*, pág. 58.

56. BORGES, Jorge Luis, "El Aleph", 41ª ed., Bs. As., Emecé, 1985, pág. 25.

desplegarlo de cierto modo en el mundo de los sueños, en el mundo de la utopía, y de algún modo en el mundo que trató de descubrirnos Jorge Luis Borges.

NOTAS DE UN
"DIALOGO" DEL "FACUNDO"
Y EL "MARTIN FIERRO"

1. "Facundo" y "Martín Fierro" son dos obras de "literatura jurídica" que —con las limitaciones propias de las diferencias entre lo literario y lo jurídico— contribuyen a expresar lo más profundo de la "bifronte" y escindida cultura argentina*. Un "diálogo" imaginario entre las dos puede contribuir a mostrar los dos proyectos de país jurídico debatidos en el siglo pasado y discutidos por lo menos aún hasta hace poco tiempo . Las dos obras son "fie-

* v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones jurídicas, 1986, págs. 181 y ss., "Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro" ", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires" (publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa) , vol. VI, págs. 21 y ss.

les" a los contenidos de la voluntad jurídica de diversos sectores de nuestro pueblo. Ambas resultan altamente adecuadas a los fines de sus autores y, dejando a salvo la parcialidad con que a veces Sarmiento sirve a sus ideales, las dos son por lo menos relativamente exactas respecto a los datos de la realidad. En última instancia las dos obras han funcionado como importantes fuentes de propaganda de ideas que todavía necesitan ser integradas para que Argentina encuentre su cabal conciencia histórica. Las dos son verdaderos "clásicos" que todavía luchan por sus ideales, aunque no han conseguido integrarse en la plenitud cultural del clasicismo cabal .

"Facundo" y "Martín Fierro" presentan, con diversos alcances, la cultura gauchesca en un período de decadencia, en el caso de Sarmiento para proponer una civilización con impulso relativamente cultural que la sustituya . "Facundo" participa, sobre todo, de caracteres de la epopeya y el drama, en tanto "Martín Fierro" es principalmente una tragedia: del primero surge una propuesta superadora, en el segundo hay al fin un clima de desesperanza . Lo que Sarmiento pretendía tenía las consecuencias que "Martín Fierro" pudo evidenciar, pero la tragedia del gaucho es marginal a la obra del luchador sanjuanino .

2 . "Facundo" y "Martín Fierro" coinciden en señalar el predominio de *distribuciones* de la naturaleza y las influencias humanas difusas (que realizan el valor espontaneidad) en la vida "pampeana" y, sobre todo en "Facundo", hay un ferviente anhelo de reemplazarlas por repartos que —como tales— provienen de la conducta de seres humanos determinables (realizando el valor conducción) . El mundo jurídico pampeano es presentado como importante desarrollo de repartos autoritarios directos, aunque de las dos obras surge, con diversos componentes, el anhelo del reparto autónomo. En suma, se presenta un mundo de realización del valor poder jerarquizando, en cambio, el valor cooperación; en "Facundo" con miras a un despliegue de vida económica y progreso, en "Martín Fierro" con el sentido del antiguo hombre rural.

- "Facundo" pretende un orden planificado, y al estar la planificación en marcha se realiza el valor previsibilidad; en cambio "Martín Fierro" desearía preservar la ejemplaridad de las costumbres gauchescas, realizando así el valor solidaridad. Sarmiento propone nuestra incorporación al orden de origen europeo y "Martín Fierro" se refiere a un marco nacional. Ambas obras coinciden en denunciar una situación *de anarquía*, que como tal realiza el desvalor de la arbitrariedad, y un fuerte vacío de estatali-

dad . Las dos tienen cierta conciencia de los límites necesarios que impone el medio físico, aunque quizás ninguna llega a comprender los límites psíquicos y socio-políticos que surgen de la oposición de las dos cosmovisiones básicas .

3. En las dos obras la cultura pampeana es reconocida en su apego a las normas individuales, que realizan el valor inmediatez, aunque en un caso se denuncian las normas individuales de los caudillos y en el otro se critican sobre todo las de los gobernantes al servicio de la ciudad . Ambas obras, pero de manera muy especial "Facundo", pretenden un mayor apego a las normas generales, que realizan el valor predecibilidad . "Facundo" y "Martín Fierro" coinciden en señalar el apego de la cultura pampeana a las sentencias y las resoluciones administrativas, pese a que en ambas, muy especialmente en la primera, hay una búsqueda de "legalidad" .

