

Nº 28
2004/2005

REVISTA DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA
Y FILOSOFÍA SOCIAL



FUNDACION PARA LAS
INVESTIGACIONES JURIDICAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

©

Registro de la Propiedad Intelectual N° 333934, Formulario N° 08879

Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas

San Lorenzo 1155, 8° “A”, Rosario (Código Postal 2000), Argentina.

CUIT: 30-68913973-2

La “REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL” es continuadora del “BOLETIN DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL”

Salvo indicación expresa la “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social” no se identifica necesariamente con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

Director responsable: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

Publicación al servicio del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

(Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina)

Tirada: 100 ejemplares

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Dr. CP Ricardo Suárez

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ricardo I. Silberstein

Vicedecano: Dr. Carlos Hernandez

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

Daniel Erbetta
Ernesto Granados
Alfredo Althaus
Mario Chaumet
María Cristina Vélez
José María Lombardero
Miriam Pasquinelli
Jorge Stähli
Martha Andrada
Daniel Boccoli

Consejero No Docente

Ricardo Torrano

Consejeros Estudiantiles

Cristina Bilicich
Roberto Sader
Pablo Pellizon
María Cecilia Zalazar
Sabrina Pascual
Mariano Lamberto
Juan Manuel Constantini
Maximiliano Lara

Consejero Graduado

Luis Vila

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL

Director: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (Investigador del Conicet)

Investigadora: Dra. María Isolina Dabove (Investigadora de la UNR)

Secretario Técnico: Dr. Walter Birchmeyer (Docente de la Facultad)

Árbitros científicos ad-honorem

Dr. Roberto H. Brebbia

Dra. Noemí L. Nicolau

Dra. Alicia M. Perugini

Dr. Nelson Saldanha

Dr. Jean-Marc Trigeaud

INDICE

DOCTRINA

- CIURO CALDANI, Miguel Angel
*Contribution de la Théorie Générale des Réponses Juridiques
au Plurijuridisme* 9
- CIURO CALDANI, Miguel Angel
Filosofía trialista del Derecho de la Salud 19
- CIURO CALDANI, Miguel Angel
Una nota histórica sobre la tarea judicial 33
- MENICOCCI, Alejandro Aldo
*Lex posterior non derogat legi priori: el singular tratamiento del ámbito
temporal adoptado por la Cidip sobre normas generales de Derecho
Internacional Privado* 39
- MEROI, Andrea
El Derecho Procesal y su inserción en la Teoría General del Derecho 49
- MORELLI, Mariano
Derecho, Historia, Lengua y Cultura en el pensamiento de Savigny 69

REIMPRESIÓN

- CIURO CALDANI, Miguel Angel
Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico sociales 105

TEMAS EN DEBATE

- NOVELLI, Mariano
*La teoría trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas
sobre tres cuestiones jurídicas relevantes* 115

NOTAS

PEZZETTA, Silvina

Jornadas de Filosofía de las ramas del mundo jurídico 125

BIRCHMEYER, Walter

Un caso (rosarino) de Derecho del Arte 133

DOCTRINA

CONTRIBUTION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DES RÉPONSES JURIDIQUES AU PLURIJURIDISME

MIGUEL ANGEL CIURO-CALDANI*

a) La théorie générale des réponses juridiques

1. La théorie générale des réponses juridiques, élaborée en partie sur la base de la riche théorie de la partie générale du Droit International Privé classique, permet de reconnaître la portée des réponses, leur *dynamique* et les *relations*¹ qui existent entre elles. Avec ces références, il est possible d'apprécier, à son tour, la portée des éléments du plurijuridisme, leur dynamique et les relations qui s'établissent entre eux². Les réponses et les systèmes juridiques "vivent" et il est important de compter avec les instruments doctrinaires pour capter cette vie.

b) La portée des réponses juridiques

2. La portée des réponses et des systèmes trouve son déploiement dans le *territorial* (spatial), le *temporel*, le *personnel*, le *relatif aux objets*, le *potentiel* (concernant les puissances et les impuissances, c'est-à-dire, les sens favorables ou nuisibles à l'être et spécialement à la vie) et dans les *raisons* ayant des développements conceptuels et factuels.

Pour ce qui est du territorial et du temporel, il faut différencier la portée *active* et *passive*. La portée active correspond à l'endroit et au moment où s'appliquent les réponses et les systèmes. La portée passive se rapporte à l'endroit et au moment où les cas ont dû avoir lieu pour que ces réponses et ces systèmes entrent en jeu.

A titre d'exemple, la juridicité des États nationaux est la preuve d'une large vocation de totalité active en ce qui concerne le temps, les personnes, les objets, les potentialités et les raisons, mais elle est limitée au territorial. Cependant, aujourd'hui, par exemple en matière pénale, elle est en train d'étendre sa portée, en certains cas, à l'échelle planétaire (par exemple, les célèbres procès prétendus par le juge espagnol Baltasar Garzón pour poursuivre

* Professeur à la Faculté de Droit de la Universidad Nacional de Rosario; chercheur du Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentine).

Traduction faite par Gabriela BROCHIER et Graciela ORTIZ en collaboration avec l'auteur de l'exposé.

1 Cf. notre étude "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976.

2 Cf. BERGEL, Jean-Louis, "Méthodologie juridique", Paris, Presses Universitaires de France, 2001, pages 170 et suiv.; aussi "La Méthodologie de l'étude des sources du droit", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pages 257 et suiv.

des délits commis dans de différents endroits de la Planète³).

La juridicité internationale met en évidence une active vocation mondiale, qui a eu traditionnellement une restriction concernant les puissances et les impuissances mais qui est en train de céder face à l'internationalisation de presque toutes les questions.

Les *questions pénales* traitées à la fin de la Deuxième Guerre mondiale par les Tribunaux de Nuremberg ont fait chemin et aujourd'hui ces avancements se manifestent dans les Tribunaux concernant l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁴, par exemple. Même si les espaces de référence de ces derniers sont limités, leur organisation suppose une rémission tacite de la portée sensée mondiale.

Il faut aussi reconnaître la portée active et la portée passive des obligations financières internationales, à savoir, les tribunaux intervenants et les pays où elles se concrétisent.

Il est vrai que le plurijuridisme se manifeste spécialement dans le domaine du territorial, cependant il faut signaler, de par son analogie, la portée des réponses dans les autres domaines. En général, la diversité des effets actifs et passifs des solutions semblent être importants - surtout- sur la *culture juridique occidentale très tendue*.

c) La dynamique des réponses

3. La *dynamique* des réponses et des systèmes met en évidence aussi des mouvements de "*progression du modèle*", "*régression du modèle*" ou "*substitutions des modèles*", dans l'ordre conceptuel et factuel.

Si pour exemplifier on prend comme cadre la juridicité des États nationaux, il est possible d'apprécier, comme cas de régression du modèle dans l'ordre conceptuel et factuel, surtout dans l'ordre personnel et matériel, l'avancement déjà mentionné des juridictions pénales internationales et, comme exemple de régression du modèle dans l'ordre factuel (pourtant moins conceptuelle, par exemple dans le potentiel) la perte subie par divers États du contrôle penal, du contrôle financier et du contrôle de grandes entreprises ayant une portée mondiale. En revanche, il est à signaler la progression du modèle dans l'ordre conceptuel et factuel du système international, la progression conceptuelle et factuelle de la pénalisation internationale et la progression dans l'ordre factuel (pourtant moins conceptuelle) des systèmes financiers internationaux et des entreprises multinationales en relation avec les systèmes des États.

La Cour Pénale Internationale⁵ et les Tribunaux Internationaux déjà mentionnés sont, par exemple, des institutions permanentes qui font progresser le modèle dans l'ordre conceptuel

3 The Truth About Pinochet, <http://www.lakota.clara.net/Library/garzon.html> (22-7-2003).

4 Cour Pénale Internationale et Cours ad hoc, <http://www.icrc.org/ihrcspa.nsf/0/642e89e74b3320bd4125663a0054e35b?OpenDocument> (21-7-2003).

5 International Monetary Fund, <http://www.imf.org/external/spa/> (21-7-2003).

et factuel, elles sont complémentaires des juridictions nationales qui s'avèrent incapables de juger, ou qui ne désirent pas le faire, les actes de génocide, les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité⁶.

Le Fonds Monétaire International est une réponse financière créée pour encourager la coopération monétaire internationale, faciliter l'expansion et la croissance équilibrée du commerce international, encourager la stabilité monétaire, contribuer à établir un système multilatéral de paiements et mettre à la disposition des pays membres -ayant des difficultés dans la balance des paiements, avec des cautions adéquates- les ressources générales de l'institution⁷. Il doit veiller, en général et conformément à ses objectifs, à la stabilité du système financier international. Cependant, il s'est produit non seulement une régression du modèle dans l'ordre factuel concernant les raisons de l'action du Fonds, centrées sur la stabilité monétaire, mais encore l'institution a développé une progression du modèle dans l'ordre factuel, se transformant dans les faits, en un pouvoir qui vide la capacité de décision de beaucoup d'États⁸. À travers la progression du modèle concernant l'argent, le Fonds règne non seulement sur les "objets" mais encore sur de multiples autres aspects de la vie des États, par exemple, l'ensemble des potentialités adjugées dans la vie étatique.

L'internationalité financière s'accroît parfois par l'intervention des tribunaux choisis et par la référence à des Droits de fond applicables selon les exigences des entités financières ou par les négociations avec les États, comprenant des faits qui y ont eu lieu.

Les progressions conceptuelles et factuelles de la juridicité internationale avancent, surtout par la voie des traités internationaux et des contrats, à l'égard des facultés des organes législatifs et administratifs de l'État national voire sur la juridicité des provinces (facultés étatiques "locales") qui montrent une régression respective du modèle.

L'histoire du Droit met en évidence des jeux de dynamique des effets passifs et actifs des réponses juridiques. La *non-rétroactivité* est une expression de la régression des aspects actifs des modèles précédents sans répercussions sur les effets passifs de celles-ci et la *rétroactivité* est une manifestation de la progression active et passive de nouveaux modèles.

La *culture juridique de l'Occident* se caractérise par la fréquence élevée de phénomènes de régression et de progression des modèles, étroitement liés aux grandes tensions qui la distinguent.

6 El Dinero, http://www.geocities.com/a_paronetto/dinerofmi.htm (21-7-2003); BBC Mundo.com, ABC del Fondo Monetario Internacional, http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_1297000/1297148.stm (21-7-2003); STIGLITZ, Joseph E., "El malestar en la globalización", trad. Carlos Rodríguez Braun, 6e réimp., Bs. As., Taurus, 2002.

7 Constitution de la Nation Argentine, <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/ConstitucionNacional.htm> (21-7-2003).

8 Cf. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935; "Derecho Internacional Privado", 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

4. En tenant compte des *composants basiques* -grecs, romains, judéo-chrétiens, germanis, etc. - de la culture occidentale - présents aussi dans le domaine juridique- il est clair qu'il y a une forte progression des apports *romains*. En revanche, il y a une régression variable des contributions grecques, judéo-chrétiennes, germaniques, etc.

C'est à la Grèce qu'on doit le legs de la vocation de savoir de la Philosophie, le sens prométhéen du péché triomphant, l'art anthropocentrique et l'expérience démocratique. Rome a fourni un grand esprit pratique, le solide sens privatiste de sa propriété privée et sa liberté de contrat. Le judéo-christianisme a apporté la croyance en un Dieu unique, créateur, personne, omniscient, omnipuissant, omniprésent, non-représentable, voire innommable, ce Dieu qui s'est incarné et qui a préconisé l'amour à l'ennemi et qui nous a appris que son Royaume n'appartient pas à ce monde. La contribution germanique concerne les individualités puissantes qui font, néanmoins, partie de la communauté.

L'esprit pratique et privatiste de Rome est présent à plusieurs reprises dans la juridicité occidentale. En revanche, d'autres déploiements, voire le sens le plus publiciste du legs démocratique de l'expérience grecque, semblent perdre de leur signification.

Il n'y a pourtant pas d'uniformité et la présence des composants basiques de la culture occidentale se différencie selon l'espace, de telle sorte qu'en *Amérique Latine* les éléments judéo-chrétiens (surtout dans la version catholique) sont plus présents que dans les pays centraux de l'Occident.

5. Il faut signaler qu'au sein de l'Occident il y a une progression, au moins factuelle, du versant *anglo-saxon* du "common law" liée à une régression du modèle "continental". Même si la culture juridique "continental" est souvent appelée "romano-germanique", nous considérons que les deux «sous-familles» juridiques occidentales renvoient à des moments différents de l'histoire du Droit Romain.

L'héritage d'Occam, Locke, Hume et James, qui constitue tout particulièrement le cadre anglo-saxon, met en évidence une régression relative du legs de saint Thomas d'Aquin, Descartes, Leibniz et Hegel, plus présent dans le cadre "continental".

6. Il est à reconnaître une régression dans les diversités *spatiales* en faveur de la progression des modèles de différenciation *personnelle, relatifs aux objets, aux potentiels et aux raisons*. Il est possible que, lors de la crise relative de l'État moderne national, le plurijuridisme se rapporte de plus en plus aux contacts entre des juridicités diverses développés dans le même espace.

d) Les relations entre les réponses.

7. Les *contacts* des réponses et des systèmes se produisent en matière de *coexistence* de domaines indépendants, *domination*, *intégration*, *désintégration* et *isolement relatif*. Dans ce sens, il est important de déterminer quel type de réponse ou système “*qualifie*” les problèmes; si la problématique d’une réponse ou système peut *absorber* l’autre réponse ou l’autre système; s’il est admissible la *fraude* entre réponses et systèmes; si les réponses et les systèmes peuvent renvoyer à une troisième réponse ou à un troisième système et si une réponse ou un système a la force suffisante pour *rejeter* les contenus d’une autre réponse ou d’un autre système. C’est dans les relations entre les réponses que les enseignements de la doctrine du Droit International Privé classique sont profités plus largement en ce qui concerne les références aux problèmes de qualifications, la construction de l’antécédent et de la question préalable, la fraude à la loi, le renvoi et l’ordre public⁹.

8. En ce qui concerne *l’espace*, l’intervention des tribunaux pénaux internationaux *coexiste* parfois avec celle des États nationaux et elle prime parfois sur la dernière. La “qualification” laisse tomber fréquemment la condition de typicité sur laquelle s’appuie la notion de délit dans le cadre national, en renvoyant finalement à une antijuridicité générique qui correspond à des valeurs de la culture “occidentale” prédominante, c’est-à-dire à une juridicité coutumière. Contrairement à ce qui est arrivé à Nuremberg, les arguments semblent se baser sur les simples faits malgré les plaidoiries fortement enracinées dans la dogmatique pénale libérale, propres aux pays occidentaux qui priment à l’intérieur des États occidentaux dominants. Des conflits culturels plus profonds que ceux de la délinquance interne sont mis en marge, à savoir, les querelles de longue date chez l’ex- Yougoslavie ou au Rwanda. Un conflit millénaire concernant des aires continentales et des continents -comme celui de l’ex- Yougoslavie- est réduit à des perspectives pénales internationales, relativement ad hoc, voire différentes à celles de la tradition garante occidentale. Des diversités telles que les rôles de témoin et de victime sont souvent abandonnées, on défend plutôt la *priorité* des organes internationaux même s’il y a des tribunaux internationaux et nationaux parallèles. Il se peut que l’intervention internationale ne soit pas du tout en marge des manoeuvres frauduleuses pour imposer la primauté de quelques secteurs internes dans les pays concernés.

Quant à la capacité de refus, la juridicité internationale dominante pourvoit souvent à l’exclusion de la peine de mort et à la soumission à des prisons dégradantes émanant de l’intervention de tribunaux nationaux. On peut même signaler que la juridicité du pays qui est aujourd’hui en tête de la mondialisation / marginalisation a une certaine primauté sur la juridicité internationale, en excluant la considération des crimes commis à son service.

La juridicité financière internationale domine en général - surtout de fait - sur celle de l’État et ceci est mis en évidence dans la “qualification” que celle-là fait de la portée des problèmes concernant leurs projections économiques. En Argentine, par exemple, la

9 CIURO CALDANI, “Aportes ...”, pages 59 et ss.

réinterprétation et la redétermination des questions sanitaires, éducatives, culturelles, etc. en termes économiques, imposées par l'autorité financière internationale, sont une réalité fréquente. La domination se manifeste aussi dans la possibilité qu'a la juridicité financière de renvoyer à d'autres juridicités, par exemple, à la juridicité des entreprises, qui acquièrent plus de pouvoir face à la juridicité de l'État et dans l'impossibilité de celle-ci de rejeter les impositions financières internationales.

La place du pénal et du financier international s'élargit de plus en plus.

9. Malgré le changement d'ère de l'histoire -fortement marquée par les possibilités techniques tout particulièrement sur la vie humaine- la postmodernité signifie l'isolement relatif en ce qui concerne le *temps* et d'une certaine manière la primauté du présent par rapport au passé et à l'avenir. Le passé et l'avenir sont qualifiés en règle générale au présent. Dans la mondialisation / marginalisation, il semble y avoir un retour à la primauté des caractères concernant les *personnes*, les *objets*, le *potentiel* et les *raisons*.

10. Quant aux contributions constitutives de la culture juridique occidentale, il faut remarquer une primauté du *sens romain* sur les autres. Le versant anglo-saxon pourvue de fortes affinités avec le monde romain devance les autres.

La culture juridique occidentale a engendré des diversités internes de coexistence spatiale voire temporelle; cependant la postmodernité, étant un mélange de coexistences matérielles superficielles et de profonde domination économique, produit malgré l'anéantissement apparent des phénomènes coloniaux une forte prétention de l'Occident de primer sur les autres cultures.

Les relations entre les différentes réponses juridiques, économiques, religieuses, etc. de la culture occidentale ont mis en évidence des périodes où la perspective *religieuse* a primé sur les autres, en engendrant une forte influence du Droit canonique. En revanche, actuellement, il y a une claire primauté de l'*économie* et de l'approche juridique la concernant

On aperçoit un grand développement de l'*analyse économique du Droit*. La puissante force qualificative de l'économie fait que la plupart des branches juridiques reconnues s'y réfère ou bien on y voit une tendance à les qualifier selon ses conditions (Droit civil patrimonial, Droit commercial, Droit de travail, voire Droit de famille, ce dernier perçu du point de vue économique), en empêchant la possibilité de constitution d'autres branches plus attentives aux déploiements moins économiques, tel le Droit de santé, Droit de la science et de la technologie, Droit de l'art, Droit de l'éducation, etc.

11. La *théorie de la réception* est une autre perspective de poids pour la compréhension du plurijuridisme, laquelle, à mon avis, n'est pas encore considérée comme elle le mérite. Cela est dû en partie à la domination des pays exportateurs de modèles sur les pays importateurs.

La réception de modèles juridiques -parfois un mélange d'origines diverses- peut produire des phénomènes d'*assimilation* ou de *rejet* et elle peut parcourir les chemins de la mondialisation / marginalisation ou de l'universalisation respectueuse des diversités¹⁰.

e) *L'horizon de fonctionnement des normes*

12. Les relations de *coexistence* des domaines indépendants, *domination*, *intégration*, *désintégration* et *isolement relatif* s'expriment au travers de solutions différentes quant au "fonctionnement" des normes, c'est-à-dire, dans les tâches de reconnaissance, interprétation, détermination, élaboration, argumentation, application et synthèse¹¹. Par exemple dans la mesure où une juridicité "prime" sur l'autre, la première imposera enfin ses conditions en ce qui concernent les tâches citées précédemment.

En ce qui concerne le *spatial*, lorsque l'internationalité pénale ou financière prime sur la juridicité étatique, fait très fréquent de nos jours, les sources internationales s'imposent aux sources internes qui s'y opposent, en conditionnant leur *reconnaissance*. La force de l'élément systématique international exerce une influence sur l'*interprétation* des normes internes; la *détermination* des normes internes est faite sous des critères internationaux ; on rejette des normes internes considérées non-précieuses depuis la perspective des normes internationales (il y a des lacunes axiologiques) et l'on élabore la normativité *intégrative* de l'ordonnement à portée internationale. Dans ces phénomènes de domination, l'*argumentation* prédominante s'appuie sur des raisons internationales. Quant à l'*application*, l'encadrement des cas dans les normes et leurs conséquences s'accomplissent selon des questionnements basiques des cas et des prétentions à l'échelle internationale conformément aux forces internationales. La *synthèse* lors de conflits entre normativités qui ne s'encadrent pas dans les faits est faite en vue de la prééminence des intérêts internationaux.

D'ailleurs, depuis les perspectives concernant le *temporel*, les *personnes*, les *objets*, le *potentiel* et les *raisons*, le fonctionnement des normes met en évidence de nos jours la primauté des perspectives internationales sur les perspectives internes.

13. À présent, le fonctionnement des normes s'oriente souvent selon la prééminence de critères pratiques et de propriété privée et de la liberté de contracter émanant du *legs romain*

10 Cf. PAPACHRISTOS, A. C., "La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique", Paris, L. G. D. J., 1975; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", "Revista de Direito Civil", 8, pages 73 et ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 9, pages 33 et ss.; WATSON, Alan, "Legal Transplants", 2^a. ed., Athens, University of Georgia Press.

11 GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6e édition, 5e réimpression, Bs. As., Depalma, 1987, pages 251 et suiv.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pages 70 et suiv.

et du versant culturel *anglo-saxon*. Il exprime en même temps l’emprise des perspectives *économiques* sur les autres de la culture.

Un cas très important de la dynamique des réponses juridiques est l’histoire du *Droit Romain* dont on a pu parler à maintes reprises des versions assez «actuelles»¹².

Le fonctionnement du *Droit Romain* à travers le temps, tel les travaux des glossateurs et des postglossateurs, est une expression des relations diverses entre les réponses. Il suffit de mentionner qu’en 1228, lors de la fondation du Droit “interrégional” Privé (base du Droit international privé actuel), Acursio a tiré de la Constitution “Cunctos Populos” des conséquences radicalement opposées au sens historique¹³. C’est du territorialisme romain que le juriste médiéval a tiré, selon ses critères juridiques appliqués à ce moment-là, l’extraterritorialité interrégionale. La réponse médiévale a primé sur la solution originaire.

f) *Horizon juristico-sociologique*

14. La dynamique et les relations des réponses et des systèmes peuvent être aussi comprises depuis la “dimension” juristico-sociologique du “monde juridique”. Dans ce cadre, cette dynamique et ces relations peuvent se présenter comme des phénomènes d’adjudication de puissance et d’impuissance dus à la conduite d’hommes déterminables. Ces phénomènes d’adjudication constituent des *partages* de la nature, des influences humaines «vagues» ou du hasard, tous les trois composants des *distributions*. Lors des partages, on peut y reconnaître les répartiteurs, les récipiendaires, les puissances et les impuissances, les formes et les raisons.

Les partages peuvent être *autoritaires* -dégagés par imposition- et *autonomes* -faits au gré des intéressés- chacun d’eux accomplissant respectivement la valeur de pouvoir et la valeur de coopération. L’ordre des partages peut se produire selon un soi-disant *plan gouvernemental* où l’on signale les répartiteurs suprêmes et les critères suprêmes de partage, accomplissant ainsi la valeur de prévisibilité ou bien conforme à l’*exemplarité* où se déploie la marche des modèles sensés raisonnables et leur suivi, satisfaisant la valeur de solidarité.

Dans ce cadre, il est important de savoir comment ont lieu la dynamique et les relations des réponses et des systèmes. Si on parle de la dynamique on doit parler tantôt dans l’ordre conceptuel que factuel.

La coexistence de domaines indépendants et l’intégration sont plus proches de l’autonomie et de l’exemplarité; alors que la domination est plutôt proche de l’autorité et de la planification.

La régression du modèle et les relations des modèles peuvent correspondre à l’existence

12 SAVIGNY, F. C. de, “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1878.

13 http://www.storia.unive.it/_RM/didattica/anto_ame/cap_I/I_1_or.htm (25-8-2003).

de *limites nécessaires*, émanant de la «nature des choses», qui peuvent être physiques, psychiques, sociopolitiques, socioéconomiques, etc.

15. Les exemples présentés précédemment, la dynamique et les relations des solutions internationales et internes, de la vie du Droit Romain, des éléments de la culture et des branches juridiques et politiques, on peut les comprendre selon les partages et les distributions, l'autonomie et l'autorité, la planification et l'exemplarité, tout en reconnaissant l'existence de limites nécessaires.

La progression des solutions internationales financières, des apports culturels romains et anglo-saxons et de la politique économique correspond dans une certaine mesure à l'une des manifestations des plus importantes du *pouvoir* et de la planification de nos jours aussi.

g) *Horizon juristico-axiologique*

16. Nous estimons que, à partir des bases partagées, il est possible de construire une dimension scientifique sur les valeurs du monde juridique. Dans ce sens, la portée des réponses, leur dynamique et leurs rapports peuvent être compris en rapport avec des valeurs différentes à celles qu'on a mentionnées, surtout la *justice* mais aussi l'*utilité*, l'*amour*, etc.

h) *Le plurijuridisme et la complexité du monde*

17. Le plurijuridisme est une expression de la complexité du monde actuel. Je souhaite que la théorie des réponses juridiques puisse aider à comprendre et à résoudre cette complexité¹⁴. (*)

14 BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), "La sfida della complessità", traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª.ed., Milán Feltrinelli, 1997

(*) Exposición del autor en el VIII Congreso de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica (Aix-en-Provence, 4-6 de septiembre de 2003.

FILOSOFÍA TRIALISTA DEL DERECHO DE LA SALUD

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI*

1) Ideas fundamentales

1. Es importante que la composición de las ramas del mundo jurídico guarde relación con las necesidades de espacio, tiempo y personas. En nuestros días de cambio de era histórica en los que se desenvuelve una gran tensión entre economía capitalista y tecnología por una parte y democracia y derechos humanos por otra, resulta relevante la consideración de nuevas ramas llamadas a *enriquecer*, no a sustituir, los planteos tradicionales, demasiado vinculados al capitalismo y la tecnología¹. Una de esas ramas nuevas a tener en cuenta es, a nuestro parecer, el *Derecho de la Salud*.

La noción de *salud*, a menudo muy discutida y variable según el espacio, el tiempo y las personas, posee gran significado en el enriquecimiento de todo el pensamiento jurídico y cultural². Su aporte a la interdisciplinariedad, requisito del saber de nuestro tiempo, es muy importante.

Cuando nos referimos al Derecho de la Salud, de interesantes contactos con el Bioderecho, lo hacemos en términos mucho más “abarcativos” del a veces llamado “derecho a la salud”. Se trata de una perspectiva que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud, de modo que las distintas ramas tradicionales, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal, no resultan suficientes para plantear y resolver satisfactoriamente las cuestiones jurídicas respectivas³. La jerarquía de la problemática de *salud*, la *complejidad científico-técnica* de las respuestas al respecto y en especial la *debilidad del enfermo* (“in-

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

1 Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

2 Organización Mundial de la Salud, <http://www.who.int/es/> (19-4-2005); Organización Panamericana de la Salud, http://www.paho.org/default_spa.htm (19-4-2005). Ya en 1947 la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud mostraba la complejidad del concepto respectivo (http://www.zuhaizpe.com/articulos/salud_oms.htm - 19-4-2005-). Cabe c. asimismo Internet Sanitario, <http://www.diariomedico.com/enlared/not030899bis.html> (19-4-2005); Federación Argentina de la Magistratura, Salud, derecho y equidad, Mackinson, G. (Directora), Farinati, A. (Coordinadora), <http://www.fam.org.ar/libros.asp?id=4> (20-4-2005). Pueden v. Salud, <http://www.eurosur.org/spa/salud.htm> (23-4-2005); Brasil, Biblioteca Virtual em Saúde, História da Saúde e da Medicina, <http://www.bvshistoria.coc.fiocruz.br/> (23-4-2005); Departamento de Medicina Preventiva y Salud Pública e Historia de la Ciencia, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, <http://www.ucm.es/info/dosis/> (23-4-2005).

3 Cabe c. nuestro artículo “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 22, págs. 19 y ss., (y en “Bioética y Bioderecho”, N° 2, págs. 11 y ss.).

firme”, “infirmus”⁴) son puntos de vista principales para hacer que los despliegues que resultan comunes en las ramas tradicionales deban recibir esta especial consideración.

Las cuestiones de salud “*enrarecen*” los problemas jurídicos haciendo, por ejemplo, que la apertura o el cierre de un hospital o un sanatorio no sean, v. gr., cuestiones administrativas o comerciales comunes.

2. El reconocimiento de las nuevas ramas jurídicas depende en mucho de la riqueza con que se construya el *objeto* del saber jurídico. Creemos, por ejemplo, que el normativismo tiende a ignorar las particularidades “materiales” de los nuevos despliegues y, en cambio, el *integrativismo trialista*, fundado por Werner Goldschmidt dentro de la concepción tridimensional, enriquece ampliamente las posibilidades⁵.

4 Ñusleter # 15, <http://www.niusleter.com.ar/usleter/usleter15.html#UNA%20ETIMOLOGÍA> (20-4-2005). El Derecho de la Salud no se refiere sólo a la condición del enfermo, sino a la de la persona cuya salud se deba recuperar o preservar.

5 Es cierto que Kelsen no excluye con alcance general los aportes de las ciencias causales y de las consideraciones de valor, que entran diversamente en las sucesivas habilitaciones de su teoría, y que sólo las aparta de la ciencia jurídica, pero también lo es que al no tenerlas como parte del objeto jurídico empobrece al saber acerca del Derecho en una “simplicidad pura” que estimamos ha de ser superada en una “complejidad pura”. Rechazamos, en cambio, el retorno a la “complejidad impura” economicista, sociologista, biologista, antropologista, psicologista, jusnaturalista, etc. Al fin, el formalismo kelseniano se abre a lo que suceda en la materialidad de la causalidad y en el terreno de los valores, pero toma distancia científica de una y otros reduciendo la riqueza que más nos importa en el saber acerca del Derecho y ocultando despliegues sociales y valorativos relevantes para la intervención de los juristas como tales en el cambio histórico.