Aunque de manera no del todo consciente, la cultura que quiere vivir "Martín Fierro" es más afín a la producción de carencias dike16-gicas reconocidas, en tanto que la civilización pretendida en "Facundo" tiene más apego a las normas . La pampa gauchesca significa una vida más natural, que puede valer más de con-

ceptos declarativos, en cambio la civilización procurada por Sarmiento es más "artificial" y requiere más conceptos constitutivos.

La vida pampeana se constituye como predominio de las relaciones verticales de producción de normas, realizadoras del valor subordinación, sea por la habilitación atribuida al gobernante gaucho o al servidor de la ciudad. Sarmiento procura el empleo de más relaciones verticales de contenido, satisfactorias del valor subordinación, y de más vinculaciones horizontales (principalmente de producción) realizadoras de los valores infalibilidad y concordancia. En definitiva, Sarmiento propone un ordenamiento normativo más coherente, a cuyo servicio ha de impulsar la codificación .

. En general la propuesta de "Facundo" quiere una justicia más válida del orden y la coherencia, en tanto que en "Martín Fierro" hay una más directa referencia a la justicia . "Facundo" pretende una justicia más integrada con la utilidad, en tanto que "Martín Fierro" es una protesta que puede comprenderse más al hilo de una más "pura" humanidad. La tragedia hernandiana ubica en los marcos de la "metajusticia" (justicia cósmica) y, en cambio, el ideal de Sarmiento sitúa en la "infrajusticia" de los valores elegidos o fabricados por el individuo, en la "prejusticia" por el orden y la co-

herencia y en la "*para justicia*" por la utilidad. La pampa es reinado de la justicia asimétrica, espontánea, de participación, global y analítica; la civilización es marco de la justicia simétrica (por la intervención de la moneda) , conmutativa, de aislamiento y analítico-sintética.

La cultura en decadencia de la pampa es sobre todo reinado del *presente*, y admite tanto la revisión por influencias del futuro que al fin priva del porvenir; la **civilización es más [^] futuriza** ", pero procura fraccionar el porvenir para darle un cálculo más firme . En definitiva, la ciudad pretende mayor seguridad y más progreso.

La vida de la ciudad, que defiende Sarmiento, atiende **sobre todo —por lo** menos en apariencia— a la justicia de los repartidores y, en cambio, la vida de la pampa, añorada por Hernández, se refiere a la justicia del objeto del reparto . La cultura pampeana tiene especial simpatía por el gaucho como beneficiario y la civilización europeizada siente decisiva consideración por el beneficiario europeizado . La cultura decadente de la pampa es más *rutinaria*, en tanto que la civilización pretendida por Sarmiento procura más *creación*. La pampa carece de espíritu "procesal" y la relativa civilización europeizada sólo tiene

una simpatía genérica --con excepciones— por el proceso .

Pese a su apego a la libertad, la vida de la pampa es más *intervencionista*, y Sarmiento la presenta con rasgos de individualismo y totalitarismo ajenos al verdadero humanismo; por el contrario, la propuesta de "Facundo" invoca un régimen más *humanista abstencionista*, aunque Hernández muestra que con el gaucho el régimen de la ciudad fue intervencionista, individualista y hasta totalitario . La cultura primitiva de la pampa se inclina más a la *igualdad* y a la *comunidad*,. en cambio, la relativa civilización europeizada tiende más a preservar la *unicidad*. La vida pampeana se preocupa más por la protección contra "lo demás" sobre todo cuando se la compara con el afán civilizador de resguardo frente al régimen .

5. El mundo defendido por "Martín Fierro" tiene menos comprensión de las cuestiones jurídicas *patrimoniales reflejadas en los Derechos Reales*, el Derecho de las Obligaciones y el Derecho Sucesorio, y el estilo de vida defendido en "Facundo" se basa en la solución de estos asuntos . El primero posee caracteres más feudales y el que procura Sarmiento es capitalista. Si el estilo del "Martín Fierro" posee limitada conciencia de *política económica*, el segundo

la considera motor destacado de la política general.

6. "Facundo" y "Martín Fierro" representan los respectivos anhelos de un mundo que estaba en el porvenir y otro que se iba retirando . Sin embargo, para valorar la justicia del proceso histórico hay que remitirse al respeto a la dignidad humana y entonces —como ocurre con frecuencia en la historia— el interrogante sigue abierto . A nuestro parecer, ninguno de los dos proyectos asumió debidamente las circunstancias .

LUGAR DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SISTEMA JURIDICO

1. La teoría trialista del mundo jurídico y la teoría de los contactos entre respuestas jurídicas permiten reconocer relaciones de coexistencia de unidades independientes (autonomía) , dependencia, integración, desintegración y aislamiento relativo de las ramas jurídicas. Simplificando este panorama de relaciones es

1. V. acerca del "lugar" del Derecho Internacional Privado por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2ª ed., Bs. As., EJEA, 1952, t. I, págs. 187 y ss. LOUSSOUARN, Yvon-BOUREL, Pierre, "Droit international privé", Paris, Dalloz, 1978, págs. 53 y ss.; VALLADAO, Haroldo (Prof.), "Direito Internacional Privado", ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974, t. I, págs. 49 y ss. y 65166; VAREILLES - SOMMIERES, "La synthèse du droit international privé", Paris, Cujas, ed. 1972, t. I, págs. XIII y ss. Cada comprensión del "lugar" del Derecho Internacional Privado refleja, en definitiva, una comprensión de la materia.
2. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filo-

posible reconocer, sobre todo desde el punto de vista estático, situaciones de dependencia y autonomía de las ramas jurídicas, en nuestro caso con referencia al Derecho Internacional Privado, entendido siguiendo en general la realidad de nuestro Derecho s. El problema del "lugar" del Derecho Internacional Privado, frecuentemente tratado —con las limitaciones de su parcialidad— por los cultores de la especialidad, hoy es tema de la Teoría General del Derecho entendida como "sistema jurídico".

a) Dimensión sociológica

2. Desde el punto de vista de la realidad social, el Derecho Internacional Privado se basa, sobre todo, en repartos internacionales (en sus fuentes convencionales) y nacionales (en

sálica al Derecho", 5ª ed. Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel 'Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984; "Perspectivas jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

3 Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs 59 y ss.

4. Puede v. CIURO CALDANI, "Perspectivas..." cit., págs. 11 y ss.

sus fuentes "internas") , que tratan de componer, apoyándose en el Derecho Internacional Público en lo internacional y en el Derecho Constitucional en lo interno, un orden jusprivatista para la comunidad internacional'. Hay, así, una situación de autonomía en los fines de la rama, pero de dependencia en los medios.

El ejercicio de la autonomía "universal" de las partes está abriendo, sin embargo, campo a repartos convencionales que desbordan la distinción de lo internacional y lo interno y procuran, en definitiva, resolver sólo los problemas de las partes. Se refleja así cierto orden "suprainternacional" en formación, que prescinde de las dependencias en cuanto a medios pero varía los fines de la rama jurídica.

3. Por su problemática y sus soluciones el Derecho Internacional Privado depende en general de los marcos sociológicos del Derecho Internacional Público y el Derecho Interno, en definitiva, de la existencia de la comunidad internacional constituida por Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relacionados entre sí de modo tan in-

5. V. LAINE, Armand, "Introduction au droit international privé", Glashütten im Taunus, Detlev Auvermann, ed. 1970, t. 1, págs. 21 y ss.

tenso como para formar una rama jurídica. Sin embargo, también depende de que esa comunidad internacional sea marco de un espíritu de **Derecho Privado** llamado a considerar en última instancia la situación de los particulares.

Aunque el **Derecho Internacional Privado** pretende desenvolverse mediante repartos, múltiples influencias humanas difusas que se producen en la comunidad internacional y en la comunidad nacional intervienen en su desarrollo. Hoy la comunidad internacional está en crisis ⁶, sobre todo por múltiples influencias económicas y culturales, y esa crisis se proyecta también en el **Derecho Internacional Privado**.

b) Dimensión normológica

4. En concordancia con lo que acabamos de señalar, las fuentes formales del **Derecho Internacional Privado** son principalmente los tratados, que lo vinculan con el **Derecho Internacional Público**, y las leyes, que lo relacionan