En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico pueden c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987 (en cuanto a la búsqueda de la complejidad pura cabe c. págs. XVII y ss., prólogo de la 4ª. ed., de 1972); CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Es posible v. nuestros artículos “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss. y “El Derecho Internacional Privado y su complejidad pura”, en “Investigación y Docencia”, págs. 3 y ss.. También puede c. DABOVE, María Isolina. “El Derecho como complejidad de “saberes” diversos”, en “Revista Cartapacio”, n° 4, Sección Conferencias y Disertaciones, 2003. Cabe c. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán Feltrinelli, 1997; MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 7ª. reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; Edgar Morin, Son oeuvre majeure: La Méthode, http://membres.lycos.fr/reneseon/complexite/edgar_morin.htm (3-1-2004); Red Mexicana de Pensamiento Complejo <http://www.unla.edu.mx/complejidad/> (23-1-2004); El desafío de la complejidad, <http://ar.geocities.com/adicciones2001/complejidad.htm> (23-1-2004); Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory, François OST and Michel van de KERCHOVE, <http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/textes/vdk1.htm> (22-1-2004); Estamos en un Titanic, Edgar Morin, http://www.iigov.org/etica/2/2_03.pdf (3-1-2004); La lettre chemin faisant, n°31, <http://www.mcxapc.org/docs/interlettre/31/3.htm> (31-3-2005). En general cabe c. también por ej. Naturaleza y didáctica de la Lógica Jurídica, Dra. Ana Lilia Ulloa Cuéllar, <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm> (14-1-2004); Complexity Digest, <http://www.comdig.org/> (25-1-2004); Programme européen MCX “Modélisation de la CompleXité”, Association pour la Pensée Complexe, <http://www.mcxapc.org/> (25-1-2004). Coincidiendo

El integrativismo trialista considera en el Derecho un conjunto de adjudicaciones de “potencia” e “impotencia”, es decir de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente la *vida*, entre las que se encuentran en lugar central los repartos producidos por la conducción humana y también se consideran las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar; los repartos son captados por normas y son valorados por un complejo axiológico que culmina en la justicia. Aunque no sostenemos la objetividad de la justicia, como lo hizo Werner Goldschmidt, creemos que es posible el debate “dikelógico” entre quienes comparten ciertos puntos de partida al respecto.

3. A la *autonomía “material”* de las ramas caracterizadas por especiales rasgos sociológicos, en cuanto a repartos y distribuciones, normológicos y, sobre todo, *axiológicos*, por particulares requerimientos de justicia, cabe agregar las posibilidades de autonomía en lo legislativo (leyes especiales que culminan en la codificación), judicial (fueros especiales), administrativo (administración especial), científico (saber especialmente sistematizado), docente (cátedras especiales) y pedagógico (capacidad formativa especial)⁶. El Derecho de la Salud tiene a menudo despliegues administrativos especiales, que alcanzan v. gr. la configuración de ministerios; posee, por ejemplo en el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el desarrollo docente de un Programa de Actualización y Profundización en Derecho de Salud⁷ y brinda una muy especial capacidad pedagógica que llega a plantear a la salud como uno de los soportes de todas las potencias que se adjudican en el mundo jurídico.

2) *Panorama del mundo jurídico*

a) *En general*

a') *Dimensión sociológica:*

4. Tradicionalmente se ha considerado que las cuestiones de salud dependen de modo muy destacado de las distribuciones de la naturaleza, pero hoy avanza la referencia a distribuciones de las influencias humanas difusas, por ejemplo de la economía y de la educación e incluso puede apreciarse la participación del azar. Un tema significativo, que

con Edgar Morin consideramos que no solamente la sociedad es compleja, también lo es cada átomo del ser humano; el hombre nos resulta un ser jurídicamente complejo y las ramas del mundo jurídico han de reflejarlo (v. MORIN, op. cit., pág. 88).

6 Cabe c. nuestro trabajo “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en “Estudios de Filosofía Jurídica ...” cit., t. II, 1982, págs. 174 y ss.

7 Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/programa_actualizacion.php?PHPSESSID=cefcdb512fc8533e66fea0ce7837a01c (19-4-2005).

aclara el trialismo, es también la creciente intervención de la conducción repartidora en las cuestiones de salud.

En el marco de la conducción repartidora, es útil reconocer (dentro o más allá de los marcos normativos) los elementos de los repartos, es decir: quiénes reparten (son repartidores), quiénes son beneficiarios y gravados, qué se reparte, cuáles son las formas de los repartos (camino previo elegido para llegar a ellos) y cuáles son las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). La atención a estos despliegues en el campo de la salud es particularmente importante.

Las grandes fuerzas que se desenvuelven en la realidad de la salud hacen, por ejemplo, que los repartos sean producidos ocultamente por integrantes de los poderes comerciales y financieros, v. gr. de los *laboratorios* y los *organismos de crédito*⁸.

El marco de los beneficiarios de la salud es cada vez más difuso; la problemática respectiva tiene importantes despliegues planetarios de epidemias y pandemias como fue la peste y todavía son el cólera, el sida, la influenza, la gripe, etc. proyecciones éstas que, en ciertos casos, se van acrecentando⁹.

La salud es *básica* respecto de todas las otras potencias e impotencias que se adjudiquen. Sin embargo, los cambios en la noción respectiva han provocado que decisiones que antes podían considerarse agresivas (v. gr. la ligadura de trompas y el cambio de sexo) hoy se estimen conducentes a la salud.

La conciencia de la *audiencia* en la forma de los repartos de salud, que incluye en lugar destacado a la audiencia a los enfermos, se ha incrementado considerablemente. Desde la mera imposición se ha avanzado hacia el proceso y desde la mera adhesión a la negociación.

En el campo genérico de las razones, los *móviles* de los repartos de salud suelen abarcar desde el altruismo al lucro y a la obtención del poder. Suele afirmarse que en este tiempo hay un giro desde haberse logrado un compromiso de entregar un cuidado de alta calidad, a menudo sin fijarse en costos, hacia un sistema de atención eficiente, que contempla un análisis de costo-efectividad. Dada la alta jerarquía de la problemática de salud, las *razones alegadas* tienen significados fuertemente conmovedores aunque, con frecuencia, son distintas de los móviles. Las *razones sociales* de los repartos de salud suelen ir incrementándose con la conciencia sanitaria¹⁰.

5. En relación con las clases de repartos, autoritarios y autónomos, desenvueltos

8 Es posible v. *Ars Medica*, Equidad en Salud, Dr. Gonzalo Grebe Barros, Vol. 5 N° 5, <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica5/EquidadSalud.html> (23-4-2005).

9 Buenafuente.com, Salud, Como las epidemias modelaron al mundo, http://www.buenafuente.com/salud/COMO_LAS_EPIDEMIAS_MODELARON_AL_MUNDO__7159.htm (23-4-2005).

10 La forma hace al diálogo desde los beneficiarios a los repartidores, las razones alegadas al diálogo desde los repartidores a los beneficiarios. En la problemática de salud el diálogo en ambos sentidos tiene particular significación.

respectivamente por imposición o acuerdo y realizadores de los pertinentes valores poder y cooperación, se puede apreciar que la conducción de la salud genera amplios despliegues de *poder* médico en general y de *dependencia* de quien está o corre riesgo de estar “enfermo”, dependencia que llega a invertir la carga de la prueba en los juicios de responsabilidad, pero en nuestros días hay asimismo ciertos avances de la autonomía de los pacientes. Al no dañar y el beneficiar tradicionales se agregan la autonomía y la justicia¹¹.

La jerarquía de la valoración de la salud suele hacer que el poder respecto de ella se convierta en “autoridad”. La autoridad médica es muy significativa.

6. Los repartos pueden presentarse en orden o en desorden. El orden puede constituirse mediante planes de gobierno, que indican quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando están en marcha realizan el valor previsibilidad, y a través de la ejemplaridad, desenvuelta por razonabilidad conforme al esquema modelo y seguimiento, con la pertinente realización del valor solidaridad. Los distintos modelos de juridicidad y política sanitaria son más planificados o ejemplares, por ejemplo conforme sean más socialistas o liberales. En general hay tendencias a la planificación de la salud para obtener órdenes sanitarios sólidos.

Los cambios de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto constituyen *revoluciones* y las revoluciones sanitarias son especialmente significativas. No es imprescindible referirse al nacimiento de las ciencias naturales para encontrar revoluciones en las referencias a la salud. Ya Hipócrates contribuyó a superar en parte el paradigma religioso por otro antropocéntrico¹².

El modelo teocéntrico fue oportunamente superado por la sujeción de la Medicina a las ciencias naturales; luego, en tiempos relativamente recientes, ésta fue cuestionada por la complementación con la referencia psicológica y hoy parece que avanza nuevamente la remisión a las ciencias naturales.

En nuestros días de posible formación de un Estado mundial de alcances hobbesianos y con despliegues de globalización/marginación, en gran medida como resultado de la mundialización de las fuerzas y las relaciones de producción, la *globalización/marginación* en la problemática de la salud se hace particularmente intensa¹³. Es necesario un orden

11 monografías.com, La Bioética y su relación con la tecnología médica, <http://www.monografias.com/trabajos5/biore/biore.shtml> (19-4-2005); Principios de la bioética, Ética y legislación en enfermería, http://perso.wanadoo.es/aniorte_nic/apunt_etica_legislac2.htm (19-4-2005).

12 Juramento de Hipócrates, <http://www.zuhaizpe.com/articulos/hipocrates.htm> (20-4-2005). Parece que el primer investigador experimental en medicina fue Galeno, Apuntes de Historia de la Medicina, P. Universidad Católica de Chile, La Medicina Alejandrina, Galeno, <http://escuela.med.puc.cl/publ/HistoriaMedicina/AlejandrinaGaleno.html> (23-4-2005).

13 Cabe c. nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs.41/56. Es posible v. monografías.com, Ética y salud en el marco de la globalización, <http://www.monografias.com/trabajos12/ensfin/>

mundial de la salud y para eso se requiere el desenvolvimiento del Derecho de la Salud¹⁴.

El desorden de los repartos de salud resulta de especial gravedad.

7. La conducción humana, que puede producir repartos, es referible a límites voluntarios que fijan los repartidores y a *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas. Estos reclaman especial consideración cuando se trata de cuestiones de salud.

La historia de la medicina ilustra sobre un inmemorial esfuerzo del hombre para hacer *ceder* los límites físicos y psíquicos opuestos a su salud. Los progresos al respecto, sobre todo en los últimos tiempos han sido sorprendentes. Entre los límites psíquicos cabe incluir las barreras culturales que a menudo restringen pero a veces reorientan las posibilidades de desarrollo de los medios para la preservación y el restablecimiento de lo que consideramos salud (testigos de Jehová¹⁵). El equilibrio de la cultura produce, incluso, desajustes en los que los medios para la preservación de la salud pueden constituir amenazas para el desarrollo del resto de la cultura (una vacunación puede desequilibrar una cultura referida a lo sobrenatural).

También hay que tener en cuenta límites sociopolíticos y socioeconómicos, de particular significado en materia de salud. En países como el nuestro se advierten en diversos grados las desviaciones que el poder político suele producir, por ejemplo por la senda de la corrupción, contra la conducción en materia de salud¹⁶. Asimismo es relevante atender a los límites socioeconómicos que con frecuencia deben afrontar las conducciones en el ámbito de la salud, v. gr. por escasez de recursos.

Cuando las cuestiones son *vitales*, como suelen ser las de salud, las reglas generales siempre se replantean, aunque sea para repetir lo antes resuelto. Por eso en los asuntos de salud nunca se sabe realmente cuál será la voluntad de los beneficiarios. Lo que se establece en situaciones de salud puede ser reconsiderado e incluso resuelto de otra manera cuando se presentan las situaciones críticas.

8. Entre las categorías básicas con las que se construye la realidad social del Derecho se encuentran la causalidad, la finalidad objetiva que atribuimos a los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad¹⁷. La causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad se muestran especialmente “*pantónomas*” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), es decir, referidas a la totalidad de sus manifestaciones y, como no podemos

ensfin.shtml (23-4-2005).

14 Puede v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

15 [Watchtower, <http://www.watchtower.org/languages/espanol/> (23-4-2005).

16 BID América, Una receta peligrosa, <http://www.iadb.org/idbamerica/spanish/JAN02S/jan02s1.html> (23-4-2005).

17 Puede v. nuestro estudio “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967.

abarcar plenamente esa totalidad, son necesarios fraccionamientos productores de certeza. La complejidad de la problemática de la salud en cuanto a causalidad, finalidad objetiva y posibilidad hace que en el Derecho respectivo haya frecuentes manifestaciones de *incerteza* (incertidumbre).

b') Dimensión normológica

9. En la propuesta integradora de la construcción del objeto jurídico que formula el trialismo, las normas son captaciones lógicas neutrales de los repartos proyectados. Esas captaciones describen e integran los repartos; la descripción se refiere a los contenidos de la voluntad de los repartidores (fidelidad) y a su cumplimiento (exactitud) y la integración ha de nutrirse en la adaptación de los conceptos a la voluntad de los repartidores. Para que la descripción de los contenidos de la voluntad de los autores sea fiel y los conceptos sean adecuados la problemática de la salud exige que las normas sean redactadas con *alta calificación científico-técnica*. Con miras a que las normas sean exactas se requiere también una alta calificación científico-técnica y la disponibilidad de recursos personales y materiales muy significativos.

Las normas tienen siempre un antecedente que capta el sector social a reglamentar y una consecuencia jurídica que capta la reglamentación. Ambos tienen características positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que las normas funcionen. La importancia de la salud hace que, de modo muy enérgico, toda consecuencia jurídica del Derecho de la Salud tenga una *característica negativa* que excluya su daño. Ninguna norma del Derecho de la Salud debe aplicarse si se perjudica a la salud.

Los conceptos empleados por las normas integran la realidad social cambiando de cierto modo sus significados, es decir, produciendo "*materializaciones*" personales y no personales. En las normas referidas a la salud estos productos normativos, como los de médico, enfermero, paciente, receta, medicamento, prospecto, material quirúrgico, hospital, sanatorio, etc. poseen gran relevancia y motivan muchas veces, por su alta significación social, económica, etc. grandes tensiones sociales¹⁸. Los títulos de médico son a menudo promotores del nivel social de quienes lo poseen y a menudo se los busca procurando no cumplir los requisitos respectivos. El efecto placebo es una muestra del alto efecto integrador que tienen los conceptos en el terreno de la salud¹⁹.

10. Las fuentes reales de las normas son los repartos, sea que se presenten a nivel

¹⁸ Acerca del lenguaje de los prospectos, cabe c. por ej. Tonos, Revista Electrónica de Estudios Filológicos, Número 8, Los prospectos: estudio de lo tecnolectal hacia lo divulgativo, Encarnación Pérez García, <http://www.um.es/tonosdigital/znum8/corpora/3-prospectos.htm> (30-4-2005).

¹⁹ La Rebotica, El efecto placebo, <http://www.larebotica.es/larebotica/secciones/medicamentos/placebo/index.html> (20-4-2005).

simplemente material, en su realidad social, o formal, como autobiografías de los repartos producidas por los propios repartidores (constituciones, tratados, leyes, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, contratos, testamentos, etc.). A veces las *fuentes formales* son cabalmente tales, en otros casos son medios de propaganda para que alguna vez se cumplan y en otros son meros espectáculos. La jerarquía de las cuestiones de salud incrementa la posibilidad de las *fuentes de propaganda* e incluso de mero *espectáculo*.

Las fuentes formales pueden producirse de manera más o menos rígida o flexible y por medios más o menos participativos y pueden ser más o menos elásticas. En general, la salud necesita *flexibilidad, participación y elasticidad*.

La problemática de la salud se ha difundido en *diversos tipos de fuentes*, incrementándose por ejemplo su papel en los tratados internacionales y en las sentencias. La mundialización de los problemas de salud requiere la difusión de fuentes convencionales internacionales. Al menos en países como el nuestro, la referencia a los jueces como última garantía del desenvolvimiento gubernamental incrementa su papel de modo que, por ejemplo, resultan a veces, llamados a tomar medidas urgentes de internación, provisión de medicamentos, etc. para la preservación de la vida de los enfermos²⁰.

11. Para que los repartos proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas *funcionen*, real o conjeturalmente, cumpliendo en cuanto sea necesario tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Sin perjuicio de la intervención de jueces, administradores, etc., en el ámbito de la salud los *encargados del funcionamiento* de las normas son a menudo personal calificado de manera especial como médicos, enfermeros, etc.

Las relaciones entre médicos emisores de normas y enfermeros encargados de hacerlas funcionar tienen particular interés, sobre todo dentro de los centros de salud, principalmente por la calidad e imprevisibilidad de los problemas y la responsabilidad respectiva. Es relevante que emisores de normas y encargados de su funcionamiento tengan denominadores comunes, propósito con el cual resulta importante la formación de enfermeros profesionales, de ser posible universitarios.

A veces el ámbito jurídico de la salud produce una gran cantidad de normas que problematiza el *reconocimiento* por cuestiones de vigencia, pero la importancia de los asuntos lleva también a dudas respecto de la validez por el consentimiento, principalmente en los actos jurídicos personalísimos en que suelen expresarse las decisiones sobre la salud²¹.

En cuanto a la *interpretación*, en esta materia es particularmente posible que la

²⁰ El panorama de las fuentes es una expresión de cada situación histórica.

²¹ Es posible v. NICOLAU, Noemí, "Vida humana y Derecho Civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida humana", tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1990.

intención pensada concretamente por los autores de las normas, por ejemplo los médicos, entre en conflicto, ante la imprevisibilidad de los casos, con los fines perseguidos. Los encargados del funcionamiento, por ej. los enfermeros, pueden tener importantes dificultades interpretativas.

La riqueza imprevisible de la problemática de la salud puede exigir normatividades *indeterminadas* y al fin el recurso a principios fundamentales. La complejidad de las cuestiones puede producir *carencias históricas* por olvido o por novedad de los problemas (v. gr. los vinculados al sida y los relacionados con los grandes avances de la ciencia y la técnica). La salud suele conducir al rechazo de las normatividades existentes generándose *carencias axiológicas*, que son dikelógicas, pero desde la perspectiva sanitaria (podría decirse carencias de referencia “higielógica”, si se tiene en cuenta que Higiencia era la diosa de la salud²²). Ante la carencia de normas de salud es posible recurrir, como ocurre habitualmente, a soluciones que están en el propio ordenamiento, sea por analogía o principios generales, o a la pura referencia axiológica que, en estos casos, ha de lograr de manera principal la coadyuvancia entre la justicia y la salud.

La *argumentación* en materia de salud se nutre de un rico despliegue de la razón médica. En cuanto a la *aplicación*, el encuadramiento de los casos de salud y la efectivización de la consecuencia jurídica de las normas son a menudo dificultosos, en parte por la complejidad de los problemas, en parte por la necesidad de recursos especiales.

A veces la *síntesis* de las normas se muestra muy dificultosa, sobre todo cuando confluyen varias normas (por ej. prescripciones de medicamentos) en la única persona de cuya salud se trata.

12. Consideramos que la problemática de salud genera un *subordenamiento* con características propias dentro del ordenamiento normativo general. La permeabilidad respecto del ingreso de soluciones exteriores al subordenamiento es limitada, por la especificidad de las cuestiones de salud. Parece que estas razones tienden a promover que el subordenamiento normativo de salud se constituya a veces de modo predominante como un *mero orden* donde, ante las lagunas, los encargados del funcionamiento (v. gr. enfermeros) se remiten a los autores (generalmente los médicos) depositarios del poder residual y no como sistema, donde los encargados producen una integración. Sin embargo, importa que el subordenamiento del Derecho de la Salud sea *sistemático*, con la pertinente posibilidad de recurso a *principios propios*.

Puede afirmarse que, con cierta dialéctica, el subordenamiento del Derecho de la Salud

²²Acerca de la divinidad de la salud puede v. por ej. Apuntes sobre Historia de la Medicina, Tercera Clase, La Medicina Hipocrática, http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/HistoriaMedicina/HistMed_04.html (23-4-2005); Epi-Centro, Contexto Histórico, <http://escuela.med.puc.cl/Recursos/recepidem/ParEpidem1.htm> (23-4-2005).

debe constituirse para que en el conjunto del ordenamiento encuentre debida acogida el *sistema de salud*.

c') *Dimensión axiológica (dikelógica)*

13. Siguiendo la propuesta de Werner Goldschmidt, creemos importante constituir el complejo axiológico del Derecho (para nosotros susceptible de desenvolvimiento científico entre quienes compartan puntos de referencia al respecto) con la primacía del valor *justicia*. Aceptamos la propuesta “dikelógica”, cuyo nombre deriva de una de las divinidades griegas de la justicia²³.

Si admitimos la conveniencia de construir tridimensionalmente todo objeto cultural, con alcances fácticos, lógicos y valorativos, también la *Medicina*, área cultural signada por el valor salud hondamente relacionada con nuestra rama jurídica, resulta con estos alcances²⁴.

14. El Derecho de la Salud se desenvuelve en gran medida en la relación, que ha de ser de *coadyuvancia*, entre la salud y la justicia, aunque también suele requerirse el apoyo de otros valores como la utilidad, el amor, la verdad, la santidad, etc.²⁵ Durante largo tiempo la coadyuvancia entre salud y justicia se ha apoyado a menudo en el amor e incluso en la santidad, como ocurría con el papel de los hermanos hospitalarios, pero hoy avanza el desempeño de los enfermeros profesionales, referidos a los valores de esa profesión “paramédica” donde la verdad y la utilidad tienen papeles relevantes²⁶.

15. En cuanto a las clases de justicia, vale reconocer que en el desenvolvimiento de la salud hay avances de la justicia consensual (referida al consentimiento real o eventual) sobre la extraconsensual, que es más tradicional y que la unicidad de las personas conduce a la jerarquización de la justicia *con consideración* (“acepción”) *de personas* sobre la justicia sin consideración de personas, de meros roles. La significación de la salud tiende a potenciar los despliegues de la justicia *asimétrica* (de difícil comparación de las potencias e impotencias),

23 Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1986.

24 Cabe c. nuestro estudio “Lineamientos dialécticos para una Filosofía de la Medicina”, en “Bioética ...” cit., N° 3, págs. 67 y ss.

En cuanto a las divinidades y los personajes míticos vinculados a la salud y la Medicina pueden v. por ej., además de lo señalado precedentemente, Cátedra de Historia e la Medicina, <http://www.encolombia.com/odontologia/foc/foc20302-catedra.htm> (20-4-2005); Nombres de Diosas dados a conceptos religiosos relacionados con la salud, <http://es.geocities.com/contraandrocentrismo/salud.htm> (20-4-2005).

Cabe c. Quiron, <http://www.bioetica.org/publ6.htm> (20-4-2005); I.B.H.M. - E.L.B.E., <http://www.elabe.bioetica.org/>.

25 Un tema tenso es el de la relación entre salud y verdad respecto del enfermo.

26 Pueden v. por ej. Orden Hospitalaria San Juan de Dios, <http://www.juaninos.org.mx/carisma.htm> (22-4-2005); Enferpro. La Enfermería Profesional, <http://www.enferpro.com/> (22-4-2005).

respecto de la simétrica (a menudo facilitada por el común denominador monetario, que se incrementa en la actualidad) y la justicia *espontánea* (sin “contraprestación”) sobre la conmutativa (con contraprestación que, no obstante, avanza en nuestro tiempo). En la salud tiene gran relevancia la justicia *de participación* respecto de la de aislamiento y, pese a los importantes despliegues de justicia particular, que al fin conducen al Derecho Privado, el Derecho de la Salud tiende a potenciar las referencias a la justicia *general*, cuyos requerimientos caracterizan al *Derecho Público*.

16. También la justicia es pensada como una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como no podemos abarcar totalmente esa totalidad, son necesarios fraccionamientos productores de seguridad.

La significación de la salud tiende a promover permanentes desfraccionamientos de la justicia que producen *inseguridad* en el Derecho de la Salud. La salud se remite a un complejo personal, temporal y real, abarca el pasado, el presente y el porvenir, presenta muchas proyecciones de consecuencias que exceden a los aparentes beneficiarios directos y excede la hoy frecuente medicalización de la vida. No obstante, la evolución de los problemas reales de la responsabilidad médica tiende a evidenciar una a menudo fundada preocupación por la seguridad.

Aunque en el Derecho el objeto central de la justicia son las adjudicaciones²⁷ de potencia e impotencia y no las *virtudes* y los *vicios*, que interesan principalmente a la Moral, éstas son relevantes a veces también en la vida jurídica y, en el Derecho de la Salud tienen, por ejemplo, particular trascendencia en el desempeño de los profesionales del ámbito médico. La Ética Médica, que tanto contribuye al desarrollo de la Bioética y el Bioderecho, aporta asimismo a la fundamentación del Derecho de la Salud²⁸. Para el sostenimiento de las virtudes profesionales suelen ser importantes los colegios profesionales.

17. El *principio supremo* de justicia propuesto por el utilitarismo exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente (para convertirse en persona) y, con el mismo, es posible evaluar el reparto y el régimen justos.

Para reconocer el reparto justo respecto de la salud, es posible apreciar en este marco

27 Forum Barcelona 2004, Medicalización de la salud, reducción de la salud a la medicina, http://www.barcelona2004.org/esp/banco_del_conocimiento/documentos/ficha.cfm?idDoc=665 (23-4-2005).

28 Acerca de la Bioética y la Ética Médica cabe c. por ej. Asociación Médica Mundial, http://www.wma.net/s/history/golden_years.htm (30-4-2005); MedicinaInformacion.com, Bioética - Ética Médica, http://www.medicinainformacion.com/etica_libros.htm (30-4-2005); Ética Médica, <http://meltingpot.fortunecity.com/liveoak/158/etica.htm> (30-4-2005); <http://www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-I-parte2.htm> (30-4-2005); Asociación Argentina de Bioética, <http://www.elabe.bioetica.org/> (30-4-2005); Asociación Española de Bioética y Ética Médica, <http://www.aebioetica.org/> (30-4-2005).

una tradicional legitimación *aristocrática* por superioridad moral, científica y técnica (por ej. en los médicos), pero también el avance de la legitimación *autónoma* por el consentimiento de las personas de cuya salud se trate. La complejidad de la noción de salud y nuestro frecuente desconocimiento respecto de ésta contribuyen a apoyar que los grandes avances de la aristocracia sean acompañados de otros de requerimiento al menos del consentimiento informado. Es posible la legitimación "*paraautónoma*" por el consentimiento de las personas de cuya salud se trata para que intervengan determinados repartidores, v. gr. para fundamentar la actuación de un determinado médico. Parece que en principio la autonomía no alcanza a legitimar, por ejemplo, a los curanderos. No obstante, la legitimación aristocrática de los profesionales de la medicina se debilita cuando se pierden las esperanzas de preservar la salud (enfermedades terminales).

Siempre es importante al menos la legitimación "*criptoautónoma*", referida al acuerdo que daría la persona de cuya salud se trata si conociera la decisión adoptada (por ej. en las situaciones críticas de su falta de conciencia). La legitimación "*infraautónoma*" del acuerdo de la mayoría democrática tiene un despliegue significativo sobre todo ante la proyección social de la salud.

La *responsabilidad* en el campo de la salud es especialmente importante, en mucho por la primacía del poder médico, aunque parece que a veces es exagerada produciendo bloqueos en las decisiones que podrían contribuir a una mejor realización de la salud.

18. En nuestro tiempo en el ámbito de la salud la legitimación por los merecimientos de la *necesidad* de los beneficiarios tiende a avanzar sobre la que se refiere a los *méritos* de su conducta. Sin embargo, a veces se advierte que el desconocimiento de los merecimientos y los méritos de las personas en materia de salud hace que se destinen a objetivos de peso partidista y demagógico recursos que deberían destinarse a salvar la vida de personas altamente meritorias. La *adjudicación de recursos* en materia de salud tiene tensiones de particular interés.

19. La jerarquía axiológica del objeto repartido salud lo destaca como una base de toda adjudicación justa. La salud es fundamental para casi todas las otras potencias e impotencias requeridas por el valor justicia.

La audiencia y la fundamentación en materia de salud poseen jerarquías destacadas.

20. Para ser justo el régimen ha de ser humanista, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio, según lo hace en cambio el totalitarismo. El humanismo puede ser abstencionista, como es preferible, o intervencionista (paternalista). La salud es un ámbito donde los planteos *humanistas* y totalitarios, paternalistas y abstencionistas, entran en frecuentes conflictos. Pese a una larga trayectoria paternalista, viene ganando terreno el

abstencionismo. Las decisiones corresponden, en la mayor medida posible, a las personas de cuya salud se trate.

La desviación *totalitaria* es muy frecuente en el campo de la salud, se trate de una mediatización general, por ej. cuando los enfermos terminales son sometidos a tratamientos a menudo destinados sólo al progreso de la Medicina, de una mediatización internacional, donde los habitantes de los países pobres, sean ellos pobres o no, suelen ser tomados como elementos de experimentación para la Medicina de los países ricos (v. gr. con el ocultamiento de contraindicaciones de medicamentos) y de mediatización dentro de cada país, donde la pobreza es una vía particular de mediatización (por ej. para estudios médicos).

La realización del régimen de justicia requiere el respeto a la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres. En materia de salud, los hombres somos especialmente únicos, necesitamos con particular significación igualdad de oportunidades y nos desenvolvemos en una comunidad de realizaciones y riesgos. La comunidad conduce a la “res publica”; quizás pueda hablarse de una “res pública” de la salud.

La realización del régimen de justicia exige la protección del individuo contra los demás, como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, desempleo, soledad, etc.). En la protección respecto de lo demás cabe considerar el resguardo directo contra la enfermedad, aunque la amenaza a la salud puede aparecer como perspectiva de la autoagresión, en la amenaza del propio individuo, o como despliegue del ataque de los demás en carácter de individuos y de régimen. Muchas lesiones en general y quizás sobre todo las lesiones mediante armas químicas son muestras de la posibilidad de ataque a la salud por los demás individuos y el régimen. La drogadicción es una de las posibilidades de autoagresión a la propia salud. Temas de gran significación son la problemática de salud incluida en el resguardo contra el encarnizamiento terapéutico y las cuestiones de eutanasia.

Además de los sentidos de la protección es relevante saber cómo se logrará el *resguardo*. En el caso de la salud, los instrumentos para la protección son particularmente importantes. Creemos que han de confluir el resguardo por los demás individuos, como tales y como régimen, por el propio individuo y quizás a través de “lo demás” (v. gr. la medicación, el trabajo, la educación, etc.)²⁹. Un tema de interés es si, ante la gravedad de las cuestiones de salud, cabe la protección mediante “hermosas mentiras”.

Los diversos regímenes, por ej. más liberales o socialistas, varían en la concepción de los peligros y la protección, en este caso, referidos a la a menudo particularizada problemática de la salud.

b) Las ramas del mundo jurídico

²⁹ Un tema de dudosa ubicación es el de las drogas “benignizantes”: es posible c. El Pentágono promueve la guerra psicofarmacológica, <http://www.attacmadrid.org/d/2/020718225511.php> (30-4-2005).