6. Es posible c. CIURO CALIDANI, Miguel Angel, "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el **Derecho Internacional Privado**", en "Revista del **Derecho Comercial y de las Obligaciones**", N^o 43, págs. 1 y ss.

con el Derecho Constitucional ⁷. Sin embargo, en parte por la insuficiencia de las fuentes de origen público señaladas para satisfacer las exigencias de la vida mundial, ganan terreno fuentes privatistas, como son los contratos mediante los cuales se ejerce la autonomía de las partes. También cabe tener presente que el método sintético-judicial genera, en relación con las fuentes, una significativa situación de dependencia no sólo respecto del Derecho Constitucional sino también en relación con el Derecho Procesal. En última instancia, en cuanto las soluciones se expresen en sentencias, hay siempre una dependencia del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal que, a su vez, depende del Derecho de fondo.

7. Acerca de las fuentes del Derecho Internacional Privado v. por ej. GOLDSCHMIDT, "Sistema . . ." cit., t. I, págs. 45 y ss. y 179 y ss., en especial respecto de las teorías eclécticas cualitativas y cuantitativas, págs. 184-185. Además sobre las fuentes de la materia puede c.v.gr. VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1972, t. I, págs. 50 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit international privé", ⁵¹ ed., (con la colaboración de Paul Lagarde), Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1970, t. I, págs. 19 y ss.; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, "Derecho Internacional Privado", 5^a ed., Madrid, Atlas, 1969, t. I, págs. 43 y ss.; VALLADAO, op. cit., t. I, págs. 79 y ss. y 89 y ss.; TENORIO, Oscar, "Direito Internacional Privado", 11^a ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, t. I, págs. 83 y ss.; BATALHA, Wilson de Souza Campos, "Tratado de direito internacional privado",

En cuanto a sus *conceptos* el Derecho Internacional Privado depende en gran medida del Derecho Privado, incluso del Derecho Privado Interno, como lo evidencia el empleo del método analítico-analógico (quizás, sin embargo, mejor método analítico-privatista), que toma en préstamo las categorías del Derecho Privado (consagradas en el Derecho Privado Interno) para efectuar el análisis de los casos reflejado en los antecedentes de las normas. Otra línea de dependencia del Derecho Privado Interno es el "orden público" que, no obstante, correctamente entendido, debe referirse a la comprensión jusprivatista que a nivel humano tiene el propio Derecho, sólo mejor reflejado en el Derecho Privado Interno.

La dependencia del Derecho Privado Interno es mayor cuando se resuelven los problemas generales según la "lex fori", y la autonomía

São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, t. I, págs. 97 y ss.; WOLFF, Martin, *"Derecho Internacional Privado"*, trad. José Rovira y Ermengol, Barcelona, Labor, 1936, págs. 19 y ss. y 31 y ss.; KAHN-FREUND, O., *"General Problems of Private International Law"*, en *"Recueil des Cours"* de la Académie de Droit International, t. 143, págs. 164 y ss.; BOGOULAVSKI, M., *"Doctrine et pratique soviétiques en droit international privé"*, en id., t. 170, págs. 363 y ss.; FRANCESKAKIS, Ph., *"Droit international privé"*, en *"Repertoire de droit international"* (Dalloz), 1968, t. I, págs. 673 y ss.; *"Droit international privé comparé"*, en id., t. I, págs. 678 y ss.

cs mayor cuando se utilizan precisamente las soluciones "autárquicas" (comparativistas o jusnaturalistas) . Por su parte, las soluciones apoyadas en la "lex causae" significan una situación intermedia en que la autonomía es mayor que en la "lex fori", porque al fin el Derecho Privado que influye es el elegido por el Derecho Internacional Privado.

Cabe tener presente, sin embargo, que el Derecho Internacional Privado es Derecho Privado "de segundo grado", con alto nivel de abstracción y limitado desarrollo conceptual, sobre todo en cuanto a los conceptos de las consecuencias jurídicas de sus normas. Los conceptos **del Derecho Internacional Privado suelen tener así una relación de dependencia recíproca con los Derechos declarados aplicables: el Derecho Internacional Privado domina al indicar** el Derecho aplicable, el Derecho aplicable domina porque la solución depende de él.

5. Puede decirse que —hasta ahora— el Derecho Internacional Privado depende principalmente, por las *relaciones verticales de producción*, del Derecho Público (como Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional) realizándose en consecuencia el valor subordinación; en tanto que en las *relaciones horizontales de contenido* se vincula, con relativa

autonomía, con el Derecho Privado, realizándose en consecuencia el valor concordancia.

El Derecho Internacional Privado no ha logrado su codificación y depende de codificaciones ajenas que lo aprisionan con detrimento recíproco. Sin embargo, pese a no haber logrado hasta el momento su propio código, su desarrollo es tributario en gran medida de ese fenómeno, ya que la obligatoriedad de la aplicación del Derecho extranjero sostenida por Savigny se hizo más tensa y problemática en cuanto se trató de Derechos codificados que fueron evidenciando —con creciente complejidad conceptual— los problemas generales de la materia⁸. El fenómeno de la descodificación de las otras ramas también suele proyectarse en el Derecho Internacional Privado, que sale así de códigos en los que tampoco debió figurar.

c) Dimensión dikeológica

6. El Derecho Internacional Privado en sentido estricto nace de la exigencia de justicia de respeto al elemento extranjero, y es por este requerimiento que ha de imitarse la sentencia

8. No es ajena a la apertura de la teoría de la comunidad jurídica internacional la influencia de la Escuela Histórica, como tampoco es ajena al desarrollo teórico de la

que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez del país con que se conecta dicho elemento. En definitiva ha de imitarse la solución que con el máximo grado de probabilidad se produciría en el país con que existe tal contacto. En este "espíritu" se basa la autonomía de la materia, pero a su vez ese espíritu la ubica en relación de dependencia con el Derecho Privado en general, que corresponde a la justicia referida a los particulares'.

La dependencia "instrumental" (en cuanto a fuentes formales) del Derecho Internacional Privado respecto del Derecho Público, su dependencia conceptual y dialéctica respecto del Derecho Privado y su relativamente limitado desarrollo conceptual generan riesgos de subversión de los despliegues de valor del Derecho Público, fundamentalmente el poder, el orden y la justicia general, contra el espíritu privatista de la materia, que en última instancia

Parte General de la disciplina la influencia del racionalismo.

V. la formulación de las ideas de Savigny en su obra "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux-Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1879, GCCXLVIII, t. VI, págs. 137 y ss.

9. Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

se refiere a la justicia particular. En el Derecho Privado Interno la dependencia del Derecho Público en cuanto a las fuentes formales es en principio semejante, pero su mayor desarrollo conceptual neutraliza en parte los riesgos.

Por otro lado, el empleo de fuentes de Derecho Público permite en el Derecho Internacional Privado tradicional un relativo equilibrio con el Derecho Privado que da su espíritu a la materia. No es por azar que buscando ese equilibrio el Derecho Público suele valerse a la inversa de fuentes (convencionales) reales o imaginarias de Derecho Privado". En cambio, si el impulso privatista crece desbordando las fuentes tradicionales, como ocurre en la autonomía "universal", se corre el riesgo de que el Derecho Privado se desborde del equilibrio que debe guardar con el Derecho Público también en el ámbito internacional (ahora creciente-mente "suprainternacional"

lo . Cuando hablarnos de fuentes convencionales imaginarias nos referimos al pactismo.

11. En nuestra época de tan conflictiva existencia del Estado nacional, amenazado por fuerzas económicas, ideológicas, etc. externas e internas y cuando las fuerzas que lo desbordan buscan sus propios intereses, no hay adecuado resguardo para el bien común con estos mismos alcances. Frente a las fuerzas —frecuentemente empresas-trasnacionales hay una significativa "vacancia" del Derecho Público.

7. El Derecho Internacional Privado ha sido caracterizado con acierto como Derecho de la *tolerancia*, pero si es dominado por el Derecho Público que le brinda sus fuentes formales puede convertirse en Derecho de la autoridad, y si es dominado por el Derecho Privado radicalizado puede transformarse en Derecho de la indiferencia respecto del Derecho Público". El Derecho Internacional Privado tiende a amparar a los particulares contra el propio *régimen* a través del debilitamiento de éste, pero si es dominado por el Derecho Público abre cauce a la amenaza del régimen y si es dominado por el Derecho Privado permite las agresiones de unos particulares contra otros y, sobre todo, respecto del régimen y el bien común.