21. Según hemos señalado, las nuevas ramas a considerar en el mundo jurídico, como el Derecho de la Salud, están llamadas a enriquecer, no a sustituir, a las tradicionales. Para comprender mejor las posiciones y relaciones respectivas (en el panorama de la *Teoría General del Derecho* en su aspecto abarcativo) pueden aprovecharse las enseñanzas de la *teoría general de las respuestas jurídicas*, sobre todo de los contactos entre respuestas³⁰. En este panorama pueden detectarse fenómenos de “plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución, fáctica y conceptual y asimismo es factible apreciar condiciones de aislamiento y relaciones de coexistencia de unidades “independientes”, dominación, aislamiento y desintegración. Es importante apreciar, v. gr., cuál es la medida en que una rama califica a los fenómenos (v. gr. si hay calificaciones de salud o genéricamente administrativas o comerciales) y si una rama tiene o no capacidad de rechazar imposiciones de la otra (por ej. si el Derecho de la Salud puede o no rechazar las soluciones meramente administrativas o comerciales).

3) Horizonte de política general

22. A semejanza de la referencia al complejo jurídico a través del integrativismo de la teoría trialista del mundo jurídico, elaborado dentro de la concepción tridimensional del Derecho, es posible hacer referencia al complejo político general en el integrativismo de una *teoría trialista del mundo político*, desarrollado en una concepción tridimensional de la Política³¹. Ese complejo político tridimensional socio-normo-axiológico, referido a actos de coexistencia captados por normas y valorados por valores de convivencia, permite reconocer diversas ramas políticas signadas por distintos valores convivenciales entre las que cabe reconocer, junto a la política jurídica o Derecho (referida al valor justicia), la *política sanitaria* identificable por exigencias del valor salud.

El Derecho de la Salud abre el camino al diálogo con la política sanitaria. Otras ramas del mundo político, con las que ha de desenvolverse el diálogo con la política jurídica y la política sanitaria, son la política científica, la política económica, la política artística, la política religiosa, la política educacional, la política de seguridad, la política cultural en general, etc.

30 Pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976 (también en “Investigación ...” cit., N° 37, págs. 85 y ss.). Es posible v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 33/76; también, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

31 Es posible v. nuestro libro “Derecho y política” cit.

UNA NOTA HISTÓRICA SOBRE LA TAREA JUDICIAL

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI*

1. Uno de los problemas fundamentales para comprender los papeles que desempeñamos en nuestra vida es el reconocimiento de su inserción en los complejos del tiempo, el espacio, las personas y las materias¹. Es a la luz de estos complejos, y reconociendo las diversidades respectivas, que pueden apreciarse los sentidos que atribuimos a esos roles vitales. Tales roles son construidos en base a la finalidad que asignamos a los acontecimientos, las posibilidades y el valor justicia. Estas categorías son “pantónomas” (pan= todo; nomos=ley que gobierna), de modo que, pese a la necesidad de fraccionarlas, su apreciación en la mayor plenitud posible es siempre relevante.

Quien no comprende el pasado no comprende el presente ni el porvenir; quien no comprende el exterior no comprende el interior; quien no comprende a los demás no se comprende a sí mismo y quien no comprende las otras materias no comprende la propia. Cuanto más amplio sea el concepto de partida, más rica será la posibilidad de apreciar la complejidad del fenómeno². Los conceptos reducidos y simplificadores sólo son instrumentos

* Investigador del CONICET. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR.

Nota para una clase en la Maestría en Magistratura del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA.

En homenaje a los jueces heroicos y correctos cuya grandeza una teoría jurídica empobrecida impide reconocer.

1 Es posible v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976 (reedición en “Investigación y Docencia”, N° 37, págs. 85/140).

2 Si bien es importante superar la mezcla que se produce en la “complejidad impura” en una “simplicidad pura”, de la que se ocupó a menudo la modernidad, como lo señaló hace décadas Werner Goldschmidt hoy urge alcanzar una “complejidad pura” (es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed. 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1976, pág. XVII; la edición de referencia es la 4ª. – prólogo -, Bs. As., Depalma, 1972). Pueden v. nuestros artículos “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.; “El Derecho Internacional Privado y su complejidad pura”, en “Investigación y Docencia”, págs. 3 y ss.. También es posible c. DABOVE, María Isolina. “El Derecho como complejidad de “saberes” diversos”, en “Revista Cartapacio”, n° 4, Sección Conferencias y Disertaciones, 2003.

Cabe c. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10ª.ed., Milán Feltrinelli, 1997; MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 7ª. reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; Edgar Morin, Son oeuvre majeure: La Méthode, http://membres.lycos.fr/reneoseul/complexite/edgar_morin.htm (3-1-2004); Red Mexicana de Pensamiento Complejo <http://www.unla.edu.mx/complejidad/> (4-7-2005); El desafío de la complejidad, <http://ar.geocities.com/adicciones2001/complejidad.htm> (4-7-2005); Estamos en un Titanic, Edgar Morin, http://www.iigov.org/etica/2/2_03.pdf (4-7-2005); La lettre chemin faisant, n°31, <http://www.mcxape.org/docs/interlettre/31/3.htm> (4-7-2005). En general cabe c. también por ej. Naturaleza y didáctica de la Lógica Jurídica, Dra. Ana Lilia Ulloa Cuéllar, <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm> (14-1-2004); Complexity Digest, <http://www.comdig.org/> (4-7-2005); Programme européen MCX “Modélisation de la CompleXité”, Association

para superar la complejidad impura en una complejidad pura, que estimamos la más adecuada. Lo expuesto sucede con el rol judicial.

Creemos que, más allá de la ahistoricidad y la anglicanización del saber jurídico y de la referencia excluyente de la judicialidad a la institucionalidad, que se han impuesto en los últimos tiempos, vale atender a un concepto amplio de la judicialidad. Consideramos que importa construir una noción amplia de juez, que se refiera a éste como un tercero, en principio imparcial, que resuelve el caso³. Hay que reconocer la temporalidad, la espacialidad, la referencia personal y la proyección material de la tarea judicial.

2. La variación del papel atribuido al juez está en estrecha relación con la construcción del objeto jurídico y se evidencia, por ejemplo, en las distintas propuestas de participación del juez en la interpretación en sentido amplio y, más ampliamente hablando, en el “funcionamiento de las normas”, donde le corresponde realizar, en relación a menudo tensa con los autores de las normas, tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis.

Los encargados del funcionamiento (de modo predominante los jueces) siempre hacen lo que quieren dentro de lo que pueden y, como lo señala la propuesta integrativista de la teoría trialista del mundo jurídico, ese poder está recortado por límites físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos⁴. Roto el equilibrio de poderes relativamente tradicional, en gran medida por la influencia de los medios de comunicación de masas y de la opinión pública a menudo dominada por ellos, los jueces tienen con frecuencia facultades menores o mayores que las tradicionales: a veces deben soportar el “pre-juicio”, en otros casos pueden impulsar al poder legislativo a adoptar medidas que no serían de su competencia.

Cada estilo de pensamiento tiende a referirse más a una limitación. Desde el siglo XIX se pueden señalar en gran medida los límites sociológicos; así lo permite, por ejemplo, la referencia a la “constitución material” señalada por Lassalle⁵. En el siglo XX se ha puesto especial énfasis en los límites lógicos: como lo han mostrado numerosas investigaciones analíticas, el juez no puede cambiar los cauces lógicos del pensamiento, aunque muchas

pour la Pensée Complexe, <http://www.mcxapc.org/> (4-7-2005). Coincidiendo con Edgar Morin consideramos que no solamente la sociedad es compleja, también lo es cada átomo del ser humano; el hombre nos resulta un ser jurídicamente complejo y planteos jurídicos han de reflejarlo (v. MORIN, op. cit., pág. 88).

3 Puede v. nuestro estudio “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

4 Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDCHMIDT, 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, 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Al hablar de la complejidad es importante atender a la conveniencia de que la complejidad impura sea superada en la simplicidad pura y ésta en la complejidad pura.

5 LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

veces lo que haga resulta al fin “logicizado” por la explicación de corte kelseniano. La teoría fundada por Kelsen es un esfuerzo magnífico, pero a nuestro parecer insatisfactorio, tendiente a “logicizar” lo que suceda, también lo que hagan los jueces⁶.

La escuela de la exégesis ha sido el mayor intento de someter al juez respecto del autor de la norma; la escuela del derecho libre es un esfuerzo muy notorio de producir al fin, a través de la referencia al legislador actual, una sujeción inversa. Sólo reconociendo las tensiones del funcionamiento se pueden apreciar también la corrección, el heroísmo, y la claudicación del desempeño judicial⁷.

3. Recientemente se han difundido tipologías de la tarea judicial, a menudo especialmente dirigidas al tiempo y el esfuerzo, por ejemplo, con referencia al juez Júpiter, Hércules o Hermes, pero creemos que importa remitirse además, en la realidad, a una diversidad muy amplia de perspectivas que depende de todas las variables de tiempo, espacio, personas y materias, antes referidas⁸.

6 La lógica de la teoría kelseniana no tiene, en principio, puntos de contrastación sociológicos ni axiológicos. Quizás en ella subyazca un enorme optimismo histórico, permisivo de lo que suceda.

7 Aunque al asumir el caso no sea parte, como es el deseo generalizado, el juez deviene parte al asumir el caso, ya que desde entonces se juegan intereses propios. De aquí la mayor importancia de su imparcialidad. El heroísmo judicial consiste en el “sacrificio” por la rectitud de la tarea, sea que este sacrificio se refiera de cuestiones vitales o cotidianas.

8 Se han señalado, v. gr., los modelos de juez Hércules (Ronald Dworkin; DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, v.gr. pág. 177) y, por otra parte, los modelos de juez Júpiter, Hércules y Hermes (François Ost; es posible v. Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory, François Ost – Michel van de Kerchove, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkcomplex.htm>, 15-4-2005; OST, François “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, trad. Iabel Lifante Vidal, en “Doxa”, N°14, págs. 169 y ss.); El Poder Judicial y la universalización de los derechos, Por: Jorge Alberto Giandomenico y Alejandro Lesser, http://forumjuizes.pmachinehosting.com/more.php?id=2_0_1_0_M2 (15-4-2005). Puede v. además, por ej., Bibliografía y Documentación, <http://www.unizar.es/gidid/AGI/Interpretacion/bibliografia.html> (15/4/2005).

Uno de los despliegues de la complejidad personal de la tarea judicial es el de la propia personalidad del juez y su inserción en el complejo social. En ese marco problemático, aprovechando enseñanzas de Montesquieu, importa reconocer los móviles de virtud, honor o temor que impulsan al desempeño del juez (es posible v. MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, trad. Nicolás Estévez, 3ª. ed., México, Porrúa, 1977, págs. 15 y ss.).

Hay historias más centradas en “héroes” (individuos) y en movimientos sociales. El juez Hércules resulta relativamente afín a la historia de individuos; Hermes parece acercarse más a la historia de movimientos sociales.

El trialismo está construido con miras a señalar principalmente el papel de los individuos, pero importa no desconocer las perspectivas de conjunto, que se muestran en las nociones de orden de repartos, de distribuciones por influencias humanas difusas y de orden de las distribuciones; de ordenamiento normativo y de régimen justo. Estos despliegues modifican diversos enfoques, por ejemplo, remitiendo el funcionamiento de las normas al funcionamiento del ordenamiento y puntualmente, v. gr., la interpretación más que a la auténtica voluntad del repartidor a la voluntad del conjunto social.

La historia de individuos promueve los méritos y la responsabilidad; la historia de movimientos esclarece perspectivas profundas pero puede ocultar el obrar de los individuos y sus intereses y tal vez adormecer la actividad humana. En nuestro tiempo parecería presentarse una tendencia a la percepción de conjunto; no es un tiempo de héroes.

La diversidad de perspectivas de la tarea judicial se enriquece, por ejemplo, cuando se considera la compleja cultura de Occidente⁹. Sin perjuicio de las otras tipificaciones referidas, es relevante atender a las particularidades judiciales que surgen de la muy compleja Historia occidental. En el presente caso, con el propósito principal de mostrar de alguna manera la complejidad de la tarea judicial y de la “occidentalidad”, nos referimos a tres actitudes judiciales en los orígenes de nuestra historia que muestran la enorme diversidad del grado de compromiso o desinterés en las posibilidades judiciales y los diferentes elementos básicos que hemos heredado.

Cambiando el orden histórico según el interés de la exposición, atenderemos a las actitudes de Caifás y sus colegas del Sanedrín y de Pilatos en el juicio a Jesús¹⁰ y del Tribunal de los Quinientos en el juicio a Sócrates¹¹.

4. Sin desconocer otras explicaciones posibles, creemos que Caifás y sus colegas del Sanedrín resultan los jueces que, impulsados desde el comienzo por una enorme tensión cultural dentro de la teocéntrica cultura judía, se comprometen hasta el grado de cambiar los cargos para perjudicar al enjuiciado; Pilatos, magistrado de la superficial y autoritaria cultura romana, representa al juez que por temores personales al fin se desentiende de la causa y el Tribunal de los Quinientos, de la conflictiva cultura griega democrática, es una muestra de la justicia que se compromete en el caso durante el proceso, con prescindencia de su causa, llegando a cambiar de modo muy significativo la solución que daría al fondo¹².

Según el relato evangélico, “Caifás era el que había dado a los judíos el consejo, que convenía que un hombre muriese por el pueblo”¹³; luego de escuchar a Jesús, rasgándose las vestiduras, afirmó “Blasfemado ha: ¿qué necesidad tenemos ya de testigos?”, entonces los

9 Acerca de la complejidad de la cultura general y de la cultura jurídica de Occidente es posible v. además por ej. nuestros trabajos “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, págs. 113/126; “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

Vale c. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2ª. ed. en Alianza Editorial, Madrid, 1982.

10 Es posible v. nuestro artículo “El significado del proceso a Jesús”, en “Estudios de Filosofía ...” cit., t. I, págs. 23 y ss.

11 Platón, Apología de Sócrates, <http://www.iesgiligaya.org/~sfernan6/apologia.pdf> (2-6-2005); Platón, Apología de Sócrates, http://www.canariastelecom.com/personales/carlos.clavijo/ebooks/Platon_Apologia.pdf (4-7-2005); Jenofonte, Apología de Sócrates, <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Jenofonte/JenofonteApologiaSocrates.htm> (4-7-2005); Liceus, JENOFONTE 5/5 José Vela Tejada, <http://www.liceus.com/cgi-bin/aco/culc/aut/1024.asp> (4-7-2005)

12 En cuanto al papel de los “terceros”, según el relato Judas y Pedro representan dos roles significativos muy diversos: el de quien “colabora” indebidamente y el de quien se abstiene de intervenir cuando quizás puede evitar una “injusticia”.

13 J, XVIII, 14.

colegas del Sumo Sacerdote respondieron “Reo es de muerte”¹⁴. Las afirmaciones de Jesús se oponían a las bases más profundas del judaísmo, de modo que humanamente, y con los criterios de la época, la actitud de Caifás y sus colegas es de cierto modo comprensible. Sin embargo, el extremo compromiso del juez es siempre riesgoso.

Llevado Jesús ante Pilatos, con el apoyo de Herodes, el magistrado, un romano cabal, no comprendió el fundamental compromiso religioso de los acusadores y el acusado. Afirmó que no había encontrado en Jesús ningún delito de los que se le acusaban, de modo que tuvo el deseo de liberarlo¹⁵. No obstante, ante la “romanización” del cargo que hizo la acusación: “Si sueltas a ése, no eres amigo del César; puesto que cualquiera que se hace rey, se declara contra César”¹⁶, atemorizado Pilatos entregó al reo afirmando: “Inocente soy yo de la sangre de este justo, allá os lo veáis vosotros”¹⁷. Pilatos es la muestra, también riesgosa, del juez “claudicante”.

La desafiante defensa de Sócrates, de alta jerarquía intelectual, parece haber irritado a los jueces que cambian el propósito de aplicarle una pena relativamente menor por la condena a muerte¹⁸.

14 Mt., XXVI, 65-66.

Puede v. CPB, Juicio y crucifixión, <http://www.pmmministries.com/CEES/2005/ES2/Comentarios/CPB/CPB12.htm>.

15 V. L., XXIII, 14; 20; J., XIX, 12. Puede v. Catholic.net, Imagen de Cristo muerto, Autor: P. Raimondo Sorgia, O.P.

<http://www.es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=87&capitulo=626> (3-6-2005).

16 J., XIX, 12.

17 Mt., XXVII, 24.

18 Por ej.: Semblanza Filosófica, Elena Díez de la Cortina Montemayor, <http://www.cibernous.com/autores/socrates/teoria/biografia.html> (4-7-2005); El Imputado Inocente Indefenso o el síndrome forense de Sócrates La más indeseable judicialización de la INTELIGENCIA, por Miguel Ángel Gallardo Ortiz, <http://www.cita.es/imputado/> (4-7-2005).

LEX POSTERIOR NON DEROGAT LEGI PRIORI: EL SINGULAR TRATAMIENTO DEL ÁMBITO TEMPORAL ADOPTADO POR LA CIDIP SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ALEJANDRO ALDO MENICOCCI*

1. Los “sistemas” de DIPri en el ámbito sudamericano

Unidos por una historia y un derrotero en muchos casos común, entendemos que puede hablarse con acierto de un sistema de DIPri. sudamericano que cuenta con sus características propias¹, más específicas en sus orígenes (Tratados de Montevideo) y menos en la actualidad (CIDIP). En las líneas que siguen, no nos detendremos sino en el régimen de adopción de fuentes sucesivas que, en materia de DIPr., se establece en las referidas fuentes.

2. Los Tratados de Montevideo

2.1. El elenco de fuentes convencionales del Derecho Internacional Privado del cual nuestro país y otros Estados son parte, se integra, en forma protagónica, por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1939/40. El primero consta de ocho tratados y un protocolo adicional, referidos al Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, Derecho Procesal Internacional, Derecho Penal Internacional, Patentes de Invención, Propiedad Literaria y Artística, Marcas de Comercio y de Fábrica y Ejercicio de Profesiones Liberales. Se encuentra vigente entre nuestro país, Perú (4 de noviembre de 1889), Bolivia (5 de noviembre de 1903), Colombia (con relación a los de Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Procesal y a partir del 2 de diciembre de 1933) y Ecuador (con respecto al tratado relativo al Ejercicio de Profesiones Liberales y desde el 28 de diciembre de 1932). Francia, España, Italia, Austria, Alemania y Hungría ratificaron el Tratado de Propiedad Literaria y Artística.

2.2. El Segundo Congreso Sudamericano de DIPri. llevado a cabo en Montevideo entre

* Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la UNR. aamenicocci@abogados-rosario.org.ar

1 Sobre la confluencia de distintos sistemas de DIPr. en América del Sur, P.v. FERNANDEZ ARROYO, Diego, “Derecho Internacional Privado Interamericano – Evolución y perspectivas”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, y ss.;

1939 y 1940 culminó con ocho Tratados nuevos y un protocolo adicional. Mantuvieron su estructura los de Derecho Civil y Procesal, mientras que en materia comercial se dividió entre los tratados de Derecho Comercial Terrestre y Derecho de la Navegación, al igual que la materia Penal, escindida entre un Tratado de Derecho Penal y un Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos. También se modificaron los tratados de Profesiones Liberales y Propiedad Intelectual. Las Repúblicas del Paraguay y Uruguay ratificaron los nuevos tratados. La República Argentina ratificó los referidos al Derecho Civil, Comercial Terrestre, de la Navegación, Procesal Ejercicio de Profesiones Liberales.

2.3. En suma, con relación a los Tratados de Montevideo la situación es la siguiente. Entre la Argentina, Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador rigen exclusivamente los Tratados de 1889. Entre la Argentina, Paraguay y Uruguay rigen los Tratados de Derecho Civil, Comercial Terrestre y de la Navegación, Procesal, Ejercicio de Profesiones Liberales y Protocolo Adicional de 1940, manteniéndose los restantes de 1889 en las demás materias.

3. Las Conferencias Especializadas de DIPr

La OEA promovió la continuación de la codificación del DIPr. con las Conferencias Especializadas² que tuvieron lugar en Panamá (1975), Montevideo (1979), La Paz (Bolivia, 1984), Montevideo (1989), México (1994), y Washington (2002).

En lo que a este trabajo concierne, nos detendremos en el tratamiento que a la sucesión de tratados otorga la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II).

4. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II)

4.1. La CIDIP sobre Normas Generales, vigente entre varios Estados americanos,³ dispone en su artículo 1° “*La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas⁴ o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno*”⁵. Inspiró, en la redacción de la norma, un especial respeto a la obra de Montevideo, evitando su abrogación que, por aplicación de

2 FERNANDEZ ARROYO, Op. cit., p. 49, 52 y ss.

3 Además de la efectuada por nuestro país, son parte de ella Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay y Perú.

4 El subrayado es nuestro.

5 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>

las reglas generales en la materia, se imponía como consecuencia de su adopción sucesiva entre las mismas partes y sobre las mismas materias.

4.2 Este particular sistema de sucesión y vigencia de los tratados en el tiempo evidencia (al menos en forma literal e histórica) que mantienen su vigor los tratados suscritos en el pasado (la norma reza, literalmente, “... y *demás convenciones suscritas ...*”). Dicho de otro modo, la existencia de una Convención sobre, por ejemplo, Conflicto de leyes en materia de sociedades comerciales (CIDIP II) o sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V) no abroga las disposiciones contenidas, repectivamente, en los Tratados de Derecho Comercial o Civil Montevideo de 1889 y 1940⁶. Se trata de una solución de decidida vocación historicista que propone el “diálogo” y no la “ruptura” entre las fuentes pasadas, presentes y futuras.

4.3. Más allá de que, en términos axiológicos, entendemos que cuando se ha intentado prescindir de la historia se ha legislado en el vacío, anticipamos aquí que la solución adoptada por CIDIP sobre Normas Generales a la que nos referimos *infra* apareja múltiples complicaciones⁷.

5. Adopción por los mismos Estados de los Tratados de Montevideo y las CIDIP

5.1. La primera complicación que advertimos se presenta cuando las normas o los principios en los cuales las fuentes se inspiran se oponen decididamente entre sí y tales fuentes han sido ratificadas por idénticos Estados. Volvamos al ejemplo que, en materia de sociedades comerciales y contratos, aludimos en la presentación del problema.

La Convención sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (México,

6 Así lo sostuvo Diego FERNANDEZ ARROYO, en su intervención en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 23 al 25 de diciembre de 1999), quien adujo la ausencia de cláusulas de incompatibilidad entre las CIDIP, aunque propuso su aplicación integral y la derogación de la normativa anterior que se opusiere a la posterior.

7 El problema ha sido reconocido también en BIOCCA, Stella Maris – FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y BASZ, Victoria, “Lecciones de Derecho Internacional Privado – Parte General”, Bs. As., Editorial Universidad, 1990, p. 91, quienes expresan: “... surge que los Tratados de Montevideo como las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado tienen, por la vinculación de nuestro país con numerosos países del continente, especial transcendencia. Cabe destacar que la coexistencia de ambos llama a la reflexión en cuanto a la necesidad de una armonización de los Tratados de Montevideo con la regulación de las CIDIP para facilitar una mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales; ello sin perjuicio de destacar la permanencia y actualidad de los principios que informan los Tratados de Montevideo”;

1994⁸) se inspira en la autonomía de la voluntad y los puntos de conexión flexibles⁹, mientras que los Tratados de Derecho Civil de Montevideo, tanto el de 1889 como el de 1940, han elaborado una casuística regulación de los contratos, imponiendo con carácter principal y casi exclusivo, la conexión “lugar de cumplimiento”, en aras, sostenemos, de impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad y restringir los niveles de discrecionalidad judicial en Estados con escasa costumbre mercantil internacional (arts. 32 a 39, TM1889 y arts. 36 a 42 TM 1940) calificando en cada caso qué se entiende por lugar de cumplimiento. En el Protocolo Adicional al TDCIM 1940 se llegó a casi prohibir expresamente la autonomía conflictual y la prórroga de jurisdicción (art. 5)¹⁰.

En materia de sociedades la situación originada por la adopción sucesiva de los Tratados y la Convención sobre conflicto de leyes en materia de sociedades comerciales (Montevideo, 1979) es también insoluble. Mientras la última aplica a la existencia y capacidad de las sociedades comerciales el Derecho del lugar de su constitución (art. 2), los Tratados de Derecho Comercial de Montevideo aplican al estatuto personal societario la ley domiciliaria (art. 5 TM 1889; art. 8 TM 1940) . La ley del lugar de constitución es una conexión que permite a las partes la elección del Estado en el cual “incorporar” a la persona jurídica, mientras que la ley del lugar del domicilio tendrá en cuenta la sede o el emplazamiento donde se toman las decisiones del sujeto de Derecho.

5.2. ¿Cómo conciliar fuentes cuyos contenidos resultan tan opuestos? Si tenemos un contrato celebrado entre dos personas, una domiciliada en la República del Uruguay y otra en Paraguay, debiendo la parte Paraguaya pagar en la ciudad de Asunción y versando el contrato sobre la entrega de la cosa cierta sita en Buenos Aires. ¿Aplicaremos al contrato el Derecho argentino –art. 38 TM 1940- o el Derecho paraguayo –como podría surgir del art. 9 de la CIDIP V, en caso de ratificarse ésta? ¿Cuál es la razón por la cual someteremos a la jurisdicción del domicilio comercial una divergencia entre los socios –art. 11, Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940- cuando éstos han constituido la sociedad en otro Estado, cuya legislación han elegido, de conformidad al artículo 2 de la Convención de 1979?

8 Esta Convención presenta, específicamente, una cláusula de compatibilidad aún más problemática, ya que “no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración” (art. 20). Su tratamiento y posterior análisis merecen un abordaje específico.

9 V. LAGARDE, Paul “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, en “Recueil des Cours”, t. 196, 1986 – I -, p. 97 y ss

10 V. sin embargo, GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado”, 8ª ed., Bs. As., Depalma, 1992 p. 393; BOGGIANO, “Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1983, Tº II, p. 708 y 769 y ss.; MENICOCCHI, Alejandro A., “Incidencia del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual en la posibilidad de elección de la ley aplicable a los contratos en la órbita del Mercosur”, La Ley Litoral, octubre 2000, p. 1037.-

Ninguna explicación racional es posible en estos supuestos que no sea la de descartar, por incompatibilidad de contenido, la fuente más antigua.

6. Adopción por diferentes Estados de los Tratados de Montevideo y las CIDIP

6.1. Una segunda complicación se presenta cuando dos o más Estados se encuentran vinculados por una Convención y dos o más de ellos son parte de los Tratados de Montevideo y otros sólo lo son de la Convención exclusivamente. De resultas de esta combinación, y si bien el ámbito de validez personal de los tratados es distinto, la misma Convención corre el riesgo de ser interpretada y aplicada en forma distinta.

Entre los Estados parte del sistema de Montevideo y de la CIDIP, las nuevas Convenciones se interpretarán y aplicarán (si es posible, decimos) con el efecto mitigador de la carga histórica de Montevideo, v.g., restringiendo el Derecho personal de la sociedad al Derecho del lugar en que coincidan domicilio y constitución, o permitiendo la elección del Derecho aplicable a los contratos sólo cuando en aquél se verifique el cumplimiento de alguna prestación.

La situación difiere si dos Estados se encuentran vinculados sólo por la Convención y sin ser parte de los Tratados de Montevideo, ya que no existe óbice a la validez de la constitución de una sociedad comercial en el Estado al cual los socios hubieren elegido incorporarla, o aplicar al contrato el Derecho libremente elegido por sus protagonistas.

El corolario de las situaciones contempladas traerá aparejado que los jueces de un mismo Estado aplicarán la misma Convención con sentidos distintos en el mismo Estado (esto es, cuando el caso tenga sus conexiones más estrechas con Estados que son contemporáneamente parte del sistema de Montevideo y de CIDIP o cuando solo lo sea de las CIDIP).

7. Adopción por diferentes Estados de las CIDIP y/o Tratados de Montevideo con exclusión de la CIDIP sobre Normas Generales

A pesar del verdadero acierto en el tratamiento de las materias abordadas, creemos que no es posible hoy augurar alguna otra ratificación más allá de las existentes en lo atinente a los Tratados de Montevideo. No puede decirse lo mismo de las Convenciones Interamericanas de DIPr. Sin embargo, es cada vez más amplio el ámbito de aceptación de estas últimas, con la decidida participación de los Estados Unidos de América y del Caribe.

No todos los Estados que ratifican las Convenciones Interamericanas de DIPr. deberán adoptar el sistema de vigencia y compatibilidad establecido en el artículo 1° de la Convención sobre Normas Generales, ya que es imprescindible haber ratificado esta última. De lo contrario –esto es, de no haber ratificado los Estados ratificado esta última Convención, aplicarán a la sucesión de distintas Convenciones y/o Tratados de Montevideo y Convención el sistema que

las propias Convenciones han adoptado o, en su caso, el que surja de las propias normas que los Estados contengan sobre el ámbito temporal de su propio DIPr. convencional¹¹.

Dimensión sociológica

8. Caso es toda adjudicación de potencia o impotencia, actual o eventual. Su no configuración presente no descarta su no acontecimiento futuro¹². No hemos advertido que el tópico haya sido abordado aún en la forma en que lo presentamos, aunque no menos cierto es que puede advertirse que las soluciones jurisprudenciales se refieren, indistintamente, a que una materia puede ser abordada por la obra de Montevideo y por las CIDIP¹³

Dimensión axiológica

9. La adopción de una nueva regla jurídica implica una nueva regulación del sector social al que su tipo alude¹⁴. Dado que las normas llevan a cabo una doble función (esto es, no solo describen sino que también integran el mundo), es esta última tarea con la que la norma –tanto a través de la integración relacional como sustancial– opera las transformaciones de la realidad. Las transformaciones de la realidad son la aspiración de la realización de los valores por parte de los autores de la norma. La coherencia entre las normas o los ordenamientos normativos permite que exista seguridad (y fraccionamiento de justicia) en el tratamiento de los casos.

Cuando dos o más normas se integran a un mismo sistema jurídico pueden ser incoherentes, y tal incoherencia provoca inseguridad e incertidumbre en la realidad social. Los ordenamientos normativos suelen introducir reglas que disponen sobre cómo proceder cuando una norma o un sistema jurídico se integra a un sistema.

10. En el Derecho Internacional se ha recurrido tradicionalmente a las reglas imperantes en el Derecho común, esto es, que *“una norma convencional posterior deroga una costumbre anterior y una norma consuetudinaria posterior deroga una norma convencional anterior.”*

11 V. GOLDSCHMIDT, “Derecho ...,” p. 58 y ss.; V. FERNANDEZ ARROYO, Op. cit., p. 50 y ss.

12 Esto es, no deja de existir el problema en las materias aludidas como ejemplo (sociedades comerciales y contratos) cuando los mismos Estados han ratificado las CIDIP sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales y Normas Generales de DIPr., o no se encuentre aún vigente la CIDIP sobre Derecho aplicable a Contratos.

13 V. CCCRosario, sala I, 14.5.95, en DYE, 1996, 5, p. 325; p.v., MENICOCCHI, Alejandro Aldo, “La Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (Comentario a fallo) (CIDIP I, Panamá, 1975)”, En: “El Derecho” 12.3.96.

14 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 5ª ed., Bs. As., Depalma, 1976, p. 197 y ss; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976, p. 86 y ss; de este último, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, FIJ, TI, 1982, t II y III, 1984

Estos principios rigen idénticos siempre que se tratare de las mismas partes contratantes¹⁵ En cambio, si dos Estados suscriben un tratado en contradicción con otro anterior suscrito por ellos con un tercero, ambos tratados permanecen en vigor, puesto que el ámbito personal de validez es distinto¹⁶. Sin embargo, no se ha dejado de reconocer que la concurrencia de reglas convencionales que surgen ante la incompatibilidad de tratados suscriptos entre distintos Estados no siempre puede, satisfactoriamente, resolverse mediante las soluciones tomadas a préstamo del Derecho privado¹⁷. Así, determinados sistemas complejos de fuentes –en especial, de cierto grado de integración- ponen en crisis el régimen tradicionalmente concebido en el despliegue de la internacionalidad y la relatividad de los efectos de los tratados¹⁸. No es este el objeto del presente trabajo, ya que las CIDIP y los Tratados de Montevideo pertenecen a ámbitos de internacionalidad bien definidos y la integración que entre diferentes Estados ratificantes puede existir no es merced a estas fuentes sino a otros sistemas convencionales.

11. Como señalábamos, los Tratados de Montevideo y las CIDIP responden a un sistema jurídico de internacionalidad y no de integración¹⁹. Ello implica que, aunque mitigada, la “juridicidad” de cada uno de los Estados está diferenciada en forma nítida. Desde el punto de vista axiológico, la idea de armonización legislativa a través de las normas indirectas toma partido por el respeto de la unicidad (cada Estado es distinto del otro), que es afín al liberalismo político y por la igualdad (cada Estado es merecedor del mismo respeto que los demás), valor que sustenta la democracia. En este marco, los postulados ortodoxos del racionalismo *lex posterior derogat legi priori* y *res inter alios acta ...* parecen satisfacer ambas exigencias, otorgando además una satisfactoria realización de la seguridad. Por el contrario, el injerto historicista del artículo 1 de CIDIP sobre Normas Generales conspira, al menos, contra los valores denunciados. No puede pretenderse que por una convención (que no es sino la manifestación formal de un acuerdo) se ejerza una influencia sistemática en el resto del sistema convencional sin el riesgo de incurrir en los efectos no deseados señalados

15 VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, 5ª ed., trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid, Aguilar, s/d, p. 138; p.v. BARBOZA, Julio, “Derecho Internacional Público”, Bs. As. Zavalía, 2001, p. 134 y ss.

16 VERDROSS, op. cit., p. 139.

17 ROUSSEAU, Charles, “Derecho Internacional Público”, 3ª ed., trad. Fernando Giménez Artigues, Barcelona Ariel, 1966, p. 51.

18 Valga como ejemplo el problema que la cláusula de estabilización legal (CEL), suscripta en el Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TPPRI) con Panamá de 1996, puede aparejar en otros Tratados en conjunción con la cláusula de la nación más favorecida (NMF).

19 Sobre las diferencias entre ambos modelos, v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, Rosario, FIJ, 1998; SHAW, Josephine, “European Community Law”, Macmillan, 1993; SAENZ de SANTA MARIA PAZ, Andrés, GONZALEZ VEGA, Javier A y FERNÁNDEZ PEREZ, Bernardo, “Introducción al Derecho de la Unión Europea”, Madrid, Eurolex, 1996.

en 5, 6 y 7.

12. Si estamos de acuerdo con el diagnóstico señalado, se impone producir una carencia dikelógica (al menos, en los Estados en los cuales se presente el problema de la superposición aludidos). La integración del ordenamiento normativo puede ser *intra* o *extra ordinem* y en ambos casos utilizarse los recursos a la analogía y a los principios generales, ya del derecho, positivo, ya del Derecho Natural²⁰. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho Internacional ofrecen soluciones acertadas.

13. La Convención de Viena pondera empíricamente la identidad de las materias tratadas y, frente a la incompatibilidad de los contenidos entre dos tratados, establece la primacía de la última fuente convencional²¹. Los principios en que ella se inspira son comunes al Derecho Internacional. Así, todo tratado debe ser interpretado de buena fe (art. 31.1. Convención de Viena), por lo cual habrá que atenerse a aquella regla en función de la cual las partes de un Tratado han entendido se encuentran obligadas y no por aquella otra regla que, razonablemente, pueden haber entendido abrogada. Tal principio es abonado por aquél de la relatividad de los tratados: éstos son obligatorios pero no pueden, por regla general, ni beneficiar ni perjudicar a un tercer Estado²². Si bien se trata aquí de convenios cuya aplicación es jurisdiccional interna, no menos cierto es que de estarse a la influencia sistemática que un tratado ejerce sobre la interpretación y aplicación de otro tratado (pretensión historicista que animó a los delegados a la segunda CIDIP), los beneficiarios del primer o del siguiente tratado se verán directa o indirectamente afectados por la existencia del siguiente o del primer tratado, respectivamente. En tercer lugar, debe rechazarse toda interpretación susceptible de despojar el convenio o parte del mismo de su plena eficacia²³, por lo cual, en presencia de cláusulas incompatibles las soluciones son: a) la neutralización de ambas, con lo cual, nos quedamos sin tratados; b) la superposición de ambas, con lo cual la materia tratada será sometida a dos regímenes jurídicos disímiles, lo que es imposible desde el punto de vista lógico y acarrea el mismo resultado que a) en el aspecto sociológico –esto es, con la aplicación– y, c) la jerarquización de una fuente sobre la otra²⁴. Esta última se presenta, observamos nuevamente, como la única

20 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción ...” p. 286 y ss.

21 CIURO CALDANI, Miguel Angel, me ha expresado verbalmente que aún dentro del marco de la CIDIP II, la superposición de fuentes de contenido opuesto aparejan el desplazamiento por incompatibilidad de las fuentes anteriores. Tal es la conclusión a la que se arribó en las V Jornadas de la Sección de Derecho Internacional Privado de la AADI (Bs. As., 27 y 28.08.2004) con relación a la CIDIP II sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades y los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

22 ROUSSEAU, op. cit., p. 58.

23 VERDROSS, op. cit., p. 160.

24 V.g., en materia de sociedades, el TDCOMIM 89 sólo tiene virtualidad de ser aplicado en caso de presentarse algún contacto con las Repúblicas de Bolivia y Colombia, ya que Perú ha ratificado la Convención sobre Conflicto

solución posible.

14. Por otra parte, esta modalidad de determinación del ámbito temporal pasivo y activo de una fuente está decididamente arraigada en el razonamiento jurídico occidental. En cierto sentido, se trata de reglas sin las cuales el derecho no podría ser concebido tal cuál es, v.g., la coherencia de sus normas, la pretensión de ser aplicado, la posibilidad de ser sustituido por otras normas mejores o distintas, entre todas las imaginables situaciones posibles²⁵. Dentro de estas reglas se encuentran aquellas que rigen el ámbito (espacial, temporal, material) de las normas. La sucesión y jerarquía de las normas se encuentra dentro de estas reglas. En este orden de ideas, suele decirse que *lex posterior derogat legi priori*, como también que *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. En el ámbito del derecho internacional, estas reglas formaron parte del derecho consuetudinario y hoy constituyen principios que, más allá de su achacada ortodoxia, siguen otorgando razonables resultados. Sería por otro lado lamentable que, superado el problema de jerarquía de las fuentes de distintos hontanares (de “*Martin y Cía*”. a “*Ekmekdjian c. Sofovich*”²⁶) se traslade ahora el problema hacia el conflicto de convenciones.

de Leyes en materia de sociedades comerciales. Luego, el TDCOMTIM 40 no tiene posibilidad de aplicación, en tanto las Repúblicas del Paraguay y del Uruguay son también parte de la última Convención

25 V. FULLER, Lon L, “The morality of Law”, Yale Law School, 1963.

26 CSJN, 11.06.1963, *Martin y Cía. Ltda. S.A. c. Gobierno Nacional – Administración Gral de Puertos*, La Ley, 113 – 458; CSJN, La Ley, 1992 – C, 543, *Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich Gerardo y/u otros.*, que sin embargo pareciera reeditarse en “Procurador del Tesoro de la Nación en autos “Cantos”, CSJN, 21.08.2003 (ED, 16.12.2003).

EL DERECHO PROCESAL Y SU INSERCIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

ANDREA MEROI*

1. Introducción

Una mirada superficial al panorama del *Derecho Procesal* en su relación con el resto de las ramas jurídicas muestra un fenómeno de relativo vaciamiento de aquél, en función de la apropiación de sus contenidos por éstas.

Esto ocurre en distintos ámbitos de despliegue del mundo jurídico. Así, la legislación nacional y provincial referida a los llamados “procedimientos especiales” suele instrumentarse en leyes también “especiales”, habitualmente redactadas por doctrinarios de la rama vinculada y sin intervención de *procesalistas* (vgr., ley nacional 24552 de concursos y quiebras, ley nacional 25326 de protección de datos personales -habeas data-, ley provincial 11529 de violencia familiar, ley provincial 11330 de procedimiento contenciosoadministrativo, etcétera). En los casos de legislación nacional, muchos de estos supuestos excepcionan la competencia legislativa no delegada de las provincias¹.

Por otra parte, si revisamos las producciones científicas de los *procesalistas* (tratados, manuales, monografías, artículos), escasamente los encontraremos destinados a esos procedimientos especiales. Quizá debido al fenómeno de intensa penetración del Derecho Constitucional en todo el resto del mundo jurídico², la excepción está en el número creciente de procesalistas dispuestos a realizar estudios constitucionales y a vincular ambas ramas³.

* Docente de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la UNR.

1 Cfr. CN, 75, inc. 12.

2 Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la constitución”, Barcelona, Ariel, 1976; ARCE Y FLOREZ-VALDEZ, Joaquín, “El Derecho Civil Constitucional”, Madrid, Civitas, 1986; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, Madrid, Trotta, 2003; LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la constitución”, Doxa, N° 24, 2001, págs. 459 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Madrid, Trotta, 1999; AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, Doxa, N° 24, 2001, págs. 429 y ss.; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Las normas fundamentales de derecho privado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, en especial, págs. 201 y ss., etc.

3 Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Recurso extraordinario”, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1992, t. 1; HITTERS, Juan Carlos, “El derecho procesal constitucional”, ED, 121-881; MORELLO, Augusto Mario, “Constitución y proceso”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Derecho procesal constitucional”, Trujillo, Marsol Perú, 1998; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Derecho procesal constitucional”, San José de Costa Rica, Juricentro, 1995; FIX ZAMUDIO, Héctor, “Breves referencias sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en “Derecho procesal constitucional”, FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.), 3ª ed., México D.F., Porrúa, 2002, t. I, págs. 165 y ss.; GÓMEZ LARA, Cipriano, “La teoría general del proceso y el derecho procesal constitucional”, en “Derecho procesal constitucional”, cit., págs. 259 y ss., etc.

Finalmente, cabe apreciar que muchos programas de la asignatura *Derecho Procesal* (tanto civil cuanto penal) no incluyen la enseñanza de, por ejemplo, la acción de amparo, la acción de habeas corpus, el procedimiento laboral, el contencioso-administrativo, el tributario, el aduanero, el concursal, los de familia, las ejecuciones prendarias o las “extrajudiciales”. Cada uno de los procedimientos “excluidos” suele estudiarse —si al fin y al cabo se estudian— en las respectivas ramas con las cuales se vincula la pretensión esgrimida.

1.1. ¿A qué razones obedece este fenómeno de *minusmodelación*⁴ del *Derecho Procesal* y *correlativa plusmodelación*⁵ del resto de las ramas?

¿Qué consecuencias traen estas manifestaciones de vaciamiento y expansión?

Para una mejor comprensión del problema que habilite la conjetura de posibles respuestas, proponemos abordarlo desde la comprensión de la Teoría General del Derecho como “sistema jurídico”⁶, entendido “en su universalidad, recurriendo a las nociones de denominadores comunes y particulares del mundo jurídico que aproximan o distancian las respuestas”⁷.

El estudio de las dificultades y superposiciones de las “respuestas” se hace a través de la comparación de la materia, de ahí que sea menester preguntarnos por la inserción del Derecho Procesal en la Teoría General del Derecho⁸.

2. La Teoría General del Derecho

Una visión de la Teoría General del Derecho que enriquezca el estudio de las ramas,

4 “Los repartos y las distribuciones, y las normas que captan los repartos, pueden ser entendidos como respuestas jurídicas que tienen alcances normativos, fácticos y valorativos. En tal sentido, es posible reconocer sus alcances conceptuales y fácticos y sus despliegues territoriales, temporales, personales, relativos a las potencias e impotencias (objetos), formales y de razón. En la dinámica de las respuestas es posible diferenciar fenómenos de aumentos («plusmodelación»), disminución («minusmodelación») o sustitución. La plusmodelación conceptual y fáctica constituye expansión de la respuesta; si se dirige sólo a lo conceptual hay inflación y si se refiere sólo a lo fáctico hay sobreactuación de la respuesta. Cuando la minusmodelación se refiere a lo conceptual y lo fáctico hay reducción del modelo; si se dirige de manera exclusiva a lo conceptual se produce deflación y si apunta solamente a lo fáctico, se origina el vaciamiento de la respuesta. La sustitución en lo conceptual y lo fáctico es total, pero puede ser sólo conceptual o fáctica” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel, Lecciones de teoría general del derecho, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 66/67. Ver, asimismo y originariamente, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, 1976, p. 51.

5 *Ibidem*.

6 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.

7 CIURO CALDANI, Miguel Ángel - ARIZA, Ariel y otros, “Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del derecho”, ED, 150-859 y ss.

8 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas de la Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 35, p. 30.

su inserción en el mundo jurídico y sus vinculaciones recíprocas debe comprender no sólo *lo común* a todos los fenómenos sino *lo abarcativo* de todos. Las ramas del Derecho deben ser “entendidas como áreas jurídicas con características sociológicas, normológicas y axiológicas compartidas que adquieren rasgos especiales interrelacionados”⁹.

Esta visión analítico-sintética está llamada a dar más y mejor cuenta de la *complejidad*¹⁰ de los casos y sus posibles soluciones¹¹.

En esa línea, resulta sumamente valiosa la comparación de las distintas respuestas y ramas jurídicas¹², en sus perspectivas sociológicas, normológicas y axiológicas que interesan a una concepción trialista del Derecho¹³. Como ya adelantamos, “pueden aprovecharse las nociones de *denominadores comunes* y *particulares* del mundo jurídico que aproximan o distancian a las respuestas jurídicas, y también la comprensión de los alcances de tales respuestas, de su *dinámica* y de las *relaciones de coexistencia* de las unidades independientes, *dominación, integración, desintegración o aislamiento relativo*, que pueden presentar”¹⁴.

Adicionalmente, esa comparación habilita el necesario *ajuste de conceptos*. Una constante interferencia depura nociones, produciéndose una variación interna de enlaces (una *in-variación*). Precisamente, “la *técnica de las invariaciones* trabaja ubicando y desubicando ideas, nociones y conceptos para verificar su adecuación y conexidad ... A veces la in-variación de conceptos se realiza en una extensa línea de problemas; pero no se consigue la conexidad sistemática tan sólo por las interreferencias más o menos numerosas, si al mismo tiempo no se toma en cuenta la *sistematización*. Las ramas del derecho no son compartimentos estancos, de manera que es insuficiente predicar cualidades o características y trabajar sobre combinaciones sin salir de una rama. En lo posible, la in-variación debe tender a la conexión

9 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones...”, cit., p. 37.

10 Sobre complejidad y sistemas complejos, puede verse: Jervis, Robert, “Complex systems: the role of interactions, how systems work. A perspective on Political and Social Life”, Princeton University Press, 1997; BUCKLEY, Walter, “Society – A complex adaptive system: Essays in Social Theory”, Gordon & Breach Science Pub, 1998; GELL-MANN, Murray, Complexity, 1995/6, vol. 1, N° 5, www.santafe.edu/sfi/People/mgm/complexity.html, etc.

11 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)”, La Ley Suplemento Actualidad 10/06/2004. También puede verse nuestro trabajo La estrategia y el derecho procesal. La comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos, en “Investigación y Docencia”, N° 35, págs. 49 y ss.

12 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas de la Teoría...”, cit., p. 30: “Así como el Derecho Comparado relaciona en el espacio y la Historia del Derecho lo hace en el tiempo, la Teoría General del Derecho lo hace en la materia”.

13 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede verse, vgr., GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y Política”, Buenos Aires, Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídica. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

14 CIURO CALDANI, “Perspectivas...”, cit., p. 17.

total, si bien por limitaciones humanas no se alcance sino mera generalidad”¹⁵.

3. El Derecho Procesal y su autonomía

Si bien hay quien, de alguna manera, ubica el origen de la civilización en el origen mismo del *proceso*¹⁶, *habría de pasar mucho tiempo para que los estudios acerca de éste evolucionaran hasta la autonomía de una verdadera ciencia. Así lo señala un destacado procesalista, para quien es sabido que “el derecho procesal, como verdadera disciplina científica, es una rama de creación moderna. Quienes seguíamos los cursos universitarios, en España o en América, hasta la tercera década de este siglo, no estudiamos Derecho Procesal sino Procedimientos”*¹⁷.

La historia es conocida —aunque no por ello menos significativa a la hora de explicar la propia situación actual de los estudios procesales— y está estrechamente vinculada a la evolución del concepto de acción. Mientras la acción fue un mero elemento del derecho subjetivo violado, no era concebible un Derecho Procesal autónomo. Más aún: las universidades no eran la sede de los estudios sobre estas cuestiones.

3.1. En efecto, en las universidades europeas y americanas de los siglos XVI a XVIII se enseñaba, exclusivamente, Derecho romano. Un movimiento paralelo —que a la postre habría de llamarse *Práctica Forense*— comenzó a preocuparse por la forma en que se desenvolvían los procedimientos ante los tribunales. Basadas en el examen de los libros que recogían estas prácticas¹⁸, hay investigaciones históricas que indican que: a) los autores no eran universitarios sino prácticos (abogados, escribanos, jueces), personas con experiencia judicial que podían transmitir conocimientos adquiridos en la vida profesional; b) los destinatarios no eran los estudiantes universitarios sino los profesionales del Derecho, a quienes se pretendía proveer aquello que la universidad no enseñaba; c) el ámbito territorial de estos estudios se reducía al de los tribunales de un determinado país, a diferencia de los estudios universitarios unificados por el Derecho romano; d) la fuente principal no era la ley sino la actuación de los tribunales

15 BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Compendio de derecho procesal”, México D.F., Humanitas Centro de Investigación y Posgrado, 1989, págs. 125/126.

16 “Que el hombre sea hoy la especie animal predominante se debe, entre otras razones, a que aprendió a solucionar sus conflictos sin destruirse, recurriendo a un tercero” (MONROY GÁLVEZ, Juan, “Introducción al proceso civil”, Bogotá, Temis, 1996, p. 8, con cita de Jorge BASADRE, para quien no hay que llegar al extremo de suponer que toda norma jurídica tiene un origen litigioso; pero no se debe, en un estudio histórico, olvidar la importancia del derecho procesal).

17 SENTÍS MELENDO, Santiago, prólogo a la obra de COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos de derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. XV.

18 Cfr. MONTERO AROCA, Juan, “El Derecho Procesal en el siglo XX”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 19/22.

y las opiniones de otros prácticos¹⁹.

3.2. Un cambio importante se dará a fines del s. XVIII y principios del s. XIX con la introducción de los estudios sobre «derecho patrio», por un lado, y el movimiento de *codificación*, por el otro: “... el cambio se produce cuando el titular del poder político se apodera de la potestad legisladora en materia procesal, cuando considera que no pueden continuar subsistiendo las prácticas de los tribunales, correspondiéndole a él tomar las decisiones sobre cómo deben realizarse los procesos”²⁰.

En realidad, la transformación se venía gestando desde ya entrada la Edad Moderna, como resultado de las tensiones entre las fuerzas “centrípetas” del poder real (expresiones del creciente papel protagónico de la ley) y las fuerzas “centrífugas” del poder de los magistrados (a través de los pronunciamientos judiciales)²¹. Lo cierto es que “largos períodos de la modernidad fueron escenario de la escisión entre «teoría» y «práctica», pero sobre todo conviene destacar que —en afinidad con la tendencia general abstracta del pensamiento continental moderno— en este tiempo se hizo nítida la distinción del «Derecho de fondo» y el «Derecho Procesal»”²².

Este tiempo de los *Procedimientos Judiciales* es el tiempo de los códigos napoleónicos²³, de la exégesis como método de interpretación y de enseñanza, de los grandes comentarios a esos códigos²⁴, de la incorporación de estudios sobre organización judicial, competencia de

19 “El ordo iudicarius se concebía como una manifestación de la experiencia práctica, formado por los propios tribunales con el paso del tiempo, y de la doctrina, sobre el que no podía incidir de modo decisivo el legislador. Este podía dictar normas accesorias, pero no alterar la esencia del sistema” (id. id., p. 20). El autor consigna una anécdota muy llamativa: “En España tenemos un ejemplo muy destacado de las diferencias entre el Derecho teórico y la práctica forense, y es el representado por Gonzalo Suárez de Paz. En 1583 este catedrático de la Universidad de Salamanca publicó un libro (de gran difusión, pues se hicieron de él doce ediciones, la última de 1790) titulado *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum*, en el que comenzaba diciendo que, después de explicar durante ocho años la teoría de los procesos (se entiende, civil y canónico) se le ocurrió que sería también de utilidad explicar la práctica, el estilo, el modo común de proceder, impartiendo estas enseñanzas en el año 1572 con gran aplauso de los asistentes y el aula llena de jueces, abogados y estudiantes. Advuértase que lo que Suárez de Paz estaba realmente diciendo es que él, un jurista teórico, un buen día decidió «descender» a explicar la práctica, en contra lo que se solía hacer en la Universidad, y que tuvo éxito, pero también que ello era excepcional y que duró muy poco tiempo” (págs. 21/22).

20 Id. id., p. 23.

21 Cfr. CIURO CALDANI, “Perspectivas jurídicas...”, cit., p. 173. Autores de distinta procedencia coinciden en destacar como “antecedente de gran interés” el llamado Code Louis (*Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice*, de 1667, y la *Ordonnance criminelle* de 1670, las dos de Luis XIV de Francia).

22 Id. id., p. 175.

23 En lo que nos interesa, del Code de procédure civile, del 14 de abril de 1806, y del Code d’instruction criminelle, del 17 de noviembre de 1808.

24 “Este es el caso de Francia y las obras de BONCENNE, GARSONNET, BONNIER y CARRÉ Y CHAUVÉAU, por ejemplo, en el proceso civil, y de DAUBENTON, HELIE, MAISONNEUVE y de ROGROH, también por ejemplo y en el proceso penal. Ocurre lo mismo en Italia con los comentarios al Codice de 1865 obra de MANZINI, PISANELLI y SCIALOJA, de BORSARI, de CUZZERI o de RICCI... En España la Ley de Enjuiciamiento Civil

los tribunales y procedimiento. En la universidad, la asignatura se denominó *procédure* (en francés), *procedura* (en italiano) y *procedimientos judiciales* (en español).

3.3. La autonomía científica del Derecho Procesal habría de llegar de la mano de los alemanes, de quienes se dice que tuvieron la suerte de no tener un código que comentar²⁵: “Mientras que la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los códigos, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, y en buena medida lo mismo ocurrió con la italiana, aunque un poco después, la doctrina alemana se vio libre de esta servidumbre y pudo plantearse desde la raíz los problemas teóricos y de fondo. Podría decirse que si en el siglo XIX los franceses y los italianos explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo”²⁶.

Los verdaderos hitos alemanes de la evolución del concepto de *acción procesal* son, ciertamente, destacables:

- En 1856, Bernard Windscheid (profesor de la Universidad de Greifswald) y Theodor Muther (profesor de la Universidad de Königsberg) sostuvieron su famosa polémica: “Windscheid sostenía la identidad de la *actio* romana con el derecho subjetivo. Muther, por su parte, llega a construir el derecho de acción como independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia del derecho subjetivo mismo (derecho concreto de acción); quien tiene un derecho insatisfecho tiene también el derecho de obtener una sentencia favorable, esto es, el derecho de acción, independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia de éste”;
- En 1868, Oskar von Bülow desarrolló su tesis del proceso como relación jurídica de derecho público, absolutamente²⁷ independiente de la relación de derecho privado que se presenta entre los partícipes del conflicto de intereses²⁸. De ahí que para von Bülow la

de 1855 fue comentada por Manresa, Miquel y Reus, por Hernández de la Rúa y también básicamente por José de VICENTE y CARAVANTES” (MONTERO AROCA, Juan, op. cit., p. 24).

25 Las Ordenanzas procesales datan de 1877.

26 MONTERO AROCA, op. cit., págs. 25/26.

27 CASTILLO LARRIÑAGA, José – DE PINA, Rafael, “Instituciones de derecho procesal civil”, México D.F., Porrúa, 1958, p. 124.

28 “Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede estar referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública” (VON BÜLOW, Oskar, “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, trad. Miguel Ángel ROSAS Lichtschein, Buenos Aires, EJEA, 1964).

acción tiene naturaleza publicística, toda vez que no relaciona a las partes entre sí sino a una de ellas (la actora) con el Estado;

- Otros dos importantes autores afirmarían, pocos años después, el elemento subjetivo y el carácter abstracto de la acción. Para Köhler la acción “no es una emanación de pretensión precedente, pues sobre si es o no fundada se ha de resolver en la sentencia. Tampoco es la expresión de un derecho público general de accionar; es, sobre todo, emanación de los derechos de la personalidad, pero solo en la misma medida en que lo son los demás actos jurídicos; el accionar es un derecho individual, como lo es el andar, comerciar, etcétera”²⁹. Para Degenkolb, “la acción civil, autónoma con relación al derecho, puede carecer de fundamento. Cuando el demandante promueve su demanda ante el tribunal, puede no tener razón, y sin embargo nadie podrá discutirle su derecho a dirigirse al tribunal pidiéndole una sentencia favorable. Lo que el demandado le podrá negar es su derecho a obtener una sentencia favorable, pero nunca su derecho a comparecer ante el tribunal. Este es un derecho que pertenece aun a los que no tienen razón”³⁰;

- En cuanto a Adolf Wach, se destaca su concepción “bifronte” de la acción procesal: “La pretensión de protección del derecho es de naturaleza publicística y se dirige, por un lado, contra el Estado, y por el otro, contra la parte contraria. Aquel debe otorgar la protección del derecho, el acto de administración de justicia, mientras que ésta deberá tolerarlo”³¹.

Sin embargo, muchos insisten en reconocer para el Derecho Procesal una paternidad única (la de Giuseppe Chiovenda), con partida de nacimiento y todo: 3 de febrero de 1903, prolucción al curso de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Bolonia (*L'azione del sistema dei diritti*)³². Para Chiovenda la acción “es un poder que corresponde frente

29 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Estudios de derecho procesal”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 87.

30 COUTURE, Eduardo J., “Introducción al estudio del proceso civil”, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 12.

31 WACH, Adolf, “La pretensión de declaración”, Buenos Aires, EJE, 1962, p. 59.

32 “Si las ciencias jurídicas tienen sus momentos estelares, como tal ha de considerarse el señalado con la fecha del 3 de febrero de 1903. En la histórica ciudad de Bolonia, un joven profesor se levanta a leer la prolucción al curso de derecho procesal civil. El título es sencillo: *L'azione nel sistema dei diritti*. Nada hace suponer que se va a producir una revolución en la ciencia del derecho; con ese mismo título, o con otro análogo, se han dicho o se dirán en lo sucesivo montañas ingentes de cosas anodinas. Pero en aquella aula, encerrada en las palabras del discurso potente y contenido, se hace público el manifiesto de la «nueva escuela» (dice CARNELUTTI) o de la Primera Escuela (me atrevería a decir yo) del derecho procesal. El tradicional concepto de acción, que lleva caminando dieciocho siglos por la historia del derecho, ha terminado su recorrido; desde hace cincuenta años se vienen poniendo obstáculos a su marcha; se le está considerando como una máquina cuyo funcionamiento no corresponde a las exigencias del momento; como objeto al que, sin negar formidable valor histórico, hay que buscar sustituto. Pero solo en aquel día invernal se establece con absoluta claridad que la acción ya no es el derecho material. La dirección exegética y las teorías particulares ceden el paso a la teoría general del proceso de cognición. Y, por encima de todo ello, el procedimiento muere, y nace el proceso, y con él nace el derecho procesal” (SENTÍS MELENDO, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, EJE, 1959, t. I, págs. 230/231).

al adversario, respecto del cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está, simplemente, sujeto a él. La acción se agota en su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, según que la voluntad de la ley cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública”³³.

La trilogía italiana que se completa con Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti tiene en este último a un mejor expositor. Para Carnelutti, “tan lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro; yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de mi pretensión, aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo, a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis, y por sujeto pasivo, al juez o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte”³⁴.

3.3. La evolución posterior se bifurca en una corriente de aceptación generalizada del carácter *subjetivo, público, autónomo y abstracto* del derecho de acción, por un lado, y en la puesta en crisis —desde diversas y múltiples perspectivas—, por el otro.