12 . También puede reconocerse en ese caso indiferencia respecto del Derecho Privado, sobre todo como orden público.

AUTONOMIA EDUCATIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Una rama del mundo jurídico puede tener diversas autonomías : material, científica, legislativa, judicial, académica y *pedagógica* o *educativa*. Dados los estudios ya realizados al respecto, es relativamente fácil poner en evidencia que el Derecho Internacional Privado posee autonomía material y científica, que en una mayoría significativa de casos tiene autonomía académica y debe poseer autonomía legislativa y judicial¹. Sin embargo, también cabe sostener la amplia autonomía pedagógica (o educativa) de esta rama, consistente en su especial capacidad para formar integralmente a la persona que la estudia. Ha dicho con acierto

1. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "*Derecho Internacional Privado*", 5¹ cd , Bs. As., Depalma, 1985, págs. 19 y ss.; CIDRO CALDANI, Miguel Angel, "41 *Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico*",. Rosario, 1965.

Werner Goldschmidt que el Derecho Internacional Privado es el Derecho de la Tolerancia y en definitiva es una importante senda de formación integral de la personalidad del jurista' y de formación humana para la convivencia justa.

El Derecho Internacional Privado tiene alto valor para la formación general del jurista, principalmente por su necesidad de profundizar, como Derecho Privado "de segundo grado", en los problemas captados en los tipos legales y en las soluciones específicas expresadas en los puntos de conexión, a fin de consagrar el debido equilibrio entre ellos. Dada la profundidad de los planteos (que obliga, por ejemplo, a penetrar en el significado de los derechos reales como componentes básicos de las relaciones de los individuos y los regímenes con las cosas y en el significado del punto de conexión lugar de situación guardando equilibrio con la inserción en el régimen) el Derecho Internacional Privado suele exigir mayor profundidad filosófica que los planteos frecuente-

2. GOLDSCHMIDT, op. cit.
3. Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Dos notas de Teoría General del Derecho (Sobre valores naturales y fabricados y significado 'vicario' del Derecho Internacional Privado)", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 1, págs. 35 y SS.

mente exigidos por otras ramas jurídicas. A mayor "abstracción" ha de corresponderle mayor profundidad para que la elección del Derecho aplicable y a través de ella la solución del caso no sean caprichosas.

La visión macroscópica, de respeto al elemento extranjero que brinda el Derecho Internacional Privado, permite aclarar todas las otras relaciones jurídicas de respeto, sean contractuales, familiares, etc.; pero, además del valor general para la formación plena del jurista, el Derecho Internacional Privado posee alto significado en la formación del hombre, por ejemplo, a través de la posibilidad de aprovechar la teoría de los contactos de Derechos —quizás, mejor, de las "especialidades" jurídicas— con sus problemas generales de calificaciones, cuestión previa, fraude, reenvío y orden público, para los contactos interhumanos en general 4. Así, por ejemplo, el Derecho Internacional Privado permite enriquecer la comprensión de la amistad, que abre nuestra personalidad a la de nuestros amigos y es principalmente valorada por el valor amor. La amistad ha de ser calificada según la entiende el

4. Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 59 y ss.

amigo, debe liberarse de sus títulos y consecuencias (cuestión previa) y ha de excluir los fraudes en que se pretende obtenerla sobre bases indebidamente fabricadas para lograrla. Ha de considerar amistoso lo que el amigo considere tal (reenvío) y debe preservar nuestra propia base humana (orden propio) . La diferencia fundamental entre el respeto exigido por la justicia y la amistad requerida por el amor consiste en que en éste las causas excluyentes de fraude y orden propio —sobre todo este último— son menos exigentes; la amistad es más abierta e integradora que el respeto, pero debe aprender mucho de él.

El Derecho Internacional Privado contribuye especialmente a formar personalidades abiertas, capaces de reconocer y respetar lo extraño. El respeto al elemento extranjero ayuda a reconocer el "Tú" y, al hilo de éste, también el "Yo " . Es más, a través de la plenitud del respeto que enseña la "teoría del uso jurídico", se puede comprender mejor la plenitud del Tú que hay en cada uno de los otros hombres. El Derecho Internacional Privado es, de cierto modo, Derecho del "encuentro" inter-

5. BUBER, Martín, "Yo y tú", trad. Horado Crespo, Bs. As., Nueva Visión, 1974, pág. 8. •
6. íd., pág. 13.

cultural de los particulares y en cierta perspectiva puede afirmarse, con Martin Buber, que "toda vida verdadera es encuentro"⁷. La relación de encuentro más profunda se produce al hilo del amor, pero éste puede ser preparado y comprendido mejor por la apertura respetuosa del Derecho Internacional Privado.