Entre estas últimas, habremos de destacar algunas que resultan de indudable interés para nuestro estudio:

- Guasp considera un error “el erigir la idea de la acción en concepto central de la teoría del objeto del proceso, pues se observa, en efecto, la relatividad e intrascendencia de tal concepto para la resolución de los problemas puramente procesales. El derecho a acudir ante los Tribunales, ya sea concreto o abstracto, frente al particular o frente al Estado, no es, evidentemente, un derecho de naturaleza procesal, sino un supuesto del proceso, que permanece fuera de él, y que se acantona, bien en el terreno civil, bien en el terreno político, quizá en ambos, sin poder, por ello, funcionar como clave explicativa de las cuestiones de orden procesal estricto”³⁵. Para este influyente autor español, toda la idea de *proceso* gira en torno a la *pretensión procesal*: “la explicación fundamental propuesta de la esencia del proceso obliga a considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En

33 CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituciones de derecho procesal civil”, trad. E. Gómez de Orbaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, t. I, p. 26.

34 CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del proceso civil”, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1959, t. I, págs. 315/316.

35 GUASP, Jaime, “Derecho procesal civil”, 3ª ed. corregida, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. 1, págs. 215/216.

torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción y ordenación del mismo y, sobre todo, su decisión tienen una sola y exclusiva referencia a aquélla. Y como esta reclamación no es jurídicamente sino la *pretensión procesal*, que figura en el concepto de proceso mismo, es inevitable extraer de ello la consecuencia de que el inequívoco objeto del proceso lo constituye la pretensión procesal”³⁶

- Couture, reafirmando las tesis carneltutianas sobre el carácter abstracto del derecho de acción y su distinción de la pretensión, da un paso más al considerarlo una manifestación del *derecho de petición a las autoridades* que denominará *acción civil*: “cuando el derecho de petición se ejerce ante el Poder Judicial, bajo la forma de acción civil, ese poder jurídico no sólo resulta virtualmente coactivo para el demandado, que ha de comparecer a defenderse si no desea sufrir las consecuencias perjudiciales de la *ficta confessio*, sino que también resulta coactivo para el magistrado que debe expedirse en una u otra forma acerca del pronunciamiento (...) La naturaleza del órgano de la autoridad, las formas procesales impuestas por la ley, la eficacia del pronunciamiento judicial y la proyección que todo ello tiene dentro del sistema del derecho, hacen que la acción civil asuma un cúmulo de formas externas bien diferentes a las otras formas del derecho de petición”³⁷. Esta caracterización de la *acción civil* como exteriorización del *derecho constitucional de petitionar a las autoridades* ha ubicado a Couture como el procesalista que puso en evidencia la estrecha relación entre los derechos procesales básicos y los derechos constitucionales esenciales del sujeto de derecho.

- Briseño Sierra habría de poner en crisis el carácter *público* de la acción. Para este autor el *dinamismo jurídico* (procedimiento) se pone en marcha a través de *instancias*, esto es, de actos de particulares que requieren respuestas de la autoridad. Aquello que distingue a la *acción procesal* del resto de las instancias es el hecho de que su respuesta no pueda ser dada directamente por la autoridad, esto es, sin involucrar a “aquel respecto de quien se insta” (accionado / demandado).

El derecho de acción muestra materialmente una estructura irrepetible que —partiendo de su titular— va hacia el de la jurisdicción para terminar en el ámbito jurídico de quien debe (aunque no lo haga) reaccionar: “No hay, por tanto, lugar alguno a la confusión de la acción, primero con los derechos estáticos, porque siendo un título individual no es, como suele concebirse al derecho subjetivo, una relación invariable en su esquema lógico; y al ser un derecho dinámico, tampoco sufre confusión con los otros derechos: denuncia, petición, querrela, queja y reaccertamiento, pues a diferencia de ellos, es, estructuralmente, una instancia proyectiva, y su pretensión es, además, conflictiva, por ser dos las partes que

36 Íd. íd., págs. 211/212.

37 COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del derecho procesal civil”, 3ª ed. póstuma, reimp., Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 78.

discuten su concesión”³⁸.

• Para Montero Aroca la *evolución general* de los estudios de esta rama culmina con la consideración de la *jurisdicción* como eje central. Acorde con ello, propone denominar a la rama “*Derecho Jurisdiccional*”³⁹. Los antecedentes de este desarrollo se remontan a los inicios mismos de la ciencia procesal⁴⁰ y permiten concluir que el proceso es un instrumento necesario para el cumplimiento de la función jurisdiccional: “No debe olvidarse que el proceso es también el instrumento necesario para que los ciudadanos hagan efectivo su derecho a la jurisdicción, logren la tutela efectiva a la que suelen referirse las constituciones, terminología con la que actualmente suele aludirse al derecho de acción. La consideración del proceso como instrumento es, pues, doble, y se integra tanto con referencia a la jurisdicción como a los ciudadanos; en el primer caso se está ante el Estado actuando por medio de los tribunales, Estado que es titular de un deber, el de prestar la tutela judicial; en el segundo se está ante el ciudadano que insta la tutela judicial, ciudadano que es titular de un derecho de rango fundamental”⁴¹.

4. La exacerbación de la forma y la desconsideración de los otros elementos del “reparto procesal”

Particularmente desde las perspectivas *unitarias* de la teoría general del proceso⁴² —construidas al hilo de la *abstracción* del derecho de acción⁴³— se constata la aspiración

38 BRISEÑO SIERRA, “Compendio...”, cit., p. 174.

39 Cfr. MONTERO AROCA, Juan y otros, “Derecho jurisdiccional”, Barcelona, Bosch Editor, 1994; *Evolución y futuro del derecho procesal*, Bogotá, Temis, 1984.

40 “Cuando CALAMANDREI emprendió el estudio del Derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad o función jurisdiccional, o cuando ALLORIO preveía que la teoría del mañana buscaría apoyo en los conceptos de potestad jurisdiccional o jurisdicción, o cuando la doctrina española está diciendo que el concepto central del Derecho procesal es el de jurisdicción, o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado y dijo que el Derecho procesal comprende la organización del Poder Judicial, la competencia y la actuación del juez y de las partes en e proceso, en todos estos casos, y en muchos otros que podrían citarse, estaba implícito el paso que pretende darse cuando se quiere que la denominación de la ciencia y de la materia universitaria sea la de Derecho jurisdiccional” (MONTERO AROCA, “El derecho procesal...”, cit., p. 38).

41 Íd. íd., págs. 40/41.

42 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Temas del ordenamiento procesal”, Madrid, Tecnos, 1969; “Doctrina general del derecho procesal”, Barcelona, Bosch, 1990; CARLOS, Eduardo, “Acotaciones al problema de la unidad del derecho procesal”, en “Revista de Derecho Procesal, Estudios en memoria de James Goldschmidt”, Buenos Aires, EDIAR, 1951; BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “Teoría del proceso”, Buenos Aires, Depalma, 1979; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, “Teoría general del proceso”, Bogotá, Temis, 1992; ROCCO, Ugo, “Teoría general del proceso”, trad. Felipe de J. Tena, México D.F., Porrúa, 1959; DÍAZ, Clemente A., “Derecho procesal”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965; BENABENTOS, Omar Abel, “Teoría general unitaria del derecho procesal”, Rosario, Juris, 2001, etc.

43 “Esto es lo que permite calificar a esos cuatro títulos jurídicos: estatutarios, subjetivos, familiares y administrativos, como derechos sustantivos, mientras que los de instancia son formales, adjetivos o procedimentales. Y la acción,

de una *simplicidad pura* en que todas las formas sirvan por igual a cualesquiera pretensiones (civiles, comerciales, penales, laborales, de familia y contenciosoadministrativas, así como las más recientemente diferenciadas, correspondientes a los llamados derechos de tercera generación, provenientes de relaciones de consumo, continentes de intereses de incidencia colectiva, etcétera).

El proceso de escisión entre *forma* y *fondo*, entre *acción* y *pretensión*, sumado a la constatación de que hay *tres* involucrados (quien acciona y pretende, la autoridad que recibe la acción y pretensión y aquel respecto de quien se acciona y pretende), trajo indudables avances de entre los cuales la “autonomía” de la ciencia es, si se quiere, uno menor o — mejor dicho— una consecuencia inevitable. En efecto, tanto más importantes resultan las implicaciones de afirmar que:

- Tiene *derecho a accionar* aun quien no tiene *derecho a aquello por lo cual acciona*⁴⁴; § *El proceso* es una “estructura de obtención del reparto”⁴⁵;
- La justicia del reparto procesal se mide en términos de *imparcialidad e imparcialidad* del juzgador⁴⁶;
- Corolario de ello (la prohibición del *pre-juicio*) es el “principio de que no existe proceso sin juicio, decisión sin previa audiencia”⁴⁷;
- Precisamente en razón de la actividad, el reparto se obtiene por el establecimiento de un sistema de controversia, en la que cada interesado pueda exponer al repartidor sus puntos de vista⁴⁸;

que como las demás instancias, sirve a los sustantivos pero no es un desprendimiento de ellos, ni un apéndice ni un desarrollo, sino un instrumento, porque no se insta por instar sino pretendiendo algo ubicado en el campo de la sustantividad; pero el instar es indiferente a la existencia y validez de lo sustantivo, que sigue reglas propias. La acción es abstracta o autónoma en este sentido y no en el de hacer algo de la nada” (BRISEÑO SIERRA, op. cit., p. 181)

44 “No es que la acción exista para sí misma. Esto es lo que hace la pretensión: vincular el pasado con el porvenir. Se pretende sentenciar porque se presentó el conflicto, o bien, al surgir el conflicto se busca la resolución imparcial, y el tipo de conflicto: nulidad, incumplimiento, daños y perjuicios, lesiones, sustracciones indebidas, etc.; ese concreto problema va referido en los hechos del pretender, lo que se completa con las clases de sentencia que se requiere” (ibídem).

45 ARAGONESES ALONSO, Pedro, “Proceso y derecho procesal (introducción)”, 2ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 111, para quien “ello acentúa el carácter preferentemente declarativo del mismo. No puede, pues, confundirse el proceso con las estructuras de realización. El proceso, ni es una declaración de voluntad, semejante a la renuncia, al desistimiento, al allanamiento, ni es una declaración bilateral, como ocurre con los contratos de transacción o de compromiso, ni es una manifestación de voluntad”.

46 Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, La imparcialidad como principio básico del proceso («parcialidad» y parcialidad), Discurso de recepción del autor como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y norma”, Buenos Aires, Librería Jurídica, 1955, págs. 133 y ss. Para Briseño Sierra, “lo propio del derecho procesal es alcanzar la resolución de los problemas jurídicos, pero no cualquiera resolución ni obtenida en forma indeterminada, sino una resolución imparcial y por obra de un tercero” (cit., p. 27).

47 ARAGONESES ALONSO, Pedro, op. cit., p. 112.

48 Cfr. íd. íd., p. 118 y ss. Para el autor, “en el ámbito de las controversias normativas, el sistema del proceso se ofrece como particularmente idóneo. Versen éstas sobre la existencia o no de los hechos discutidos o sobre una

§ Se trata, pues, de un método, camino, medio o instrumento⁴⁹;

§ Hay acción en toda la línea del proceso, de suerte de posibilitar la audiencia⁵⁰.

De tal suerte, la teoría general del proceso se construye en torno a una concepción del proceso que, en mucho, responde a los postulados del sistema dispositivo o acusatorio. Así, para Aragonese Alonso "... en la medida en que se estructure la satisfacción del interés pretendido con una aproximación esencial al tipo ideal de estructura de satisfacción coactiva e imparcial que constituye el proceso, nos encontraremos con un tipo al que corresponde propiamente tal denominación, mientras que cuando se desvíen de ese tipo ideal, la satisfacción se realizará generalmente por medio de una estructura de autotutela estatal más o menos disfrazada. Por ello, no es cierto que el proceso penal acusatorio se aproxime al proceso civil, sino que al ser el proceso dispositivo el prototipo de las estructuras procesales, toda aproximación al proceso civil es un acercamiento al tipo ideal del proceso, y así, cuando el proceso civil se desvía de su tradicional configuración no se habla de aproximación del proceso civil al proceso penal, sino más bien de crisis o abolición del proceso. En resumen, el proceso como tipo ideal, aplicable a la satisfacción de cualquier pretensión, sea cual fuere la norma en que se funde, se nos aparece caracterizado por las siguientes notas: 1ª Es una institución estatal (naturaleza general de la estructura); 2ª Para la realización, coactiva e imparcial, de la Justicia (fundamento institucional); 3ª Por la que se satisfacen (fin empírico); 4ª Las pretensiones (objeto); 5ª Que unos sujetos actúan frente a otros (carácter contencioso del proceso); 6ª Afirmando su fundamento jurídico (causa de la pretensión); 7ª Siguiendo al efecto un procedimiento contradictorio previamente establecido (método de averiguación procesal) como garantía individual"⁵¹.

transformación que se pretende del mundo, cada uno de los litigantes, al exponer sus puntos de vista y las razones que cree se desprenden del sistema de normas, facilitan al repartidor la determinación de cuál de los puntos de vista expuestos es más justo que el otro. Por ello, si desde un plano subjetivo la imposición del reparto por un tercero imparcial es normalmente superior a la solución coactiva impuesta por los propios interesados, cualquier estructura que tenga en cuenta los criterios opuestos de los mismos se ofrece como superior a las estructuras análogas que se resuelven por aplicación exclusiva de la fuerza" (p. 120).

49 Apoyado en las enseñanzas de Briseño Sierra, Alvarado Velloso dirá que se trata de una "serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente" (Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, reimpresión 1997, t. 1, p. 239).

50 "Y el debate, también por simple lógica, requiere de momentos sucesivos, que posibiliten presentar el conflicto, justificar o confirmar el conflicto y concluir esgrimiendo la razón que asiste a las partes. Ese caminar por los tramos indicados, es nada más que una serie de instancias proyectivas. La acción, el accionar, es un instar proyectivo, pues de otra manera, ni el sujeto imparcial ni la contraria están excitados" (Briseño Sierra, Humberto, cit., p. 182). Más adelante, el autor reafirmará: "La acción, quedó establecido, es el movimiento de la parte demandante y eventualmente de la contraria, no sólo cuando contraataca, sino cuando ella inicia el trámite, como al ofrecer medios de confirmación o conclusiones y, desde luego, cuando impugna, que es una manera de iniciar otra serie de instancias—, cuya índole proyectiva, provoca la jurisdicción y la reacción" (p. 186).

51 Aragonese Alonso, Pedro, op. cit., págs. 351/352.

4.1. Si se examina analíticamente esa perspectiva, los recortes al “reparto procesal” son importantes:

- En cuanto a los *adjudicadores (repartidores)*, la exigencia de estar a cargo de una “institución estatal” cercena la posibilidad de que pueda ser también un particular—tan *imparcial* y tan *imparcial* como el juez del Estado—quien adjudique la solución del conflicto.

- En cuanto a los *destinatarios (recipiendarios)*, bien que en el horizonte del *proceso*⁵², *se excluyen aquellos sujetos que no actúan “unos frente a otros”*. Se trata de los innumerables casos en que el Estado ejerce autotutela de sus intereses o en que no existe contradictorio al estilo clásico sino, más bien, un esquema procedimental de administración en que algunas de las postulaciones son verdaderos contradictorios (vgr. algunas cuestiones de concursos y quiebras, sucesiones).

- En cuanto a las *pretensiones*, el empeño por construir un método que sirva por igual a cualesquiera de ellas —no importa cuán diferentes sean— ignora la inmanente complejidad del mundo y los conflictos que lo habitan. Claramente, no es lo mismo *procesar* una pretensión de cobro de un pagaré, la pretensión de resolución de un contrato de larga duración, la pretensión de tenencia de un menor, la pretensión de nulidad de la concesión del servicio público de telefonía de todo el país, la pretensión punitiva de robo en una casa de familia, la pretensión punitiva por el motín y toma de rehenes en la cárcel más populosa de un estado, la pretensión de protección del derecho a la vida de una mujer con quince años de estado vegetativo... y así podríamos continuar con la “complejidad de la vida”⁵³.

- En cuanto a las *formas* del reparto procesal, conectado muy estrechamente con sus *límites*, debemos preguntarnos por aquello que define al *proceso*:

- ¿*qué audiencia?* (¿audiencia efectiva o sólo la posibilidad razonable de audiencia⁵⁴? ¿sólo la posibilidad de afirmar o, también, la posibilidad de probar y alegar?);

- ¿*cuánta audiencia?* (¿mucho, como en un juicio ordinario; poca, como en un juicio abreviado; nada, como en una medida autosatisfactiva⁵⁵);

52 Estrictamente, fuera de él. La pregunta, en realidad, apunta a si debe quedar también fuera del derecho procesal.

53 Respecto de las decisiones “complejas” puede verse Chaumet, Mario Eugenio, Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja: el caso de los intereses supraindividuales, JA, Lexis Nexis, suplemento especial del 31.03.04, págs. 38 y ss. (JA 2004-I, fascículo 13).

54 “El principio de la audiencia judicial no reclama la misma audiencia, sino meramente su posibilidad. No se exige, en cambio, que esta posibilidad se convierta en realidad, puesto que, en caso contrario, fácil sería para el demandado impedir el desarrollo del proceso” (GOLDSCHMIDT, Werner, “La imparcialidad...”, cit., p. 138).

55 Con relación a la doctrina argentina que ideó y propicia las llamadas medidas autosatisfactivas, puede verse: PEYRANO, Jorge W., “Informe sobre medidas autosatisfactivas”, LL, 1996-A-999; “Lo urgente y lo cautelar”, JA, 1995-I-889; “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil. La medida autosatisfactiva”, ED, 169-1345; “Vademecum de las medidas autosatisfactivas”, JA, 1996-II-709; “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, JA, 1997-II-926; “Régimen de las medidas

o ¿cuándo audiencia? (¿antes, como en un juicio; después, como en una medida cautelar o anticipatoria; después, como en un procedimiento monitorio?)

Estas alternativas, ¿escapan a *lo procesal*?

4.2. Si bien la escisión de las formas respecto del objeto del reparto y la afirmación de una teoría general del proceso coadyuvaron a la autonomía del Derecho Procesal—y, con ésta, a una mejor comprensión de las reglas de la audiencia—, la aspiración actual de reducir las diferencias entre los objetos repartidos a meras cuestiones de competencia o de procedimientos conlleva a desnaturalizar la complejidad del objeto y, en cierto sentido, la oculta.

No dudamos que la etapa de *simplificación* de cualquier ciencia sea un paso necesario y fructífero. La anterior *complejidad impura* entre *fondo* y *forma* (ejemplificada en el *pre-juicio* con el que actuaba el juez de la inquisición⁵⁶) constituye, sin duda, un estadio disvalioso. Sin embargo, a la *simplicidad pura* de la forma debe seguirle una consideración de la *complejidad pura* que integre adecuadamente ambos despliegues⁵⁷.

La relación *fondo / forma* debe *establecerse* pero no *desintegrarse*. Necesitamos de audiencia en el proceso, pero ésta está íntimamente relacionada con aquello que se escucha. Insistimos en que no es lo mismo escuchar una pretensión ejecutiva de un pagaré que una de divorcio contencioso.

En la consideración especial del *objeto* no sólo se pone en juego el quiénes deben escucharlo (juez competente) sino también a quiénes hay que escuchar, cómo hay que escuchar, qué tipos de razones están involucradas, cuáles son los límites a ese escuchar.

Con toda razón se ha dicho que “es asimismo importante reconocer la *forma* del reparto jurisdiccional, apreciando el grado de *audiencia* posible y cuál se produce en realidad. El juez verdaderamente tal «escucha», con más o menos colaboración de los interesados, los hechos y el Derecho sobre los que ha de resolver (...) La relación entre la *forma procesal* y los *objetos* que se adjudican según el Derecho de fondo es a veces muy tensa. La *forma* ha de conducir al *fondo*, pero éste no puede ser sin la forma. Nada de esto ha de llevar, sin embargo, al desconocimiento de que, sobre todo en épocas como la actual, en algunas áreas,

autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, LL, 1998-A-968; “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en “Medidas autosatisfactivas”, director Jorge W. PEYRANO, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 13; “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, en “Medidas autosatisfactivas”, cit., p. 27 y muchos más. Algunas perspectivas críticas pueden verse en CAMPS, Carlos E., “La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada”, JA, 1999-III-1091 y ss.; GARCÍA MONTAÑO, Tristán, “Necesidad de dar audiencia previa a quien será afectado por una tutela anticipada: regla, no excepción”, LL Litoral, 1999-989; PICÓ I JUNOY, Joan, “De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿un avance del derecho procesal”, JA, 2002-II-fascículo N° 2, p. 17; también nuestro trabajo “Medidas autosatisfactivas: otras voces, otros ámbitos”, LL Litoral, 2000-929.

56 CIURO CALDANI, “El juez, el proceso...”, cit., p. 20.

57 *Ibidem*.

como la de los derechos humanos, el proceso adquiere—por lo menos discursivamente—gran significación, al punto de alcanzar el núcleo del concepto jurisdiccional. Existe un muy relevante derecho al proceso”⁵⁸.

4.3. Más aún: las visiones de *lo procesal* suelen ser *estáticas*, esto es, desvinculadas de los despliegues *dinámicos*, vinculados a la *estrategia*⁵⁹ que cada uno de los protagonistas —incluido el juzgador⁶⁰— planea y ejecuta a la hora de la toma de decisiones en cada uno de los procesos.

Con acierto se ha dicho que “desde una visión estática del proceso podría suponerse que las partes ejercen su pretensión o resistencia, exclusivamente por una controversia sobre el significado y alcance de sus derechos. Desde tal óptica sería incomprensible la decisión de prolongar el proceso cuando la parte puede anticipar su derrota, soportando las molestias y gastos, en lugar de allanarse a la pretensión de la contraria”⁶¹. Antes bien, nuestras prácticas procesales indican que la *conjetura* de la decisión judicial no siempre funciona como disparador de una negociación temprana sino que los abogados especulan con *repartos provisionarios* (medidas cautelares, prolongación del pleito por utilización de todos los medios de impugnación disponibles, oposición a la ejecución, etcétera) para la satisfacción de *otras* pretensiones.

5. Las consecuencias (disvaliosas) de esta situación singular

En nuestra opinión, el fenómeno descrito derivó en dos consecuencias disvaliosas: la *reducción* del Derecho Procesal y la consiguiente *expansión* de las ramas “sustantivas”.

5.1. La reducción del Derecho Procesal

El estudio de la normatividad *procesal* recibió un fuerte impulso a partir de la segunda mitad del s. XIX y, muy particularmente, durante el s. XX. Estos avances consolidaron la

58 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 23/24.

59 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La Teoría General del Derecho*, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, N° 32, págs. 25 y ss.; Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia, en “Investigación y Docencia”, cit., 2000, N° 33, págs. 9 y ss.; también puede verse nuestro trabajo *La estrategia y el Derecho Procesal* (la comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos), en “Investigación y Docencia”, cit., 2002, N° 35, págs. 49 y ss.

60 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces*, en JA, Lexis Nexis, suplemento especial del 31.03.04, págs. 30 y ss. (JA 2004-I, fascículo 13).

61 LAPENTA, Eduardo Víctor, Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial, en “Cartapacio”, Azul, 2004, N° 6 (puede verse en www.cartapacio.org.ar).

comprensión de la actividad *jurisdiccional*, pero tuvieron el efecto de silenciar u ocultar otros fenómenos íntimamente vinculados:

El Derecho Procesal asiste, entonces, a un fenómeno de *minusmodelación* (por reducción de las respuestas a problemas que son propios del “modelo” procesal) en el que la exacerbación de las *formas* aísla otros elementos del reparto.

5.1.1. *La forma aísla a los repartidores*

Una reducción sufrida por el Derecho Procesal reside en la exclusión de otras vías de solución del conflicto (que no sean las judiciales estatales) del ámbito de su estudio. Seguramente acierta Ciuro Caldani cuando afirma que “construido demasiado desde la óptica del Estado, el Derecho Procesal ha devenido una rama «mutilante». Hay otros medios que no sean el «proceso judicial» (arbitraje, mediación, negociación) y hay otras ramas con las cuales vincularse y enriquecerse en una «complejidad pura»⁶².

Tan mutilante ha sido, por caso, que muchos cultores del Derecho Procesal suprimen de sus estudios a los medios alternativos de solución de conflictos —incluido el arbitraje—, justificando que se los incluye “más por los beneficios que reporta un sistema de debate diferente al proceso judicial, que por las proximidades que tiene la intervención de un tercero frente a las partes en conflicto”⁶³.

Otras opiniones, en cambio, participan del carácter *jurisdiccional* de estas soluciones, bien que con las restricciones propias del no uso legítimo de la fuerza⁶⁴.

Recordando que el concepto de proceso tiene que aludir al fenómeno de la controversia y de su solución, Goldschmidt infería que “...el proceso ante jueces elegidos por las partes

62 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, El juez, el proceso y el Estado en la posmodernidad, en “Investigación y Docencia”, N° 33, págs.19/23.

63 GOZAÍNI, Osvaldo, Métodos diferentes del proceso para resolver conflictos entre personas: ¿es un tema procesal?, en “Teoría unitaria...”, cit., p. 350. El autor entiende que el arbitraje, por caso, “no podría ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida un proceso... En todo caso habría un procedimiento, pero enmarcado en el perímetro de los derechos disponibles, dentro de los cuales, justamente, no se encuentran las formas y solemnidades del proceso judicial (...) En síntesis, la esencia que contiene a las formas alternativas para la resolución de controversias está en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos” (págs. 342/345). Finalmente, concluirá que “la ciencia jurídica tiene una nueva disciplina que podrá nominarse como «Gestión de conflictos», «Administración de conflictos», «Formas alternativas para la resolución de controversias», dejando al derecho procesal la etapa de revisión que, efectivamente, garantizará el debido proceso” (p. 350).

64 Vgr. SERRA DOMÍNGUEZ, El proceso arbitral en estudios de derecho procesal, Barcelona, Ariel, 1969, p. 571; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, Derecho y proceso, Barcelona, Bosch, 1978, p. 299; CARRERAS, Jorge, Contribución al estudio del arbitraje, en “Revista de Derecho Comparado”, Barcelona, 1953, págs. 118/138; FENECH, Miguel, Estudios de derecho procesal, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 433 y ss.; en nuestro país, PALACIO, COLOMBO, MORELLO, etc. En cambio, le niegan carácter jurisdiccional y lo enmarcan en el ámbito contractual, Chiovenda, Rosenberg, Rocco, etcétera.

(amigables compondores o árbitros), y el proceso ante jueces estatales, son esencialmente iguales...”⁶⁵.

5.1.2. *La forma aísla a los destinatarios*

El Derecho Procesal se ha preocupado por la *forma* (“audiencia”), concentrando sus desvelos en aquel que escucha (el juzgador).

En cambio, muy poca o ninguna atención de los procesalistas han merecido las especiales características de los *destinatarios*. El Derecho Procesal no distingue entre trabajadores, menores, consumidores, usuarios de servicios públicos, administrados, etcétera. Los especiales problemas que la *audiencia* de esas partes pueda generar se dejan librados a la respuesta de cada una de las ramas sustantivas.

Sólo recientemente el Derecho Procesal ha incursionado, por ejemplo, en los casos de partes plurales (intereses supraindividuales y plurales homogéneos)⁶⁶, aunque también valiéndose de los estudios precursores de otras ramas (vgr., Derecho Constitucional, Derecho Administrativo).

5.1.3. *La forma aísla al objeto*

Las propias estructuras del proceso tradicional aparecen insuficientes para la consideración especial que merecen ciertas pretensiones: tutelas urgentes, pretensiones de familia en que se requieren ámbitos de mediación y conciliación, pretensiones colectivas, cuestiones de menor cuantía.

5.1.4. *La forma aísla sus propias formas*

Aunque resulte paradójico, en algunos casos se ha llegado al extremo de desligar el problema de las *formas* de sus *propias formas*.

Tras los estudios denominados “científicos”⁶⁷, los procesalistas persiguieron, precisamente, depurar todo lo que fuera «*mero*» *procedimiento*: “Cuando se piensa que

65 GOLDSCHMIDT, Werner, Controversias y soluciones: guerra, duelo y proceso, en “Conducta y Norma”, cit., p. 85.

66 Ver con provecho, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos, Elcano, Navarra, Aranzadi, 1999.

67 “Se ha visto que desde el siglo XIX, la preocupación de los especialistas ha sido el proceso. Se le ha analizado tan profundamente que se viene hablando de una corriente científica a partir de la polémica entre Windscheid y Muther, o de la aparición de la obra ya citada de Oskar von Bülow. Pero curiosamente el calificativo de científico ha sido empleado porque el proceso se apartó del procedimiento, aunque no hizo lo mismo respecto de la sentencia” (BRISEÑO SIERRA, Humberto, Esbozo del procedimiento jurídico, en “Teoría unitaria del proceso”, AA.VV., Rosario, Juris, 2001, p. 467). Ver, asimismo, supra, nota al pie # 32.

el procedimiento ha sido confundido con el proceso y que ha sido este último el que se ha analizado con mayor profundidad, se descubre que el resultado técnico ha sido una intravariación de conceptos elementales que llegaron a mencionarse a propósito del mismo proceso, pero que se perdieron en el camino (...) Esta operación quirúrgica que a muchos pareció un avance, tuvo la consecuencia de hundir al procedimiento y dispersar sus noticias en el entramado del proceso”⁶⁸.

Conclusión: el Derecho Procesal, absorbió en el *proceso*, abandonó el *procedimiento*, sin reparar quizá que “la formación del sistema jurídico, al menos en la parte correspondiente al sector del dinamismo normativo, utiliza las fórmulas empleadas en los distintos rubros para llevar a cabo el tejido que resulta de la combinación de los distintos capítulos o ramos de la juridicidad”⁶⁹.

En otras palabras: puede acontecer (y ello ocurre frecuentemente) que las reglas procedimentales coexistan con las procesales⁷⁰: “Imbricados en la realidad, proceso y procedimiento son objeto de la dirección del mismo sujeto: el tercero imparcial, que se conduce proveyendo e impulsando la marcha de la sustanciación. Jurisdecir, entonces, es frecuentemente un proveer que a veces atañe al proceso y otras al procedimiento. La manera más fácil de distinguir la naturaleza de este actuar es considerando la índole de la instancia atendida. Sólo cuando se trata de un accionar, de un instar que se proyecta a través del juez hacia la contraria que debe reaccionar, es que se está en el proceso; pero si ese instar es unilateral, de un procedimiento preliminar como los actos preparatorios, los precautorios, los provocatorios, la mal llamada *jurisdicción* voluntaria, o los actos de ejecución, entonces el juzgador provee sin jurisdecir”⁷¹.

¿Puede entonces el Derecho Procesal desentenderse de los estudios sobre el *procedimiento*, estrictamente hablando? ¿Pueden diluirse los estudios sobre el *procedimiento* en la rama *administrativa*? ¿No será que existen aquí ciertos *denominadores comunes* —cual la secuencia de conexiones de conductas de diferentes sujetos— que imponen tratamientos que se enriquezcan recíprocamente⁷²?

68 Íd. íd., p. 465 y 467. Más adelante, el autor dirá que “el llamado procesalismo científico emprendió la sistematización procesal como si no hubiera otros territorios del dinamismo jurídico, y cuando las diferencias entre la teoría y la práctica persistieron, se buscó acercar las realizaciones empíricas a los paradigmas de la teoría, insistiendo en aspectos formales” (p. 470).

69 Íd. íd., p. 471.

70 “El procedimiento es una sucesión de conexiones de actos de distintos sujetos, de manera que el acento está dado en la sucesión de conexiones. Esto es lo relevante de la figura, por lo que para formar cada conexión se precisa de la instancia (...) No el conglomerado de conductas, sino la sucesión encadenada por la sucesividad de conexiones, es lo que interesa al derecho para crear un procedimiento. Y al pasar al proceso, se conserva el dinamismo, pero ahora se transforman en la serie de cierto tipo de instancias, los derechos de acción o de accionar, la instancia proyectiva” (BRISEÑO SIERRA, “Compendio...”, cit., p. 233).

71 Íd. íd., págs. 203/204.

72 “... el derecho procesal, rama jurídica con principios autónomos y en conexión sistemática, es simplemente unitario como lo pide casi toda la doctrina. Esta afirmación lleva a su vez al corolario de que en su contenido

¿No ocurre muchas veces que el “mero” procedimiento incide en la eficacia del proceso? ¿Da igual, por ejemplo, cualquier tipo de notificación? ¿No será que las opciones mismas del procedimiento pueden incidir —y de hecho lo hacen constantemente— en la audiencia?

5.2. La expansión de las ramas “sustantivas”

Sea por abandono más o menos explícito del Derecho Procesal, sea por afán de apropiación de las ramas sustantivas, lo cierto y constatable es que muchas de éstas han avanzado por sobre el estudio y la regulación de la solución de conflictos propios de su área jurídica. Se trata, así, de un fenómeno de *plumodelación*.

La constatación de esta expansión respecto de cada una de las ramas del mundo jurídico excede los alcances de este trabajo. Sin embargo, pueden destacarse áreas en las que—perdiéndose en mucho aquello que particulariza al *proceso*—se pergeñan soluciones asistemáticas.

Piénsese, por caso, en la falta de definición adecuada de los roles de concursado/fallido, síndico, juez concursal, acreedores, y se comprenderán los problemas que se suscitan a la hora, por ejemplo, de sustanciar un incidente. La falta de definición de los alcances procesales del llamado “orden público concursal” enfrente a juzgadores y partes a cotidianas sorpresas y a diversos *fraudes* a la ley falencial, ocultando tras el interés de la comunidad aquello que en realidad no lo es.

Lo propio acaece con los procesos llamados “publicizados”, cual los de familia, en los que se desdibujan las pretensiones de las partes al punto, a veces, de elevarse ilegítimamente la consideración de un “orden público familiar”.

En lo laboral no es infrecuente que los jueces asuman actitudes proteccionistas extremas, desvirtuando totalmente la controversia mucho más allá del principio interpretativo del *favor operari*—aun pensado desde lo procesal— y soslayando la imparcialidad.

En los amparos, la defectuosa técnica legislativa suele prever un “informe circunstanciado” de la autoridad accionada, en lugar de la correspondiente “contestación de demanda”, desvirtuando los conceptos de audiencia y congruencia y creando situaciones anárquicas.

Finalmente, como consecuencia disvaliosa de conjunto, podemos señalar la incomprensible inflación de procedimientos superpuestos. Del extremo de la falta de

se relacionan temas que no son exclusivos del proceso, ya que las nociones procedimentales, por ejemplo, o las orgánicas, no le afectan directamente, pero son conexas, propias de la teoría general de la rama. Es por esto que en el desarrollo del presente trabajo, se intenta una revisión de los capítulos del derecho ciencia procesal y no sólo de la institución proceso que es una de sus figuras, la más importante si se quiere, la que le da nombre, pero no la única. De ahí que pueda hablarse de nociones comunes a todo procedimiento: actos, notificaciones, plazos, formas, tiempo, etc.” (BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Derecho procesal”, México D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, t. II, p. 50).

consideración de los aspectos particulares de determinadas materias (minusmodelación del Derecho Procesal), pasamos a la innecesaria y gravosa proliferación de procedimientos — tantos, cuantas ramas existan— (plusmodelación de los derechos de fondo), dificultando la tarea de jueces y abogados hasta límites intolerables y, mucho peor, desvirtuando aquello “propio” de cada uno.

6. Conclusiones

La consideración de todos los despliegues del reparto procesal y la ubicación del Derecho Procesal en una Teoría General del Derecho nos permitirá reconocer su especificidad no sólo para determinado tipo de pretensiones sino para el universo de ellas.

La forma de la audiencia no debe ignorar ni reducir los problemas que inevitablemente plantea el “escuchar”. Si los procesalistas se ocuparan del estudio de los procesos laborales, contenciosoadministrativos, concursales, de familia, de amparo —y no sólo de los procesos civiles y penales— muy diferentes serían las percepciones que de la audiencia, la imparcialidad judicial, la congruencia y tantos otros temas caros al procesalismo se tendrían en esas sedes.

Si bien los aportes de la *simplicidad pura* han sido trascendentes (llamando *proceso* a una cierta estructura de reparto en la solución de los conflictos y no a cualesquiera de ellas), la inclusión en el Derecho Procesal de todos los *despliegues del propio fenómeno* “proceso” y de los *fenómenos* que le son *conexos* permitirá una comprensión de la *complejidad pura* que, inevitablemente, presenta.

DERECHO, HISTORIA, LENGUA Y CULTURA EN EL PENSAMIENTO DE SAVIGNY

MARIANO G. MORELLI ¹

1. Introducción

En las últimas décadas han crecido los estudios sobre los aspectos lingüísticos del derecho. Sin embargo, generalmente la preocupación se orienta a analizar las normas y los discursos jurídicos a través de las categorías analíticas propias de las ciencias lingüísticas desde una perspectiva a-histórica. Por supuesto, tales abordajes, incorporando al análisis jurídico elementos de semiótica, semántica y sintaxis, resulta de muchísima utilidad para el operador del derecho. Sin embargo, la perspectiva resulta incompleta. Al menos en parte, el derecho nace en el marco de una cultura y como tal implica elementos locales e históricos, irreductibles a categorías perdurables y universales. Por eso es posible considerar al derecho, en parte al menos, como un producto de esa cultura que los pueblos van gestando a lo largo de la historia y que responde a determinada cosmovisión básica, determinado ethos cultural, al igual que su lengua. Cada pueblo desarrolla así su propia lengua, producto de fuerzas naturales, elementos azarosos, influencias humanas difusas y decisiones de sujetos concretos. Y de la misma manera, reconoce un derecho.

Para reflexionar sobre este componente histórico del derecho y sus analogías con el desarrollo de la lengua, nada mejor que partir del pensamiento de un jurista que ha considerado al derecho como la misma expresión del espíritu de un pueblo que se expresa en la costumbre. Se trata de la obra de Federico Carlos von Savigny. Aclaremos, sin embargo, que haremos referencia particularmente a las elaboraciones del autor en el campo de la filosofía jurídica, sin detenernos en otra disciplina de la que es uno de los más grandes maestros, el derecho privado y especialmente el derecho internacional privado.

El tema es oportuno si tomamos en cuenta que hace menos de un año, en el 2004, se realizó en Rosario el Congreso Internacional de la Lengua Española, además de celebrarse los 200 años del Código Civil Francés y 190 años de un escrito clásico de Savigny con el que se opuso a que Alemania siguiese el camino de la codificación emprendido por Francia y otras naciones de Europa.

2. Datos biográficos

En 1814, 7 años antes de la muerte del Emperador Napoleón Bonaparte, un jurista

¹ Docente de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad.

prusiano apellidado Savigny publicaría un trabajo que luego se convertiría en un clásico. Su tesis era sencilla, aunque muy desafiante. En tiempos en los que aún estaba fresco el recuerdo de Napoleón avanzando por Europa llevando consigo su Código y con él las ideas económico-jurídicas de la revolución francesa y del racionalismo de la Ilustración, Savigny sostuvo que el derecho, así como el arte o la lengua, aparece y se desarrolla de una manera gradual y espontánea, sin que ninguna revolución, pensador o legislador sea capaz de alterar sustancialmente su curso y sin que ninguna fuerza diferente del espíritu del pueblo pudiese darle contenido.

Federico Carlos von Savigny nació en Frankfurt el 21 de febrero de 1779 y murió en Berlín el 25 de octubre de 1861. Vivió en un orfanato hasta los 13 años, y a los 16 ingresó a la Universidad de Marburgo, donde recibió la influencia del Profesor Philipp Friedrich Weiss (1766-1808), especialista en jurisprudencia medieval. Siguiendo la moda de la época, Savigny realizó luego estudios en diversas Universidades, como las de Jena, Leipzig y Hall, retornando a Marburgo y doctorándose en el año 1800. En 1803 publicó su *Tratado sobre la posesión* y, fruto de su curso de invierno, la *Metodología Jurídica*. Enseñó como profesor privado derecho criminal y pandectas en Marburgo hasta 1808, en que ocupó la cátedra de Derecho Romano en Landshut. En 1810 fue designado profesor de Derecho Romano en la Universidad de Berlín, de la que fue también rector². Fue Magistrado Judicial, tutor del príncipe heredero de la corona³ e incluso Ministro del Interior de Prusia. De religión protestante, contrajo matrimonio con Kunigunde Brentano, católica, cuñada del poeta Clemens Brentano. En 1814 publicó su alegato contra la codificación titulado *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho*, en 1815 fundó la *Revista para la ciencia del derecho desde el punto de vista histórico*. Entre 1815 y 1831 publicó los seis volúmenes de su *Historia del Derecho Romano en la Edad Media*. En 1845 comienza a escribir su *Sistema de Derecho Romano Actual*, cuyos 8 tomos fueron publicados entre 1840 y 1849. En 1850 publicó una colección de varios de sus escritos, y en 1853 su última obra, *Derecho de las obligaciones*, apéndice del *Sistema*. Su hijo, Carlos Federico Savigny, también estudió derecho, fue magistrado, diplomático, funcionario, y se convirtió al fin de sus días en líder de los parlamentarios católicos en el Parlamento del Imperio Alemán⁴.

Coherentes con el pensamiento de Savigny, nos proponemos exponer sus ideas situadas en su contexto histórico. Ello exigirá un tratamiento sintético sobre el origen histórico del derecho alemán y su situación en la época de Savigny, las ideas jurídicas vigentes en Alemania, el movimiento cultural romántico y la situación particular en la que se encontraba

2 “The Columbia Electronic Encyclopedia”, 6ª. ed., 2003, Columbia University Press, voz SAVIGNY, refiere a que fue el primero rector. Otras fuentes en cambio lo indican como el tercer rector de la Universidad.

3 Encyclopedia Britannica, 11th Edition, 1910, voz SAVIGNY

4 LÖFFLER, Klemens, “The Catholic Encyclopedia”, Volumen XVI, 2003, edición electrónica, voz Karl Friedrich SAVIGNY

el país en su tiempo.

3. La formación del derecho alemán

En los tiempos de la expansión del Imperio Romano, los territorios del este de Europa eran ocupados por diversas tribus germánicas, a las que Roma nunca consiguió someter totalmente, por lo que perduraron en ellos los principios y reglas jurídicas propios de los pueblos de la región: Teutones, Sajones, Anglos, Bávares, Burgundios, Longobardos, Turingios y luego, en la parte occidental, los francos. A fines de la Edad Antigua, comenzaron a avanzar sobre occidente presionadas por la presión de los Hunos desde Asia y dando origen a lo que se conoce como las invasiones bárbaras. Estas tribus emigraban llevando con ellas su propio derecho, que entró en diálogo con el romano dando lugar al llamado “derecho romano bárbaro”. Frente al derecho romano individualista y universalista, defensor de la propiedad privada, el contrato y la potestad individual, el germánico era comunitario, local y más primitivo. Caído el Imperio romano de occidente en el año 476, Europa se desmembra, hasta que un rey “bárbaro”, Carlomagno, es coronado emperador en la navidad del año 800. Si bien Carlomagno unificó en un Imperio a los pueblos germánicos, no les impuso a todos el derecho de los francos ni ningún otro derecho común, sino que permitió a cada tribu conservar el propio, en el que se destacaba la costumbre como principal fuente del derecho. Los diversos pueblos, sin embargo, procedieron a reunir en “códigos”, o más bien recopilaciones, sus costumbres. Más tarde, en el año 973, el lugar del rey de los francos sería ocupado por el rey germánico Otón I, dando origen al Sacro Imperio Romano Germánico.

Con el tiempo fue conformándose en el Imperio un derecho que reconocía una pluralidad de fuentes. Por un lado, el derecho germánico, originario. A él se agregaban las elaboraciones del derecho canónico, dada la confesionalidad cristiana del imperio. Sumose a ello el derecho feudal, producto de la nueva realidad geopolítica. Pero a estas fuentes de ordenamientos debemos agregar otra que tendría con el tiempo una gran importancia y daría lugar a muchísimas controversias: el derecho romano. Roma no había conseguido someter completamente a la Germania y consiguientemente su derecho no había penetrado en ella de manera plena y directa. Sin embargo, durante la Edad Media, el derecho romano había sido recibido, paulatinamente, por dos vías. Por un lado, los Emperadores Germánicos vieron en el derecho compilado por Justiniano en un período absolutista un instrumento para justificar y consolidar su poder, por lo que lo acogieron en muchas de sus disposiciones. Pero la penetración más importante del derecho romano en el Imperio Germánico vino por otra vía, la de la educación. Los estudiantes de derecho de toda Europa concurrían a la Universidad de Bolonia a recibir la mejor formación jurídica de la época. Y cuando retornaban, llevaban consigo las ideas del Corpus Juris de Justiniano tal como les había sido enseñada por los glosadores y los comentaristas. El derecho romano, no siempre fiel a

sus fuentes y transformado por los usos forenses, pasó a ser considerado el derecho común en el Imperio Germánico, aplicable allí donde el derecho local no tuviera una regulación específica. Es decir que el sistema jurídico alemán estaba integrado, al mismo tiempo, por soluciones inspiradas en el derecho germánico, el derecho feudal, el derecho canónico y el derecho romano, reconociéndose además diversas fuentes, no siempre compatibles, en cada uno de ellos. De más está destacar la tensión que existía entre tales fuentes que daban soluciones contradictorias a las mismas cuestiones. Por ejemplo, mientras el derecho romano afirmaba la propiedad privada amplia e indivisible, el derecho germano la reconocía sujeta a obligaciones y restricciones de vecindad admitiendo además la propiedad colectiva de las ciudades y las familias, el derecho feudal sustituía la propiedad por concesiones en usufructo, y el derecho canónico se preocupaba de proteger al poseedor sin derecho. En materia de familia, el derecho romano postulaba amplias potestades del *pater familiae*, mientras el germánico colocaba la familia por encima de su jefe cuyas facultades estaban limitadas por el interés de ésta. El derecho feudal acentuaba los derechos paternos y la primogenitura, y el derecho canónico afirmaba la unidad e indisolubilidad del matrimonio, el buen trato a la mujer y a los hijos. En materia sucesoria el derecho romano tardó le asignó principalmente naturaleza patrimonial haciendo prevalecer el testamento sobre la legítima, pero el derecho germánico concebía la sucesión como una institución con fines morales y familiares y rechazó la sucesión testamentaria. Era así que la misma cuestión podía recibir una u otra solución según la fuente de derecho que se escogiese para inspirarla.

La tensión entre las fuentes estalló de una manera dramática con el famoso caso del molinero Arnold el mismo año que nacía Savigny, 1779⁵. Johann Arnold era un molinero que tenía un vecino aristócrata. Este último había construido un vivero aguas arriba, estancando el curso de agua que hacía funcionar el molino. Arnold recurrió a los tribunales ante este atropello a las relaciones de vecindad. El Tribunal de Cámara Real resolvió la cuestión según el más puro criterio de derecho romano: las facultades del propietario incluyen dar a su cosa el uso que desee sin que pueda ser molestado en el ejercicio de esta facultad, y por ello el aristócrata está en su derecho de hacer cualquier construcción dentro de los límites de su finca. La solución evidentemente, chocaba palmariamente con los principios comunitarios de las costumbres germánicas. Profundamente alterado, el rey resolvió casar la sentencia, dándole la razón a Arnold, y resolvió además destituir y apresar a los jueces que habían rechazado su demanda, condenándolos de manera personal a indemnizar los daños y perjuicios. Al año siguiente Federico II encarga la reforma de la legislación y el dictado de una Ley Territorial común para Prusia, que reemplace al derecho romano, y que entró en vigor en 1794. Esta ley no constituyó en su proyecto un auténtico Código, pues impedía al juez fallar integrando sus lagunas, cosa que se admitió en el texto definitivo. Su estructura y

5 MOLITOR-SCHLOSSER, "Perfiles de la nueva historia del derecho privado", editorial Bosch, Barcelona, 1980, pag. 64

sus soluciones divergen de las que recogería luego la codificación francesa y sus imitadores. En una primera parte la Ley regula los derechos individuales, pero en la segunda parte rige a la persona como parte de una familia (parentesco, sucesión intestada...), como parte de una clase social (agricultores, comerciantes, nobles, burgueses, militares, funcionarios públicos), como parte de corporaciones, como parte de la Iglesia y como parte del estado (incluyendo disposiciones sobre derecho financiero y penal). Es un orden no individualista y que además reúne el derecho público y el privado como dos partes no separables de la persona.

En cambio, en otra parte del Imperio, Austria, se promulgó en 1811 un auténtico Código Civil, inspirado en las ideas de Kant. Este Código conciso, abstracto y general, se apartaba de los vínculos con la historia local, fundándose en criterios universales y necesarios deducidos por la razón, a los que había acudir ante el caso de silencio de la ley, y que prevalecerían sobre los derechos locales.

Vemos entonces la complejidad del sistema jurídico vigente en el Imperio en tiempos de Savigny: superpuestas existían disposiciones del derecho germánico, romano, feudal y canónico, y además, codificaciones muy diversas en su forma y en su fondo en Prusia y en Austria.

4. Las ideas jurídicas en Alemania en tiempos de Savigny

Nos toca ahora detenernos en la consideración del pensamiento jurídico vigente en el Imperio. Dos grandes escuelas jurídicas predominaron en sus territorios durante la Edad Moderna.

Por un lado, la de los **romanistas**. Habían estudiado en Bolonia el derecho romano y estaban admirados del desarrollo científico que había conseguido, especialmente en su compilación justiniana. Lo consideraban la razón misma puesta por escrito (**ratio scripta**). Los romanos habían tenido la virtud de positivizar las mismas exigencias del derecho natural racional y universal. Con ello, se superaba el problema de la relación entre el derecho natural y el positivo: en el romano estaban ambos reunidos, sólo quedaba explicarlo, interpretarlo, sistematizarlo.

Por otro lado, estaba la escuela de los **iusnaturalistas** racionalistas, quienes concebían la existencia de normas de derecho que la razón humana podía extraer de la naturaleza misma dando lugar a un ordenamiento completo, universal y necesario, capaz de regular la vida jurídica de los hombres sin importar donde o cuándo se desarrollara su existencia. Algunos concebían al derecho como las mismas leyes naturales consagradas por la voluntad del estado (Grocio, Pufendorf y Thomasius), otros como el producto de la razón (Leibniz y Wolf).

Ambas escuelas tenían en común la creencia de haber encontrado un derecho racional, universal e intemporal, capaz de regir con utilidad a los pueblos y que como tal debía ser recogido por las leyes.

Sin embargo, el siglo XVIII iba a dar lugar a un movimiento cultural que transformaría profundamente el modo de concebir el mundo y el derecho: el romanticismo. El movimiento romántico tuvo uno de sus epicentros en Alemania, y exaltó lo emocional sobre lo racional, lo local e individual sobre lo universal, lo histórico por sobre lo intemporal. Esta corriente revitalizó los estudios históricos, los intentos por rescatar las bases de las tradiciones medievales y germánicas, las pretensiones de construir una cultura nacional auténtica. Se opuso al racionalismo, y acentuó los sentimientos, las creencias religiosas, las expresiones artísticas y las diversas manifestaciones de la cultura de cada nación y pueblo. Es así que Savigny fue contemporáneo de una serie impresionante de grandes pensadores, filósofos, juristas y escritores alemanes, entre los que contamos a Hegel (con quien polemizó), Fichte (1762-1814), Goethe (1749-1832), Heinrich (1748-1810), Herder (1744-1803), Hölderlin (1770-1843), Jacobi (1743-1819), Schelling (1775-1854), Schiller (1759-1805), Schleiermacher (1768-1834), Schlegel (1772-1829). Todos ellos comparten las características fundamentales de la orientación romántica, predominante en la Alemania de la época.

En este contexto, Savigny será muy influenciado por la obra del profesor Gustav Hugo (1764-1844), precursor de la escuela histórica, para algunos su primer exponente, a quien Savigny cita elogiosamente en varias oportunidades. En su obra *¿Son la leyes las únicas fuentes de reglas jurídicas?* sostiene que el derecho se ha formado en escenarios diferentes al de la autoridad legislativa como la costumbre y el derecho pretoriano. El derecho nace de la sociedad no por imposición de una voluntad sino de manera parecida a lo que sucede con la lengua, creándose lentamente, paulatinamente, de acuerdo con los propios problemas, las propias necesidades y los propios usos del pueblo. El derecho se hace a sí mismo con la mano moldeadora del pueblo. Savigny también elogia la obra de Montesquieu, quien también había identificado la influencia de los factores geográficos y sociales en la ley, por su apertura al estudio histórico de la legislación, aunque anota cierta pobreza de fuentes históricas auténticas.

Es interesante señalar que las ideas románticas que llevaron a un rescate de la historia tuvieron también manifestaciones en otras áreas. Por ejemplo, se desarrolló lo que más tarde se conocería como la Escuela Histórica Alemana de Economía, que rechazaba posibles sistemas económicos universales, indicando que el comportamiento económico y consiguientemente las leyes de la economía son contingentes de acuerdo con sus contextos históricos, sociales e institucionales por lo cual el método económico debía ser necesariamente interdisciplinario, integrando perspectivas de análisis históricas y sociológicas además de las estrictamente económicas⁶. Atacaban las ideas de los economistas clásicos ingleses por pretendidamente

6 Pueden considerarse, en mayor o menor grado, partícipes de la Escuela a Wilhelm G.F. Roscher, 1817-1894, Bruno Hildebrand, 1812-1878, Karl Knies, 1821-1898, Gustav von Schmoller, 1838-1917, Georg Friedrich Knapp, 1842-1926, Ludwig Joseph (Lujo) Brentano, 1844-1931, Ernst Engel, 1821-96, Karl Bücher, 1847-1930, Adolph H.G. Wagner, 1835-1917, Werner Sombart, 1863-1941, Arthur Spiethoff, 1873-1957, Max Weber, 1864-1920, Alfred Weber, 1868-1958, Karl Polanyi, 1886-1964.

universales y cosmopolitas.

5. La historia próxima

Ahora bien, si nos remitimos a la historia más próxima a su obra, no podemos soslayar que tocó a Savigny asistir a sucesos que conmovieron profundamente a Alemania. Vivió su período de formación bajo la amenaza de Napoleón, que en 1806 había tomado Berlín, amenaza que, unida al ejemplo del pueblo francés y al triunfo prusiano final, sirvió de motor para las ideas románticas. En 1814, con la derrota de Napoleón por las potencias, asistió a la Restauración del Antiguo Régimen. Federico Guillermo III de Prusia, junto con otros monarcas se reunieron en el Congreso de Viena (1814-1815), que reemplazó el Sacro Imperio Romano Germánico de más de 240 estados por la Confederación Germánica de 39 Estados representados en la Dieta de Frankfurt.

El triunfo sobre Napoleón exaltó el espíritu alemán. Mientras algunos proponían para el mejoramiento de Alemania la adopción del Código Civil francés que había regido bajo el dominio de Napoleón en parte del territorio imperial, otros calificaban de traición a esta tesis y en cambio proponían retornar a un derecho puramente nacional rescatando las antiguas costumbres germánicas, o confeccionando un código propio elaborado sobre tales tradiciones, sobre el derecho romano o sobre los dictados de la razón. Thibaut, por ejemplo, planteaba la necesidad de un código alemán como manifestación de la grandeza nacional frente al enemigo francés.

Savigny participará de esta polémica que dará a su obra su particular configuración.

6. El pensamiento jurídico de Federico von Savigny

Si quisiéramos sintetizar las ideas de Savigny en un solo párrafo, diríamos que consideraba que el derecho de un pueblo es, como su arte y su lengua, producto de su espíritu y consiguientemente no podía ser impuesto desde el exterior. Por tal razón se opuso a la idea de brindar una codificación al derecho alemán de su tiempo pues consideraba esta idea como una arbitraria interferencia en el desarrollo natural de la conciencia nacional que no tenía vocación ni estaba preparada para producir tal codificación. Ahora bien, esta insistencia en la historicidad del derecho como expresión del espíritu del pueblo es siempre acompañada por la afirmación de la necesidad de dar al derecho un carácter científico presentándolo como un sistema orgánico donde sus partes están interconectadas y adquieren sentido en relación con el todo. Elemento **histórico** y **sistemático** son las dos ideas fuerza de su concepción jurídica.

Sobre la primera, la idea **histórica**, ilustra muy bien la presentación que escribió Savigny en 1815 para el primer número de la *Revista para la ciencia del derecho desde el punto de*

vista histórico, la que sería en adelante el principal órgano difusor de la escuela. Intenta en ella una justificación del por qué elegir una revista, y no un libro, para presentar las ideas de la escuela; cosa poco común en la época, y más aún si tomamos en cuenta que la revista, por su estilo y sus temáticas, no apuntaba a un auditorio de juristas. Manifiesta allí su pretensión de que la reflexión sobre las cuestiones jurídicas no se limite a un conjunto de juristas selectos, sino que pueda abarcar a un público más amplio. Además, expresa que las ideas transmitidas en la revista pueden transformarse, con el tiempo, en planteos más completos que podrán traducirse en libros.

Comienza el autor su presentación indicando que podían identificarse en su época dos maneras fundamentales de cultivar la ciencia del derecho. *“Una de estas dos escuelas ha sido bastante caracterizada con el nombre de histórica; para la otra, en cambio, es difícil encontrar un nombre positivo, pues no siendo una sino en su oposición a la primera, aparece, fuera de esto, con las más diversas y contradictorias formas, y ora se anuncia como filosofía o derecho natural, ora como la sana razón común. A falta, por tanto, de otra expresión, la llamaremos no histórica”*⁷. Sensible a las perspectivas filosóficas, anota sin embargo que resulta imposible comprender la antítesis entre estas corrientes si no se las aborda desde una perspectiva más general, que abarca todas las cuestiones humanas, y en particular todo lo que hace a la constitución de los estados. El problema general radica en preguntarse *“¿qué relación existe entre el pasado y el presente, entre el ser y el devenir?”*.

Al respecto, indica Savigny que para una posición, que llama *“egoísmo histórico”*, cada edad produce libre y arbitrariamente su vida y sus instituciones, con éxito o sin él, en la medida de su inteligencia y fuerza. Esta concepción aísla al individuo del estado, y al presente del pasado. Si bien puede abordar el estudio del pasado, lo hace sólo para aprender los resultados obtenidos por la propia conducta, como una colección de hechos y ejemplos. Frente a ello postula el autor que *“no se da ninguna existencia humana completamente individual y separada; antes bien, aquello que puede ser considerado como individual, ha de mirarse, por otra parte, como miembro de un todo superior. Así, es necesario considerar a cada individuo, al mismo tiempo que como tal, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado; cada periodo de la historia de un pueblo como la continuación y desarrollo de las edades pasadas... No crea cada tiempo de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con todo el pasado”*⁸. La historia deja de ser una mera colección de ejemplos, para convertirse en el único camino para el conocimiento de un pueblo y sus productos culturales.

Esta antítesis entre la posición que aísla al individuo de la comunidad y al presente del pasado, y la otra que solo comprende al individuo como integrado en una comunidad y al

7 SAVIGNY, Federico, Presentación de la “Revista para la ciencia del derecho desde el punto de vista histórico”, 1815, número 1, pág. 1.

8 SAVIGNY, Federico, “Presentación” cit., pág. 2.

presente como continuidad de un pasado, tiene sus repercusiones en el campo de la ciencia jurídica. Mientras *“la escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia”* y *“cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna”*, la *“escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico”*⁹. En el caso de Alemania, considera Savigny que resulta importante profundizar en el cultivo de la historia del derecho romano y del derecho germánico.

Pero no se trata de apegarse al pasado con una ciega y excesiva estimación que mutile las fuerzas del presente. *“Se ha afirmado recientemente que el derecho romano es el principal y más importante que se ha descubierto, y que el mérito de los modernos consiste más bien en la elección entre las opiniones y teorías reunidas ya, y a lo sumo en haberlas apoyado con nuevas razones, que, sin embargo, están las más de las veces inspiradas en las de los antiguos (Jahrbueb: Heilderberg, 1815 -Anales de Heidelberg-, cuaderno 2º, pp. 110 y 157). Si así fuese, la ocupación en un oficio mecánico, donde nunca faltará ciertamente ocasión para propias y nuevas creaciones, nos parecería mucho más digna de un hombre de talento que nuestra ciencia... la relación de una era literaria con el pasado, se parece a la que debe unir a un hombre de buena voluntad con sus contemporáneos: reconoce con gusto el mérito ajeno y tiene espíritu abierto y entusiasta admiración para toda obra grande, pero con un seguro y tranquilo sentimiento de la propia vocación”*¹⁰.

Discípulo de Savigny fue Jorge Puchta (1797-1846). Éste se ocupó de profundizar la idea de la personificación del *volksgeist*, en algo diferente a la suma de las conciencias de las personas que componen el pueblo. De esta forma el espíritu del pueblo toma cuerpo y se convierte en algo concreto, apreciable y estudiable como un todo objetivizado. Savigny dirá al respecto que *“el pueblo como un ser individual, sujeto natural y persistente del derecho positivo, no debe restringirse a la reunión de los individuos existentes en una misma época; débese, por el contrario, considerar al pueblo como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que entrelaza el presente con el pasado y el porvenir... Esto explica por qué el derecho no depende de la existencia de los individuos, porqué las reglas se mantienen y se verifican las transformaciones en aquél”*¹¹.