A veces, siguiendo la tentación del menor esfuerzo, se pone en duda la legitimidad de la autonomía académica del Derecho Internacional Privado. No cabe duda que la autonomía educativa de una rama es uno de los títulos fundamentales para dicha autonomía académica, y por esto el Derecho Internacional Privado posee muy especial fundamentación al respecto.

7. *íd.*, pág. 15; también BUBER, Martin, "¿Qué es el hombre?", trad. Eugenio Imaz, 6^{ta} ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1967, págs. 144 y ss.

LA POLÍTICA PRISIONERA DEL DERECHO

(Ramas jurídicas y ramas políticas

1. La relación del Derecho con la Política depende, obviamente, de la concepción que se tenga de ambos . Según la teoría trialista del mundo jurídico el Derecho es un conjunto de repartos captados por normas y valorados por la justicia' y de acuerdo con nuestra comprensión trialista del mundo político éste es un conjunto de actos de coexistencia captados por normas y valorados por los valores de convivencia'. A la luz de estas ideas las relaciones entre el Derecho y la Política son, en definitiva, las de una parte con el todo.

* Ideas básicas de una clase de Teoría General del Derecho.

1. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5^a ed., Bs. As., 1976.
- 2 . Es posible v. CIURQ CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs. As., Depdma, 1976.

En base a la noción señalada, el Derecho resulta comprensible al hilo de una universalidad de ramas constituidas en última instancia por requerimientos de especiales estilos de *justicia*: v. gr. el Derecho Comercial para encauzar la actividad económica en gran escala, principalmente para el amparo del consumidor, y el Derecho del Trabajo como protección del trabajador, etc. A su vez la Política puede comprenderse como una universalidad de ramas, signadas en último término por exigencias de distintos *valores* de convivencia —principalmente política sanitaria (salud), política económica (utilidad), política científica (verdad), política artística (belleza), política jurídica (o Derecho, justicia), política erológica (o "erótica", amor), política religiosa (santidad), etc. —, por consideraciones "*transversales*" —de política-educacional (de desarrollo de los valores para la Personalización) y de política de seguridad (de fraccionamiento de los valores)— y, por exigencias del *conjunto* —constitutivas de la política cultural (del complejo de la convivencia, que debe culminar en el valor humanidad

Aunque las ramas del mundo jurídico surgen de particulares exigencias de justicia y las ramas del mundo **político se originan en los requerimientos** de valores distintos o en diferentes enfoques de los valores, resulta significati-

yo comprender las relaciones que existen entre unas y otras, sobre todo porque la realización de todos los otros valores de la convivencia es al fin exigencia de justicia .

2 . Aunque toda rama jurídica es básicamente, como tal, política jurídica, interesa averiguar cuáles son las otras ramas políticas a las que se refiere . Como fórmula última de un estilo 'convivencia', el Derecho Constitucional debe servir en definitiva a toda la política cultural. Sin embargo, en la versión histórica de nuestra Constitución Nacional de 1853 se centraba en la política económica (propiedad, derecho a comerciar, etc.) , la política religiosa (sostenimiento del culto católico, libertad de cultos, etc.) , cierta proyección de política erológica (por la libertad de asociación, el derecho a casarse, etc.) , la política educacional (derecho de enseñar y aprender) y la política de seguridad contra el régimen (declaraciones de derechos, división de poderes, etc.) . La incorporación del artículo 14 bis ha dado otro desarrollo a la política económica y a la política de seguridad (en sentidos más "sociales") y ha brindado más despligue a la política erológica (protección familiar) . Queda, no obstante, la necesidad de dar más consideración constitucional a la política sanitaria, la política científica, la política artística, etc .

El Derecho Administrativo tradicional se ha ocupado principalmente de la política de seguridad, la política sanitaria, la política educativa y la política económica, pero con el andar del tiempo se ha incrementado su esfera de acción, especialmente respecto de la problemática económica, y ha asumido cuestiones de política científica, artística, etc .