9 Idem., pág. 2.

10 Idem., pág. 3.

11 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Tomo I, & 8. Utilizamos traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, editorial Góngora, Madrid, 1962.

En este contexto se comprende que la ciencia jurídica no debe pretender presentar soluciones jurídicas de validez universal e intemporal, sino que *“el objetivo de la ciencia jurídica es presentar históricamente las funciones legislativas de un Estado”*¹² En la *Metodología Jurídica* insiste en la necesidad de realizar, antes de la elaboración sistemática o científica, una elaboración histórica de la jurisprudencia, pues *“mucho no se puede comprender sin cierto conocimiento histórico previo... pues toda legislación es poco más o menos el resultado de la historia anterior de la legislación. Justiniano nunca tuvo la intención de hacer un código propio, sino de formar una mera compilación del rico material existente”*¹³. La historia del derecho permitirá sobre todo la investigación de las fuentes sobre las cuales construir la ciencia jurídica. *“Aunque en todo método hay además de lo individual algo de la época, así también en la jurisprudencia mucho se debe a la época, y viceversa”*¹⁴.

Sin embargo, su reacción contra el racionalismo no excluyó la admisión del abordaje sistemático del Derecho, sobre cuya necesidad insistió en su obra juvenil *Metodología Jurídica*¹⁵. Allí escribe que *“Cada uno tiene un método, mas en pocos ha llegado a ser una conciencia y un sistema. Pero el método es llevado a un sistema por el hecho de que pensamos que una ciencia es acabada conforme a las leyes propias a su naturaleza o conforme a un ideal de ésta. Sólo su contemplación nos conducirá a un método correcto”*¹⁶. La ciencia legislativa es por un lado una ciencia histórica, entendiendo por saber histórico *“el saber de algo objetivamente dado”*¹⁷, pero al mismo tiempo es ciencia filosófica en cuanto se construye sistemáticamente. Y ambas perspectivas, histórica y filosófica, deben unirse siendo totalmente históricas y filosóficas a la vez, lo que se logra al *“concebir el sistema como en progreso constante y relacionarlo todo con él (historia interior del derecho), y no sólo elaborar cuestiones aisladas del derecho”*¹⁸. Por eso su última y más importante obra será, justamente, un **Sistema de derecho romano actual**. Para elaborar científicamente la jurisprudencia, arribando al sistema, propone Savigny una serie de pasos. Primero, el desarrollo de los conceptos contenidos en cada principio particular del derecho, dando definiciones y haciendo las clasificaciones necesarias. Luego es necesario ordenar los principios del derecho y presentarlos en su vinculación interna.

En relación con las fuentes del derecho, tema esencial en el pensamiento de Savigny, podemos identificar una evolución. En su juvenil *Metodología Jurídica*, privilegió a la ley como fuente del derecho, limitando la tarea judicial a la reconstrucción del pensamiento

12 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 1. Utilizamos traducción de J.J. Santa Pinter, ediciones Depalma, Bs. As., 1979, pág. 1.

13 Idem., pág. 30.

14 Idem., pág. 1.

15 Sus propuestas metodológicas son analizadas con cierta profundidad y crítica por Larenz, Karl, “Metodología de la ciencia del derecho”, editorial Ariel, Barcelona, 1980, pág. 32 y ss.

16 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 4.

17 Idem., pág. 7.

18 Idem., pág. 11.

expresado en la misma ley buscando lo que podía hallar en sus palabras según su sentido lógico, gramatical y el que se infiere de la conexión sistemática de esas normas existentes en el tiempo¹⁹. La ley era vista como una necesidad del estado colocando algo objetivo entre los individuos que limite el dominio de la arbitrariedad entre ellos, de este modo *“no es la arbitrariedad del juez, la que decide sino la ley misma; el juez reconoce tan sólo las normas y las aplica al caso particular”*²⁰. De allí que *“la ley tiene que ser objetiva, esto es, expresarse directamente; por ello todas las premisas de la interpretación deben hallarse en la ley misma o en conocimientos generales (por ejemplo, conocimientos del lenguaje de la época). La interpretación se hace fácil si el intérprete se coloca en el punto de vista de la ley, y, mas tan sólo si en ese punto de vista es conocible mediante la ley misma. Se dice generalmente que en la interpretación todo depende de la intención del legislador, pero esto es verdad a medias, porque depende de la intención del legislador en cuanto ésta aparece en la ley”*²¹.

En su etapa de madurez, en cambio, asume posiciones más flexibles sobre la interpretación legal, llegando a reconocer la interpretación extensiva o restrictiva de las normas que antes había rechazado, pues sostuvo que la ley era resultado del pasado de la nación, disposición que con el tiempo debía ser examinada, rejuvenecida y mantenida como consecuencia de una necesidad interna de la regulación social. De allí que no podía concebirse a la ley como la única fuente originaria del Derecho, sino que era del espíritu del pueblo de quien emergían las normas de Derecho, y de donde debía captarse, formular las instituciones jurídicas y regular las relaciones sociales que ante sí se presentaban. El Derecho Consuetudinario aparece así como fuente formal, que puede incluso derogar la ley.

Tales ideas fueron expuestas primero en sus obras coyunturales vinculadas a la codificación del derecho civil en Alemania, y luego de manera más orgánica en su *Sistema de Derecho Romano Actual*. En esta obra consigue lo que había proyectado como necesario para Alemania: exponer el derecho común, vigente en su patria, bajo la forma de un sistema, que permita comprender la interconexión entre sus instituciones. En el título de la obra están sintetizadas, en gran medida, sus ideas. Expone un sistema, es decir, una estructura orgánica de los principios jurídicos. Un sistema basado en el derecho romano, que era el receptado por Alemania desde hacia varios siglos. Pero no con la intención del historiador de exponer un derecho caduco, antiguo, sino con el propósito práctico de presentar tal derecho tal como en el momento de su exposición estaba vigente en la tradición viva del derecho alemán, dejando de lado disposiciones o instituciones romanas que se hayan perdido en la historia. *“Esta doctrina, en su aplicación particular al derecho romano, no le reconoce, como a menudo se piensa, una autoridad sin límites; sino que estudia el conjunto del derecho moderno,*

19 Idem., pág. 1.

20 Idem., pág. 7. Desorienta un poco cuando agrega que “estas normas son establecidas por la ciencia del derecho” en lugar de decir por el legislador...

21 Idem., pág. 14.

a fin de descubrir y de fijar todo lo que tiene un origen romano cierto, para evitar que, inconscientemente, seamos por él dominados; después, descomponen el elemento romano, y si alguna de sus partes, muertas en realidad, no conservan más que la apariencia de la vida, la elimina, abriendo así un campo más libre al desarrollo y a la acción saludable del elemento existente"²².

En las primeras páginas del *Sistema de derecho romano actual* Savigny se ocupa de las fuentes del derecho, poniendo de manifiesto sus principales ideas iusfilosóficas. *"Denominamos fuentes del derecho a las causas de nacimiento del derecho general"*²³ y al respecto precisa que *"si preguntamos por el sujeto en el que y para el que el derecho positivo tiene su existencia, lo encontramos en el Pueblo. El Derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo, y por ello habremos llamarlo Derecho del Pueblo... Se trata del espíritu del pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa y que produce el derecho positivo. El mismo es, por ende, para la conciencia de cada individuo no casual sino necesariamente un solo derecho"*. Ello no significa, de todos modos, una uniformidad jurídica absoluta, ya que *"en el seno mismo de las naciones, cuya unidad es menos dudosa, se encuentran algunas veces ciertas subdivisiones... que sin estar desligadas de la nación, tienen sin embargo una existencia individual y distinta. Dentro del círculo de estas subdivisiones pueden formarse derechos particulares, que se colocan al lado del derecho común de la nación, y sirven para modificarlo y completarlo"*²⁴. En su devenir, este Derecho del Pueblo se manifiesta primariamente en la costumbre, pero cuando la cultura se hace más heterogénea y preponderante, *"llega a ser más difícil la producción del derecho que descansaba en la comunidad de la conciencia. Es más: desaparecería finalmente por completo, si en su lugar y por la influencia de las mismas nuevas etapas no se desarrollaran nuevos órganos: la legislación y la ciencia jurídica"*²⁵.

La costumbre es manifestación del derecho del pueblo, no es este mismo derecho. *"Si se contemplan los verdaderos fundamentos de todo derecho positivo, el núcleo inmutable del mismo, se llega al resultado de que la anterior doctrina invierte la verdadera relación de causa y efecto. El fundamento tiene su existencia y realidad en la conciencia del Pueblo. ¿Mediante qué medios podemos conocer esta existencia invisible? La conocemos en cuanto se evidencia en actos exteriores, en cuanto se patentiza en usanzas, hábitos, costumbres. La uniformidad de una conducta continuada y duradera nos revela como su raíz común, opuesta al mero azar, la convicción del Pueblo. La costumbre es, por tanto, el síntoma del derecho positivo, pero no su causa de nacimiento"*²⁶. Pero además de ser su síntoma, la costumbre es causa productora concomitante del derecho del pueblo, dándole una mayor

22 SAVIGNY, Federico, "Sistema de Derecho Romano Actual", Introducción, Tomo I, pág. 44.

23 Idem., Tomo I, & 6.

24 Idem., Tomo I, & 8.

25 Idem., Tomo I, & 6.

26 Idem., Tomo I, & 12.

consistencia. En este sentido alude a la acción productora concomitante de las formas simbólicas de los negocios jurídicos y las sentencias de los tribunales populares. Ahora bien, solo quienes contemplan el derecho desde fuera deben recurrir a la costumbre como forma de manifestación, *“puesto que para los miembros no es necesario desprender el derecho de los diferentes casos de la práctica, siendo su conocimiento inmediato y descansando sobre la intuición”*²⁷. En otro lugar amplía esta idea. Así como la lengua es extraña al extranjero y requiere de él un conocimiento mediato mientras que ello no ocurre para quien pertenece al círculo de la comunidad, lo mismo ocurre con el derecho. Pero aún, *“en la comunidad misma donde nace el derecho consuetudinario debemos distinguir dos clases de personas: las unas iniciadas, las otras extrañas al conocimiento común del derecho, y todas sometidas al imperio de la costumbre”*²⁸.

Savigny concibe a la ley como el derecho positivo encarnado en el lenguaje y provisto de valor absoluto²⁹. Su contenido está ya determinado por la anterior deducción del poder legislativo, es el derecho del pueblo ya existente o, lo que es lo mismo, la ley es el órgano del Derecho del Pueblo, y esto con indiferencia de la forma de gobierno adoptada. Sin embargo, la ley no posee un papel inferior a la costumbre, sino que tiene una influencia importante como auxilio complementario del derecho positivo; y también como apoyo de su continuo progreso. En situaciones históricas que no son favorables a la producción del derecho por la conciencia común del pueblo, interviene el legislador a fin de evitar la incertidumbre de los períodos de transición o procediendo a una modificación necesaria corroborándola con la fuerza del derecho escrito, resistente y en todas partes visible.³⁰

Ahora bien, como manifestaciones comunes del derecho del pueblo, una ley puede ser sustituida por una costumbre posterior.

Este derecho del pueblo, primariamente expresado en la costumbre y acompañado por la legislación, encuentra en una parte especial del pueblo, los peritos del derecho, una continuación y desenvolvimiento particular, dando origen al derecho científico. *“Los juristas despliegan, por tanto, una doble actividad; una actividad material por concentrarse en ellos principalmente la producción jurídica del pueblo, la que practican continuamente como representantes de la totalidad; y una actividad formal, puramente científica por llevar a la conciencia y exponer científicamente el derecho”*³¹. El peligro de la redacción de un código completo radica en que petrifica el resultado temporal de este enfoque formal sustrayéndolo de la purificación natural y de su dignificación por medio del desarrollo científico progresivo³².

Savigny sintetiza estas ideas afirmando que primitivamente todo derecho positivo –

27 Idem., Tomo I, & 12.

28 Idem., Tomo I, & 30.

29 Idem., Tomo I, & 13.

30 Idem., Tomo I, & 13.

31 Idem., Tomo I, & 14.

32 Idem., Tomo I, & 14.

consuetudinario- es derecho del pueblo, colocándose la legislación en función complementaria y de asistencia; pero cuando por el desarrollo progresivo del pueblo, a la legislación se añade la ciencia jurídica, el derecho del pueblo se halla provisto de dos órganos: la ley y la ciencia; aunque en tiempos tardíos la fuerza productora del derecho disminuye en la totalidad del pueblo³³.

6. Savigny y la polémica sobre el dictado de un Código Civil alemán

Tocó a Savigny intervenir en la polémica sobre el dictado de un código civil único para toda Alemania. Frente a él, algunos autores como Thibaut proponían la redacción de un Código Civil alemán, inspirado en el derecho nacional alemán con influjo de ideas del jusnaturalismo racionalista pero que intentaba recoger también el componente histórico del derecho excluyendo la influencia que había tenido en Alemania el derecho romano, que Thibaut estimaba ajeno al sentir alemán. Consideraba que tal codificación daría seguridad al derecho, simplificaría su enseñanza en las Universidades y su aplicación en los tribunales, y consolidaría la unidad del pueblo alemán frente a la diversidad de sus costumbres locales. Permitiría dar un sentido más útil a los estudios históricos que enredarse en minucias complicadas y dar cabida también al estudio histórico del derecho comparado. Por eso reclamaba un *“código simple correspondiente a nuestro sentir nacional, redactado en el enérgico lenguaje patrio”*³⁴. *Otros proponían en cambio modelos más asimilados al Código Francés de 1804.*

Savigny rechaza la idea de la codificación, por razones coyunturales y por razones de fondo. Las razones coyunturales tienen que ver con su inoportunidad. Consideraba que la ciencia jurídica alemana no había sido elaborada en grado suficiente como para proceder a una codificación, no tenía vocación ni estaba a la altura de semejante empresa. El derecho es el espíritu del pueblo, y el espíritu del pueblo alemán no estaba maduro para darse un Código que no fuera una mera, dañina e infructuosa imposición artificial. Retrata en varias páginas lo que ocurrió en Francia, donde se dictó un Código merced a un trabajo apresurado que lo hizo lleno de imprecisiones, y además empobreció la ciencia jurídica limitándola a comentarios del texto. Propuso por eso que en lugar de ocupar esfuerzos en confeccionar y sancionar un Código las energías debían enfocarse hacia la construcción del sistema científico del derecho romano vigente en Alemania, cosa que no se había hecho aún, y que más adelante podía sentar bases que hagan oportuna alguna codificación. En cuanto a razones más de fondo contra la codificación, anota en otros pasajes el peligro de que signifique una petrificación del

33 Idem., Tomo I, & 15.

34 THIBAUT, Anton, “Sobre la necesidad de un derecho civil común para Alemania”, publicado completo y traducido en La Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al estudio del proyecto de 1936, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1940, pág. 41.

derecho y un obstáculo a su permanente desarrollo y evolución. Sintetizando sus desarrollos, el mismo Savigny escribió que *“no estamos para nada preparados para hacer un código semejante, la vida científica del derecho sufriría una decadencia y semejante código para su aplicación debería rodearse de una impenetrable secuela de usos judiciales o doctrina judicial, llámesela como se quiera, que al final será la que verdaderamente predominará”*³⁵.

7. Valoración de la obra de Savigny

La figura de Savigny ocupa un lugar importante en la mayoría de las obras de derecho. En particular, destacan como aportes permanentes sus elaboraciones en torno a la interpretación y los cuatro elementos de la misma, histórico, gramatical, lógico y sistemático. Sus ideas sobre la ficción para explicar la persona jurídica. La estructura de su obra sirvió de base a la división pentárquica del derecho civil: derecho de personas, familia, sucesiones, cosas y obligaciones. En Derecho Internacional Privado, sus desarrollos de la extraterritorialidad del derecho lo muestran como uno de los fundadores de la rama. En el marco de los derechos reales, sus teorías sobre la posesión son materia de permanente cita y referencia.

En cambio, sus ideas sobre la historicidad del derecho han resultado más bien polémicas. Algunos autores de filosofía del derecho ni siquiera lo citan entre los principales exponentes de la disciplina, pero son los menos. La mayoría de las obras sistemáticas de filosofía del derecho hacen referencia a sus aportes.

Vamos a referirnos especialmente a las ideas iusfilosóficas de Savigny que más se han recogido y las que más se han cuestionado, aprovechando en cada caso para hacer nuestras anotaciones sobre la cuestión.

Es común encontrar una valoración positiva del rescate que realiza Savigny del componente histórico del derecho y su atención al dato empírico, olvidados por el normativismo racionalista. Creemos nosotros que también deben destacarse el sentido nacional y la contextualización cultural del fenómeno jurídico. En cambio, se ha cuestionado su obra por la ausencia de valoraciones en términos de justicia y la identificación de la explicación histórica con la justificación jurídica, por la falta de comprensión del papel de los individuos y de las elites en la conformación del derecho, por el fatalismo de sus ideas sobre la historia del derecho en la que la libertad y decisión humana pareciera no tener lugar, el recurso a nociones bastante oscuras y confusas, el desconocimiento de principios jurídicos capaces de trascender el hecho histórico del derecho positivo, y por cierta inconsecuencia entre su método y sus propias propuestas jurídicas. Nosotros agregaríamos también cierta

35 SAVIGNY, Federico, “Opiniones a favor y en contra de los códigos nuevos”, publicado completo y traducido en La Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al estudio del proyecto de 1936, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1940, pág. 73, y SAVIGNY, Federico, “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho”, ed. Heliasta, Bs. As.

indeterminación acerca del carácter descriptivo y/o prescriptivo de muchos de sus juicios. De todos modos, vale la pena indicar que si nos atenemos a Savigny y no a otros exponentes de la escuela histórica, estas críticas deben ser bien matizadas dado que, probablemente por su condición de jurista práctico que ha ejercido la profesión de magistrado, sus ideas resultan generalmente muy moderadas y equilibradas. Abordemos con mayor profundidad tales aportes y cuestionamientos.

a) El componente histórico del derecho

En tiempos de Savigny el derecho era pensado como el producto a-histórico de la razón humana. Savigny recordó que tiene importantes componentes históricos, que se desenvuelve en la historia fuera de la cual no puede ser explicado y comprendido adecuadamente. Todo estudio a-histórico del derecho resulta así incapaz de brindar un conocimiento adecuado de éste y toda propuesta jurídica que pretenda desvincularse de la historia será siempre imperfecta.

Heidegger, en sus *Conferencias sobre la Universidad Alemana*, reconoció a Savigny como uno de los artífices del apogeo de tales instituciones educativas durante el siglo XIX, ya que “*el pensamiento histórico logró entrar en las ciencias del derecho y en las ciencias del estado por Niebuhr y, sobretudo, por Savigny. Por eso, ésta [última] se vio obligada a convertirse en un pensamiento radical y vivo de cuestiones acerca del espíritu de un pueblo, la educación de las leyes y el estado. Savigny demostró que el derecho no surge sólo, ni preponderantemente del pensamiento normativo formal de la legislación [Gesetzgebung], sino tal como el lenguaje [lo hace] con el espíritu comunitario de los pueblos, con sus creencias y costumbres*”³⁶.

Desde el iusnaturalismo tomista se ha reconocido la importancia de la escuela histórica en cuanto: “1) *Contrarrestó los excesos del iusnaturalismo racionalista.* 2) *Fomentó los estudios sobre la historia del derecho.* 3) *Impulsó el método histórico en el estudio del derecho*”³⁷.

b) El sentido nacional y popular del derecho y su contexto cultural

Además de lo anterior, destaca Savigny el derecho positivo es producto de hombres que viven en una nación y que comparten determinada cultura, de la que aquél es una de las principales manifestaciones. De este modo, no será inocua la imposición a un pueblo un

36 HEIDEGGER, Martin, “La Universidad Alemana. Dos conferencias para los cursos de extranjeros en la Universidad de Friburgo”, 15 y 16 de Agosto de 1934, traducción de Breno Onetto M., Playa Ancha, Febrero 2001, www.philosophia.cl

37 TALE, Camilo, “Apuntes de Historia de la Filosofía del Derecho”, mimeo, Córdoba, 1985, pág. 204.

derecho positivo que no congenie con su historia y no sea asimilable por sus peculiaridades nacionales y culturales. Ahora bien, este sentido nacional y cultural del derecho no significa un postulado xenofóbico o etnocéntrico. Acentuó lo nacional, pero no de modo excluyente negando toda ingerencia positiva de elementos extraños que van siendo asimilados por el espíritu del pueblo (como el derecho romano en Alemania). *“Acaso creerán muchos, que continuar tomando el derecho romano como medio de perfeccionar nuestra jurisprudencia, es prescindir del espíritu del siglo y de la nación; que siguiendo semejante camino no podemos hacer más que imitar imperfectamente, o más bien reproducir, la obra de los romanos y que sería más noble empresa proclamarse independientes y reservar nuestros esfuerzos para una obra original... Sin embargo, un orgullo mal entendido, o el interés de nuestra comodidad, no deben hacernos desatender un socorro, que no podía suplir toda la energía de nuestros esfuerzos”*³⁸.

Se ha señalado también el acierto de Savigny al sostener que el derecho responde o debe responder, en alguna medida, a las convicciones y aspiraciones de la comunidad. Bodenheimer³⁹ indica que *“ninguna autoridad puede, a la larga, imponer reglas contrarias a la necesidad social de la época y el lugar”* y además que *“para funcionar con éxito, la administración de las normas de conducta exige un cierto grado de cooperación y apoyo por parte de la comunidad a la que se imponen las normas”*⁴⁰. Acierta también al tomar en cuenta que no puede negarse influencia jurídica de los factores nacionales y raciales. Las cualidades de los juristas romanos eran producto de su característica nacional. Por eso parten del caso concreto, pero desde él se elevan al caso general (a diferencia de los anglosajones, que dejan muy en la penumbra la regla general); y tenían aprecio por la tradición pero sin aversión al cambio, y por lo concreto pero sin rechazar lo formal. En los franceses, en cambio, hay mayor disposición sistemática y simétrica. Tales diferencias se ven en el derecho, en los jardines, en la administración del gobierno en los diversos países.

También en relación con la gestación gradual del derecho se ha destacado el mensaje de Savigny en cuanto a la necesidad de evitar el apresuramiento legislativo⁴¹.

c) La atención al dato empírico

Carlos Cossio se refiere en varias oportunidades de manera positiva hacia Savigny⁴², rescatando su pretensión de conocer al derecho como verdad empírica, tal cual es⁴³, y de

38 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Prólogo, Tomo I, pág. 50.

39 BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del Derecho”, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

40 Idem., pág. 110.

41 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, 2ª. Ed., editorial Bosch, Barcelona, 1961, pág. 109.

42 COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del derecho”, 2ª. ed., editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1964.

43 Idem., pág. 20.

darle un estatuto científico⁴⁴, aunque lamenta que éste haya perdido la ruta al abandonar el realismo merced a su gnoseología historicista⁴⁵. Escribió que “*el mérito más destacable de Savigny consiste en señalar que el jurista debe ir a la experiencia jurídica temporoespacial, si quiere conocer el derecho*”. Por nuestra parte, creemos que la remisión al dato empírico se ve empañada en Savigny por dos factores: la falta de fundamento metodológico que permita trascender lo meramente circunstancial para arribar a elementos permanentes en el fenómeno jurídico, y la remisión a ideas nada empíricas como la de un subjetivado “espíritu del pueblo” que más que el realismo nos recuerda la tesis idealista hegeliana de la idea que se manifiesta en la naturaleza y en la historia.

Veamos ahora las críticas de las que puede ser y ha sido objeto la obra de Savigny:

a) Carácter descriptivo o prescriptivo de las afirmaciones

Una primera cosa que se hecha de menos en Savigny es la falta de definición acerca de la medida en que sus tesis sobre el origen del derecho y su carácter histórico y nacional como expresión del espíritu del pueblo tiene carácter descriptivo o solamente prescriptivo. El derecho siempre es producto del espíritu del pueblo de acuerdo con su manifestación nacional e histórica, o en cambio, el derecho debe producirse por o de conformidad con el espíritu del pueblo que va a ser regido por éste. Savigny no trae definiciones sobre este punto. A veces explica los temas como describiendo lo que ocurre. Otras veces, en cambio, hace propuestas y alega a favor de que la producción del derecho se condiga con el espíritu del pueblo. Sus comparaciones entre el derecho y la lengua hacen pensar que sus tesis son descriptivas. Ahora bien, si por sí mismo el derecho es producto del espíritu del pueblo, entonces resultaría imposible que un estado tuviese un derecho que contravenga su espíritu, que es justamente lo que temía que ocurriese si Alemania dictaba un código civil uniforme. Como explicación descriptiva del origen del derecho, creemos que la posición de Savigny es incompleta y no puede generalizarse. Como explicación prescriptiva, creemos que debe rescatarse la necesidad de que exista cierta adecuación entre el derecho positivo y la sociedad que va regir.

b) Ausencia de valoración del derecho en términos de justicia

Es cierto que Savigny no negó propiamente que fuese posible valorar en términos de justicia el derecho positivo, ni negó que existiesen principios jurídicos que se encuentran más allá de un derecho histórico concreto y que permiten cuestionarlo. Tampoco enseñó que con la explicación histórica estuviese ya finalizado todo el análisis jurídico. Pero sí es cierto que

44 Idem., pág. 628.

45 Idem., pág. 133.

en su obra las valoraciones axiológicas o dikelógicas del derecho están totalmente ausentes, y que si bien en sus últimos trabajos admitió una finalidad trascendente en el derecho –que identificó con los principios del cristianismo–, tal finalidad no es utilizada para juzgar el derecho positivo, ni se le reconoce ningún carácter jurídico ni ninguna influencia para la tarea jurídica, sea la interpretación, la elaboración, o la aplicación del derecho. También es cierto que admitió que en los derechos históricos hay elementos específicos de cada pueblo y elementos comunes a todos los pueblos, pero estos elementos comunes son enunciados como parte del mismo derecho positivo y no como criterios que permitan cuestionarlo.

En síntesis, aunque Savigny no enseñó expresamente que la explicación histórica, se identifique con el análisis del mismo en términos de valor, es decir, que basta al jurista el comprender un derecho concreto teniendo en cuenta la historia y los factores que le dieron origen, tal identificación resulta consecuencia natural del método elegido tal cual fue aplicado por el mismo autor, que en ningún momento hace análisis de justicia sino solo explicaciones históricas. En terminología de Goldschmidt, diríamos que su planteo es bidimensional, socionormológico, pero está casi totalmente ausente la perspectiva dikelógica. Por eso podríamos enrolar a Savigny entre los iuspositivistas o negadores de la existencia de un auténtico derecho suprapositivo o natural.

La ausencia en su obra de valoraciones de justicia la hace para algunos un tanto desconcertante en algunos puntos. Así, polemizando sobre el dictado de un Código civil uniforme para Alemania, pone como ejemplo de disposiciones que se querrían imponer por imperio de la razón pero que rechaza como contrarias al espíritu del pueblo alemán la igualdad de derechos entre cristianos y judíos, la introducción del casamiento civil en lugar del eclesiástico, y la admisión del divorcio por pedido de los cónyuges. Savigny rechaza como contrarias al espíritu del pueblo tales pretensiones. En los primeros dos casos, omite todo análisis de justicia. Solo al rechazar la tercera solución hace una valoración pero de utilidad política, que no está vinculada con el “espíritu del pueblo”. Así, rechaza la igualación jurídica de alemanes y extranjeros, judíos y alemanes, porque *“la destrucción de toda distinción sería totalmente antinatural. Es verdad que los judíos son y quedarán para nosotros, de acuerdo a nuestra íntima esencia, extraños, y si quisiéramos ignorarlos llegaríamos a la más desgraciada confusión de conceptos políticos. No hay duda que la equiparación civil y política, por más que surgiese de una inspiración humanitaria, nunca pasaría de ser pura beneficencia, pues sólo podrá servir para mantener tal como es la infeliz existencia nacional de los judíos y, con toda probabilidad, la empeoraría”*⁴⁶. En cambio, la admisión del matrimonio civil es cuestionada por *“el efecto que produciría en el país alemán donde nunca hubiese estado en vigor el Code y cuyos habitantes no hubiesen conocido otro casamiento sino el eclesiástico”*. Y una admisión amplia del divorcio se rechaza, por cuanto *“la experiencia en esta materia ha demostrado –pues de experiencia se trata– que donde*

46 SAVIGNY, Federico, “Opiniones a favor y en contra de los códigos nuevos” cit., pág. 76.

rige el divorcio libre, muchos matrimonios se contraen con suma ligereza, teniendo en vista aquélla circunstancia”.

La marginación de los elementos dikelógicos se advierte también cuando al tratar de la integración del derecho, Savigny admite la autointegración mediante los principios existentes admitiendo el recurso al derecho natural pero concebido como “*un resultado general de la legislación positiva global*”⁴⁷.

Sin embargo, el mismo autor reconoce que a veces existen criterios superiores para valorar el derecho de un pueblo. Sus asertos al respecto quedaron en segundo plano durante su polémica contra el racionalismo jurídico⁴⁸, pero refiere a ellos en sus obras más maduras, radicándolos en los principios del cristianismo. De todos modos, como dijimos, no se reconocen a estos criterios carácter jurídico o influencia alguna en la actividad del derecho.

Entre estas pistas dikelógicas que incluyó Savigny en sus obras más maduras, enseñó que “*la misión general de todo derecho puede ser reducido sencillamente al destino moral de la naturaleza humana conforme la misma se expresa en la concepción cristiana de la vida... El cristianismo no existe sólo como regla de nuestras acciones; de hecho ha modificado la Humanidad y se encuentra en el fondo de todas nuestras ideas, aún de las que parecen serle más extrañas y hostiles. Reconocer este fin al derecho no es transportarlo a una esfera más vasta y despojarlo de su independencia; el derecho es un elemento especial de aquella misión general y domina dentro de su territorio con plena soberanía: unirlo de esta suerte a la universalidad de las cosas, es únicamente darle una verdad más alta*”⁴⁹. Además, reconoce elementos generales o comunes en el derecho de los diversos pueblos al explicar que “*esta opinión que reconoce al Pueblo individual como productor y soporte del Derecho positivo o real, puede parecer a algunos demasiado limitada, puesto que se inclina a atribuir la producción del derecho al espíritu común de la humanidad y no al espíritu de cada pueblo individual. No obstante, ambas opiniones no parecen contradictorias a una investigación más precisa. Lo que opera en cada Pueblo individual no es sino el espíritu general de la humanidad que se evidencia en el primero de modo individual. Pero la producción del derecho es una acción común; y ella sólo es realizable para aquellos respecto de los cuales una comunidad del pensamiento y del obrar no sólo es posible, sino también efectiva. En atención a tal comunidad sólo existe dentro de las fronteras de un Pueblo individual, también sólo dentro de ellas puede producirse el derecho real, si bien en la producción del mismo se puede advertir la expresión de un instinto general humano de cultura y no la arbitrariedad particular de determinados pueblos, de la que no se puede encontrar en los demás el más*

47 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 44.