El Derecho Penal tradicional apoya a otras ramas políticas desde la perspectiva de la política de seguridad. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se ha incrementado la consideración de la política económica (Derecho Penal Económico) y se ha cuestionado su proyección a la política de seguridad procurando su referencia a la política educativa (por ej. como protección o repersonalización del delincuente) . El Derecho Procesal significa, sobre todo, una realización de la política de seguridad respecto de las políticas de fondo .

El Derecho Civil es tradicionalmente hospitalario a la política económica (Derecho de las Obligaciones, Derechos Reales, Derecho de Sucesiones) , la política erológica (Derecho de Familia, 'Derecho de las asociaciones y fundaciones) y la política religiosa (también Derecho de Familia) . El Derecho Comercial y de ciertos modos el Derecho del Trabajo, el Derecho Agrario y el Derecho de Minería atienden, sobre todo, aunque con perspectivas di-

versas, a la política económica. El *Derecho de la Seguridad Social* se ocupa principalmente de la política sanitaria, la política económica y —como su nombre lo indica— la política de seguridad .

El *Derecho Internacional Público* se refiere a ramas políticas diversas (económica, sanitaria, científica, etc .) y el *Derecho Internacional Privado* abarca las ramas políticas a que a su vez se refieren las ramas de los Derechos Privados que se ponen en contacto . El *Derecho Canónico* es la rama jurídica directamente encaminada a realizar cierta política religiosa, aunque en general la atención que las ramas jurídicas brindan a esta parte de la política ha ido decayendo .

Al hilo de ciertas ramas políticas se establecen relaciones con otras cuestiones, y así, por ejemplo, a través de la política económica el Derecho Civil y el Derecho Comercial se vinculan con otras ramas políticas, v. gr., con el manejo de la salud, la educación, el arte, etc. Cuando una rama es vía para la consideración de otras tiende a establecerse una relación de dependencia de estas ramas atendidas de manera mediata: en nuestro ejemplo, la salud, la educación, el arte, etc. dependen de la economía.

3 . Con consideraciones como las que anteceden es posible reconocer, a través de las diver-

sas ramas jurídicas, las distintas "políticas" desarrolladas por un régimen: por ejemplo, cuál es su política total en lo económico, lo sanitario, lo educacional, etc. Cabe señalar, v. gr., que la política sanitaria queda comprendida principalmente en el Derecho Administrativo, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho Civil y el Derecho **Comercial; la política** científica, la política artística y la política educacional se desenvuelven —cada una— en los marcos del Derecho Administrativo, el Derecho Civil y el Derecho Comercial, etc .

Como las ramas jurídicas se originan en definitiva en especiales exigencias de justicia, no siempre deben corresponder a las ramas políticas. Por ejemplo, por su especial requerimiento de justicia la parte "laboral" de la política económica ha de diferenciarse de las partes "comercial", "agraria", etc . Sin embargo, cabe preguntarse si es fundado que la política sanitaria, la política científica, la política artística y -la política educacional se desenvuelvan a través de diferentes ramas jurídicas y sobre todo --en áreas muy significativas— estén sometidas al Derecho Administrativo y al Derecho Comercial, que las hacen dominar por la política económica de manera con frecuencia excesiva . A nuestro entender a través del Derecho Comercial e incluso del Derecho Administra-

tivo la política económica domina ilegítimamente a la política sanitaria, científica, artística y educacional . En muchos casos los criterios administrativos y el afán de lucro traban las realizaciones de la salud, la verdad, la belleza y la educación . Urge, en definitiva, una recomposición jurídica con miras a la convivencia, para que ésta no quede apresada y destrozada por las divisiones del Derecho .

Es imprescindible el planteo integrado de lo jurídico que ha de efectuar la Teoría General del Derecho (entendida como sistema jurídico)³ y también estimamos necesario que —sin desconocer la importancia de los planteos tradicionales— se constituyan nuevas disciplinas jurídicas para el Derecho de la Salud (a fin de proteger al enfermo real o potencial) , el Derecho de la Educación (para amparar al educando y al educador) , el Derecho de la Ciencia y la Tecnología (sobre todo a fin de proteger al científico y al técnico) , etc. También en estas áreas hay, en definitiva, debilidades a equilibrar como las que originaron el Derecho del Trabajo .