48 Al justificar el por qué del nombre de escuela histórica aclara que “al dirigir la atención hacia esta faz de la ciencia, no es que desconozcamos ni despreciemos ninguna otra; solamente hemos creído que por haber sido descuidado principalmente el elemento histórico, pedía ser desde luego rehabilitado y restablecido en sus derechos” (SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Prólogo, Tomo I, pág. 43).

49 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Tomo I, & 15.

mínimos rastro. El Derecho como producto del espíritu del pueblo puede ser privativo de un pueblo determinado o puede existir de manera uniforme en varios”⁵⁰. Y aclara en relación con el derecho popular que “*encontramos en él un doble elemento: un elemento individual privativo de cada pueblo; y un elemento general basado sobre lo común de la naturaleza humana. Ambos elementos hallan su reconocimiento científico y su satisfacción en la historia del derecho y en la filosofía jurídica... Unos concibieron el contenido del derecho como causal e indiferente y se contentaron con la apercepción del hecho como tal. Los otros establecieron un derecho normal que flota por encima de todos los derechos positivos y que todos los pueblos en sí harían bien en adoptar en lugar de su derecho positivo. Esta última unilateralidad sustrae al derecho toda su vida, mientras que la primera le niega toda dignidad superior. Evitamos ambas equivocaciones al estatuir una misión general cuya solución particular constituye tarea histórica de cada uno de los pueblos*”⁵¹

Pero el lugar que da a este elemento general del derecho es muy limitado. Al respecto, precisa que “*Con cierta frecuencia se separan ambos elementos (particular y general) colocándose en una determinada oposición, se combate y se limitan mutuamente para disolverse más tarde tal vez en una unidad superior. Con tal restricción es dicho elemento incompleto y limitado... El elemento general nos aparece bajo diversos aspectos, y sobre todo allí donde obra la naturaleza moral del derecho. Así que la dignidad moral y la libertad, comunes a todos los hombres; el desarrollo de esta libertad por las instituciones del derecho; todas las consecuencias prácticas que de estas instituciones se derivan; lo que los autores modernos llaman la naturaleza de las cosas (aequitas o naturalis ratio) son otras tantas manifestaciones inmediatas y directas del elemento general. El elemento jurídico general aparece de modo más mediato y mezclado: 1) como observación de fines morales fuera del campo jurídico (boni mores)... 2) como observación del interés del estado... 3) como atenciones paternales del bienestar del particular*”⁵².

Alf Ross enroló, con imprecisión, a las tesis de Savigny como formas del iusnaturalismo. “*Fue una forma oculta de derecho natural. El historicismo no es solamente historia. Su idea fundamental es que la historia es también el criterio del bien. El objetivo o tendencia inmanente de la realidad, es también el valor supremo. El principio absoluto que se manifiesta en la historia es también el bien absoluto... La conciencia ético-jurídica popular no se limita a ser la fuente de la que de hecho surge el derecho; también es la fuente de la corrección o validez de éste. La escuela histórica, pues, representa no solo una filosofía jurídica fatalista, sino también una filosofía jusnaturalista... El espíritu del pueblo es lo absoluto y el profesor de derecho su profeta*”⁵³.

50 Idem., Tomo I, & 8.

51 Idem., Tomo I, & 15.

52 Idem., Tomo I, & 16.

53 ROSS, Alf, “Sobre el Derecho y la Justicia”, EUDEBA, Bs. As., 1963, pág. 335.

Dejando de lado el hecho de que para Ross el jusnaturalismo sería algo negativo, no cabe enrollar sin más a Savigny como jusnaturalista, dado que: a) Savigny no precisa si la necesaria adecuación del derecho positivo con el espíritu del pueblo es un hecho o algo debido (recordar lo dicho sobre el carácter descriptivo o prescriptivo de sus afirmaciones), y si fuera esto último, sería un derecho natural mínimo con una única regla: que el derecho positivo debe adecuarse al espíritu del pueblo; b) Si bien Savigny menciona, aislada y escasamente, ciertos elementos “generales” vinculadas a la “naturaleza” en el derecho de cada pueblo, el nudo de su análisis consiste en relacionarlo con el espíritu del pueblo, que no es algo dado sino colocado, de algún modo, por los hombres. En última instancia, la tesis más trabajada por el autor concibe que el derecho positivo legal –gestado por el legislador- debe adecuarse al derecho positivo social, popular o consuetudinario –gestado por el espíritu del pueblo-. No salimos de un derecho positivo ni nos remitimos a principios jurídicos que no sean producto de la determinación humana.

La situación es más clara en Puchta, otro de los fundadores de la escuela histórica, cuando escribió que “una vez dada la ley, su validez no puede depender del examen de su conformidad con la voluntad del pueblo... Lo que se establece por medio de una ley constitucionalmente dictada vale como Derecho, como voluntad común, no por razón de su contenido, sino en virtud de esta forma de expresión”⁵⁴. Aunque Savigny no enseñó expresamente tal cosa, tampoco dijo nada que pudiese hacer pensar lo contrario. La relativa identificación del derecho con el hecho, ensayando incluso justificaciones “históricas” de la esclavitud existían ya en Hugo⁵⁵, maestro de Savigny, aunque éste tampoco repite tales enseñanzas.

En sentido similar a Ross, Luis Legaz y Lacambra⁵⁶ ha escrito que “Savigny, el honrado protestante que era fundador de la escuela histórica, creía casi al modo católico-escolástico en una ‘ley natural’, en la ley moral que se desprende de la consideración del hombre desde el punto de vista cristiano, ley que constituye el fin general del derecho” descartando que pueda ser considerado positivista. Como dijimos, Savigny sólo de manera aislada refiere a este fin trascendente en el derecho y no le da relevancia para el análisis y operación jurídicos.

Uno de los que primero anotó este desalojo de las valoraciones dikelógicas en la concepción jurídica de la Escuela Histórica fue Hegel, quien dedica consideraciones críticas a la escuela y específicamente a Hugo en el número 3 de su Filosofía del Derecho⁵⁷. Destaca Hegel la importancia del abordaje histórico pero considera que entenderlo como el encargado de justificar el derecho sin hacer ninguna valoración de justicia es colocar lo relativo en lugar de lo absoluto. El esclarecimiento y la justificación histórica se confunden con una

54 PUCHTA, Georg, “Curso de las Instituciones”, tomo I, & 10, pág. 29.

55 Cfr. FASSO, Guido, “Historia de la Filosofía del Derecho”, editorial Pirámide, Madrid, 1983, tomo III, pág. 62.

56 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 102.

57 HEGEL, Georg, “Filosofía del Derecho”, nro. 286. Utilizamos versión de editorial Claridad, Bs. As., 1987.

justificación eficaz por sí y en sí. “Esta distinción, que es muy importante, y que en verdad hay que mantener firmemente, es, a la vez, muy evidente: una prescripción jurídica puede manifestarse, por sus circunstancias y desde las instituciones jurídicas, como plenamente fundada y consecuente y, sin embargo, ser en sí y para sí, injusta e irracional”⁵⁸. La ley romana de las XII tablas puede ser explicada de acuerdo con su contexto histórico, pero esto no debe impedir el identificar en ella elementos injustos e inhumanos que no la hacen aceptable. Por otro lado, sin nombrarlo, critica a Savigny al considerar que “negar a una nación culta y a su clase jurídica la capacidad de hacer un código –puesto que no puede tratarse de hacer un sistema de leyes nuevas por el contenido, sino de reconocer en su universalidad determinada el contenido legal existente, como fácilmente puede comprenderse, apenas se reflexione un poco, con agregados para la aplicación en lo particular-, sería una de las más grandes afrentas que pueda serle hecha a una nación a la clase jurídica”⁵⁹. Uno de los discípulos de Hegel, Gans, escribió una extensa crítica de la obra de aquél. Paradójicamente, el hijo mayor de Hegel, Karl, se dedicó al estudio de la historia medieval a fin de refutar las tesis de Savigny mientras su hijo menor, Immanuel, tomó a Savigny como maestro y se transformó en un antihegeliano.

En sentido análogo a la de Hegel gira la crítica de Rudolf Stammler⁶⁰. Influenciado por Kant, su iusnaturalismo y la influencia de la lógica formal, Stammler critica duramente a la escuela histórica. Señala que remitiendo el derecho a una consagración del “espíritu del pueblo”, por un lado, se marginan las exigencias de la práctica en materia de legislación por los análisis meramente históricos o de convicciones y además deja cerrado el análisis y la crítica del derecho a partir de la idea de justicia, pues bastaría comprobar si se refleja o no la voluntad del espíritu popular. Cuestiona tanto el método como el resultado de la escuela histórica. El método, porque no concibe como de hechos concretos individuales (históricos) pudiesen surgir reglas de alcance general y absoluto para enjuiciar un determinado derecho positivo. Si la historia sólo presenta sucesos individuales y concretos, ¿cómo puede surgir de ellos una norma realmente general? El resultado, no admitiendo que una sucesión de infracciones pudiese constituirse en la fuente del derecho. Es decir que si el derecho tiene como fuente los hechos históricos, y en la historia hay actos justos pero también delitos, resulta que estos delitos, resulta que los delitos serían fuente de derecho.

Inteligentemente advierte Victor Cathrein la inconsistencia de las tesis de Savigny al negar principios jurídicos superiores a los surgidos de la conciencia popular expresados en la costumbre⁶¹. “¿Por qué tiene la minoría el deber de someterse a la opinión de la voluntad de la mayoría?... Cada uno puede, a lo más, obligarse a sí mismo y sólo por el tiempo que

58 Idem., pág. 42.

59 Idem., pág. 185.

60 STAMMLER, Rudolf, “Teorías del derecho y el Estado”, traducción de Chantal López y Omar Corté, Cuarta edición cibernética, enero del 2003, www.antorcha.net.

61 CATHREIN, Víctor, “Filosofía del Derecho”, editorial Reus, Madrid, 1950, pág. 138.

quiera; no puede obligar a los demás. Y lo que se dice de cada uno se dice de todos. Por medio de la pura convicción general y por el uso no puede nacer obligación alguna para todos". Dicho con otras palabras, el principio que establece que es obligatorio lo que surge del espíritu del pueblo debe derivar su obligatoriedad de una fuente superior al espíritu del pueblo pues de otro modo resultaría un círculo vicioso: el derecho surge del espíritu del pueblo porque así lo establece... ¿el mismo espíritu del pueblo?.

Bodenheimer señala que Savigny desconoce que el factor nacional es insuficiente para explicar el derecho: no permite comprender, por ejemplo, por qué resucitó el derecho romano mil años después de su caída, ni porqué fue transplantado el derecho civil alemán a países como Turquía o Japón. *"El espíritu del pueblo de Savigny tiene indudablemente parte en la evolución de un sistema jurídico, pero si se trata de un gran sistema, tendrá cualidades que se elevarán por encima de las limitaciones de los rasgos nacionales y le darán un espíritu y valor práctico verdaderamente universales"*⁶². Si bien Savigny reconoce estos elementos generales en el derecho positivo, no les da cabida en su metodología de análisis jurídico.

c) Marginación de otros factores que explican el origen del derecho positivo

El acento de Savigny en cuanto al espíritu del pueblo expresado históricamente como la fuente del derecho positivo merece ser cuestionada por reduccionista. No siempre se explica con ello el origen del derecho positivo, y deja en la penumbra otros factores como la labor voluntaria, libre y conciente de algunos seres humanos concretos cuyas decisiones han llevado a la gestación de un derecho positivo que sin ellos no hubiese existido. En el fondo, margina el fenómeno del poder que permite a algunos conseguir que otros obren de acuerdo con los deseos de aquéllos.

Por tal razón, la base de la teoría de Savigny, de que el derecho es una elaboración consuetudinaria del pueblo, ha sido cuestionada por quienes entienden que en muchas oportunidades el derecho es producto de algunos individuos o de las elites⁶³. Ilustran con el Código Civil francés que fue mérito de juristas concretos como Tronchet, Portalis y Maleville –y del poder de Napoleón, agregaríamos-, quienes inspirados en el derecho romano brindaron soluciones nuevas y sistemáticas alejadas del intrincado ordenamiento consuetudinario germánico, sin que este "individualismo" en su gestación afectara su eficacia ni la razonabilidad de sus soluciones. Brindan también ejemplos de otros países, en los cuáles las normas pueden atribuirse a la labor y a las ideas de algunos brillantes juristas. En sentido similar, Bodenheimer critica la tesis de Savigny de que en las sociedades primitivas las normas se desarrollan desde la costumbre, de conformidad con la conciencia jurídica popular, y sólo en la más compleja civilización se transfiera la creación del derecho a un grupo de técnicos.

62 BODENHEIMER, Edgar, "Teoría del Derecho", cit., pág. 277.

63 SABATER, Anibal, "Napoleon, Elites And The Genesis Of Law", en www.napoleonseries.org, febrero 2002.

La cuestiona porque presupone una estructura democrática en las sociedades primitivas cuando las investigaciones revelan la existencia de organizaciones más bien patriarcales, en las que también era común la existencia de una casta aristocrática que declaraba lo justo⁶⁴.

En *La lucha por el derecho*, Rudolf von Ihering (1818-1892) se apartó de las ideas de Savigny sosteniendo que el derecho no es fruto del “espíritu” del pueblo sino de su acción, de su lucha, de su trabajo y sacrificio. Los derechos solo existen cuando se los hace valer. Muchos incluyen a Ihering como exponente de la escuela histórica, aunque sus acentos son diferentes. Si bien sostuvo que “*no debe considerarse un orden jurídico positivo como una enunciación deductiva de una idea o de un plan, sino como consecuencia de las necesidades de la vida social... Ninguna Ley ni ningún código pueden ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas del pueblo y de la época en que se dictó... El derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas jurídicas generales, sino el que vive de un modo real por la gente, y el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones...*”, enseñó también que “*todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor, ha sido indispensable imponerlos por la lucha a quien no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, suponen que están el pueblo y el individuo dispuestos a defenderlo... El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos sino el de todo el pueblo...*”⁶⁵ y por eso la escuela histórica se equivocaba al afirmar que el Derecho no es otra cosa sino un producto de fuerzas involuntarias, inconscientes, puramente históricas. En su opinión, el Derecho es, en gran parte, una acción del poder estatal, dirigida intencionalmente a un cierto fin.

Pero quien acentuó más la crítica en este sentido fue Roscoe Pound, en un capítulo titulado *La interpretación que considera el derecho como resultado de la obra de los grandes juristas*⁶⁶, señalando que “*ninguna de las interpretaciones del siglo XIX quiere saber nada de un elemento de actividad creadora que desarrollan los hombres como abogados, jueces, tratadistas o legisladores. No dicen nada sobre los esfuerzos jurídicos realizados para armonizar o reconciliar pretensiones contradictorias por medio de la razón creadora o de un proceso inventivo de ensayo y error. Imaginan que el fenómeno del desenvolvimiento jurídico sólo consiste en acontecimientos, como si los hombres no intervinieran para nada en su realización. Resulta, en cambio, que los acontecimientos que forman la historia del Derecho son, en realidad, actos debidos de una manera muy definida a algunos o a un solo hombre. El edicto del pretor no fue un hecho que se realizara por sí solo. Alguien se dirigía al pretor para que le concediera una acción con el resultado, en caso de persuadirle, de*

64 BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del Derecho”, cit., pág. 294.

65 IHERING, Rudolf, “La lucha por el derecho”, cit., pág. 300.

66 POUND, Roscoe, “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, ediciones Ariel, Barcelona, 1950, pág. 155 y ss.

que se añadía un párrafo al edicto... Los juristas de la escuela histórica no pensaban en el hombre que actuaba. A lo sumo pensaban en toda una raza y en el hombre como un ejemplar particular de la misma, como si se tratara de un muestrario de hombres con un espíritu en serie... Los actores reales son, para ellos, mera fórmula”⁶⁷.

Alf Ross⁶⁸, en sentido similar, cuestiona a Savigny indicando que sus ideas conducen a un fatalismo histórico, en el que no tiene lugar la libertad ya que todo se produce como consecuencia de un “destino” producto de la evolución del espíritu del pueblo y no de las decisiones individuales. No del todo análoga es la afirmación de Del Vecchio cuando escribió que *“el estudio del derecho positivo, justamente propugnado por la Escuela histórica, no debe excluir la especulación ideal sobre la Justicia. Según la doctrina de esta escuela debemos adoptar una postura casi pasiva frente a todo producto histórico; pero esta adoración del hecho consumado contradice la exigencia crítica de nuestra conciencia y es la negación de todo progreso jurídico”⁶⁹.*

Es cierto que ante la alternativa de dar relevancia a la libertad o los condicionamientos históricos culturales, el acento en Savigny está del lado de este último y que, aunque no niega el papel de la libertad de los individuos como gestores de la sociedad y del derecho, tampoco le da un lugar importante en su análisis jurídico. Aunque plantea expresamente la necesidad del progreso jurídico, obtenido principalmente a través del desarrollo de la ciencia del derecho bajo la forma de un sistema, adecuando los principios e institutos jurídicos a las nuevas necesidades, por lo que al menos sus conclusiones, no siempre coherentes con sus principios, no resultan fatalistas.

Vedross advierte también como la concepción de la escuela histórica sobre las fuentes olvida *“el momento creador en la elaboración del derecho y pasa por alto que cada acto legislativo es portador de una cabeza de Jano: la ley debe, sin duda, elaborarse con base en el pasado, pero debe a la vez dirigir su mirada hacia el porvenir, si quiere influir sobre la conducta humana y orientarla en cierta dirección”⁷⁰.*

d) Imprecisión de las nociones

Muchas ideas de Savigny han sido cuestionadas por su imprecisión. Se ha dicho incluso que *“todo lo nebuloso y fantástico lo domina”⁷¹*. Si comenzamos con su noción principal, el “espíritu del pueblo”, Savigny no explica bien cómo se forma, está constituido, o se desarrolla, y por ello ha sido considerada difusa, mítica. ¿Cómo llevar esta noción a sociedades complejas

67 Idem.

68 ROSS, Alf, “Sobre el Derecho y la Justicia”, editorial EUDEBA, Bs. As., 1963, pág. 236.

69 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, editorial Bosch, Barcelona, 1974, pág. 123.

70 VEDROSS, Alfred, “La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental”, editorial Universidad Nacional de México, 1962, pág. 240

71 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 123.

y plurales donde conviven decenas de convicciones jurídicas y políticas diferentes? A ello se agrega “*la falta de un concepto claro de lo que sea el derecho, pues todas sus afirmaciones en este punto giran en torno a la siguiente tautología: es ‘derecho’ el contenido de la conciencia ‘jurídica’ popular*”⁷².

Stammler⁷³ señaló que la comunidad jurídica no es un cuerpo sino una comunidad de fines, y que el postulado de un “alma popular” como ser existente y permanente es un concepto mítico y contradictorio, construido artificialmente sobre la base de las características uniformes que pueden constatarse en individuos del mismo grupo nacional; afirmaciones míticas que son consecuencia del postulado general del romanticismo, que radicaría en la creencia en los “espíritus”. Bondeheimer señala también que el iusnaturalismo racionalista y la escuela histórica tienen en común su carácter “metafísico” y no empírico⁷⁴. Alf Ross⁷⁵ por su parte se ocupa de precisar que las ideas de Savigny no pueden concebirse como un aporte empírico sociológico-jurídico de la subordinación del derecho a la comunidad, pues su tesis no constata que existen características socio-psicológicas observables que influyen en la creación del derecho como correlaciones causales también observables, sino que en la escuela histórica lo “orgánico” que vincula al derecho con el espíritu popular nada tiene que ver con la causalidad de la naturaleza, sino que designa fuerzas oscuras, una esencia espiritual, que anima a todas las cosas vivas y tienden hacia una meta (romanticismo). La necesidad que traba al legislador no es la fuerza de las leyes de la naturaleza sino una necesidad fatal o destino asociada a la dinámica soberana del espíritu del pueblo. De allí que solo parcialmente puede rescatarse en Savigny el “realismo”, como hace Cossio, pues no faltan en él nociones y teorizaciones poco empíricas.

De todos modos vale la pena señalar que una cosa es ser realista y otra cosa ser empirista. Si una persona únicamente admite como realidad aquello que es inmediatamente observable con los sentidos, no siendo algo real ni la causalidad, ni la sustancia, ni los valores, entonces, lógicamente, como enseñó Hume, se negará a Savigny la condición de “realista”. Pero existen otros “realistas” que siguiendo a Aristóteles, padre del realismo, reconocemos que el conocimiento comienza con los sentidos pero que la inteligencia puede penetrar en el interior de las cosas y elevarse a nociones que no son perceptibles directamente por los sentidos y sin que por ello dejen de ser reales. Para estos realistas el hecho de afirmar la existencia de objetos o relaciones entre los objetos que no son sensoriales no es sinónimo de oscuridad o de creer en nociones inventadas o construidas artificialmente. En síntesis, decir que Savigny habla de cosas que no se pueden captar por los sentidos no dice nada contra Savigny, pues tales nociones pueden ser reales pese a no ser empíricas.

72 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 543.

73 STAMMLER, Rudolf, “Teorías del derecho y el Estado”, cit.

74 BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del Derecho”, cit., pág. 294.

75 ROSS, Alf, “Sobre el Derecho y la Justicia”, cit., pág. 284.

e) Inconsecuencia de Savigny con su propio método

Una de las observaciones que cabe hacer a Savigny es el haber sido inconsecuente con su propio método. Algunos han referido a que no condecía con su mensaje el rescatar y estudiar, como lo hizo, el derecho romano⁷⁶, y menos aún un derecho romano puro obtenido previo un análisis crítico riguroso de las fuentes justinianas, que como tal era ajeno al espíritu nacional alemán. Tal crítica, sin embargo, no es del todo justa, pues Savigny no proponía una vuelta al pasado sino un rescate del derecho romano que luego de tantos siglos de penetración en Alemania ya podía considerarse parte del espíritu jurídico nacional, y solo en la medida que perduraba en su tiempo. Sin embargo, en algunos puntos Savigny aparece demasiado atado a las ideas romanas, más afines a las del *Code* francés, que a las germánicas. Por ejemplo, describe la propiedad como “la dominación ilimitada y exclusiva de una persona sobre una cosa”⁷⁷. Más acierto encontramos en Roscoe Pound cuando critica cierta universalidad que Savigny pretender dar a sus tesis sustentadas solamente en el derecho romano: “*Savigny era un romanista y su fe en la idea romana descubierta por medio de la historia hizo que su ciencia jurídica fuera tan universal como la de los partidarios del derecho natural... El cuadro simplista del orden jurídico que nos pintó la escuela histórica, con su idea única que todo lo resolvía, ha de ceder*”⁷⁸. Por eso escribió Del Vecchio que “*el derecho romano se convirtió para la Escuela histórica en un sustitutivo del Derecho Natural por ella combatido*”⁷⁹.

En este sentido, podemos encontrar una inconsecuencia en las bases mismas de su teoría. Pues si miramos un poco la historia veremos que su descripción de la gestación del derecho, a partir del espíritu popular expresado en la costumbre, pasando a la complementación legal, luego a la construcción científica y finalmente a la codificación, encontraremos descrito el proceso que ha seguido en su desarrollo el derecho del pueblo romano con primacía de la costumbre durante la etapa monárquica del derecho quiritarario, con algunas leyes y sobre todo la extraordinaria labor de los juristas en la etapa republicana del derecho clásico, y con el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano en la última etapa imperial del derecho romano helénico. Savigny enseñaba que los paradigmas de análisis jurídico debían circunscribirse a sus contextos históricos, y resulta que él mismo pretendió dar carácter universal y general como explicación de las fuentes del derecho a lo que ocurrió con un derecho histórico, particular, como el romano. Asumiendo el método histórico que estudia los institutos jurídicos en sus contextos, ¿con qué derecho se puede transferir la experiencia jurídica del pueblo romano para explicar cómo se forma el derecho en todo tiempo y en todo lugar?

76 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 123.

77 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, vol I, pág. 367.

78 POUND, Roscoe, “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”, cit., pág. 28.

79 DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 124.

Análogamente, se ha señalado que Savigny describe únicamente lo que ocurre con la formación del derecho en las sociedades primitivas, en la fase originaria, pero impone estas observaciones al estadio de sociedades avanzadas, en las que la ley se convierte en fuente autónoma y se afirma como innovadora. El error de Savigny radicaría en haber dogmatizado y universalizado la fase inferior de la evolución jurídica de una comunidad⁸⁰.

Con carácter más general, aunque desde una perspectiva afín a la ideología socialista, Solari dedica varios párrafos a lo que considera incoherencias de la escuela histórica, que tenía en sus manos todos los elementos para construir una concepción social del derecho privado, pero “*dejando de lado la forma, con o sin códigos, el derecho privado en sus líneas generales, en sus principios fundamentales, se revela en Alemania y en otras partes con el mismo espíritu, las mismas finalidades, en perfecta correspondencia con las exigencias de la burguesía capitalista, cuyas prodigiosas conquistas preparó y aseguró*”⁸¹. Cosa que no debería llamar la atención, cuando la construcción de Savigny toma como base no el comunitario derecho germánico sino el individualista, aunque mitigado, derecho romano.

f) Conservadurismo

Se ha imputado a Savigny el adoptar un conservadurismo cerrado al progreso. “*No debemos ignorar que este tratadista, antes que todo era noble, razón por la cual tenía esas posturas que podemos calificar, con Bodenheimer, como conservadoras*”⁸².

Precisemos que rescató el pasado, pero no el pasado muerto, sino el pasado vivo en el presente. Por eso rechaza que sea mejor estudiar a los antiguos en lugar de los modernos⁸³: “*renunciar por presunción o por pereza a las ventajas de nuestra posición o contentarnos con dirigir una mirada superficial a la obra de nuestros antecesores, abandonando al acaso la parte de influencia que deben ejercer sobre nuestro desenvolvimiento, sería repudiar esta rica herencia, destruir la comunidad de las convicciones científicas y romper la continuidad vida del progreso, sin la cual la comunidad de convicciones degeneraría en verdadero estancamiento*”⁸⁴.

Desde perspectivas críticas neomarxistas se ha cuestionado a Savigny el coincidir con el postulado codificador de suprimir la pluralidad de la experiencia jurídica medieval por un derecho seguro, que en última instancia da más lugar al poder y a la conducción social⁸⁵.

80 Idem., pág. 123.

81 SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, editorial Depalma, Bs. As., 1950, tomo II, pág. 369.

82 IRIARTE, Carlos Mauricio, “Teorías sobre el origen del derecho”, 1997, edición electrónica, www.chez.com.

83 SAVIGNY, Federico, “Metodología Jurídica”, pág. 1.

84 SAVIGNY, Federico, “Sistema de Derecho Romano Actual”, Prólogo, Tomo I, pág. 41.

85 CARRIÓN-WAM, Roque, “Codificación, Pluralidad Cultural y Pragmática del Conflicto”, comunicación a la Giornate Internazionali di Studi “Tra Interpretazione e comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio interdisciplinare”. Universidad de Messina, Italia, 18 al 20 de Mayo de 2001.

Es cierto que estaba entre sus objetivos dotar de alguna unidad al derecho alemán, aunque no a través del Código sino mediante la construcción científica de un sistema jurídico. Pero también es cierto que la pluralidad jurídica se había transformado, en su tiempo, en un verdadero caos jurídico, con lo que no parece justo el cuestionamiento.

De todos modos, sobre el conservadurismo, vale la pena indicar que la cuestión de fondo no radica en determinar cuánto una tesis es o no conservadora, sino qué cosas pretende conservar y cuáles modificar.

Podemos decir entonces que, más allá de su valioso rescate del elemento histórico en el derecho, las respuestas dadas por Savigny a los temas centrales de la filosofía jurídica son parciales e insatisfactorias. Probablemente, el desconocimiento que se ve en los escritos de Savigny de autores clásicos como el mismo Aristóteles lo privó del acceso a jusnaturalismos realistas no racionalistas, que hubiesen evitado sus acentuaciones radicales y desequilibradas que con razón han sido cuestionadas por pensadores de las más variadas tendencias. Vivió en un tiempo en el que la obra de la escolástica medieval había sido olvidada por completo, sustituida por un jusnaturalismo racionalista en el fondo tenía poco en común con aquélla. *“De ahí, precisamente, el honrado e ingenuo entusiasmo que en algunos de ellos provocaba el descubrimiento del carácter ‘flexible’ del derecho natural escolástico, por ejemplo en Suárez, tan opuesto a la rigidez propia de la construcción racionalista”*⁸⁶. Tomemos en cuenta que Ihering llegó a escribir poco tiempo después, refiriéndose a Tomás de Aquino, que éste *“ya había reconocido con perfecta exactitud los aspectos prácticos realistas y sociales de la moralidad, así como los históricos. No puedo apartar de mí el reproche de mi ignorancia, contenido en dicha demostración... ¡Qué de extravíos pudo evitar aceptándolas sinceramente! Por mi parte, yo no habría escrito nada de mi libro si las hubiese conocido, porque las ideas fundamentales que en él he tenido que tratar se encuentran ya expresadas con una perfecta claridad y en fórmulas muy expresivas en este potente pensador”*⁸⁷.

8. Derecho y lengua en la obra de Savigny

En la escuela histórica son comunes las analogías entre el derecho y la lengua de un pueblo, ambas como expresión de su espíritu, de desarrollo espontáneo, gradual, histórico, que no puede imponerse desde fuera. Pero no desarrollan ni se extienden sobre las relaciones que podrían establecerse entre ambos fenómenos, el jurídico y el lingüístico.

Savigny llega incluso a proponer a la **historia de la literatura** como el camino para acceder al método jurídico. *“¿Cómo podemos, pues, alcanzar el ideal de una ciencia? Un medio auxiliar general es la historia de la literatura, pues de ella surge el estudio literario, y con ello un método general y un juicio sobre el individuo particular. Si consideramos,*

86 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 314.

87 IHERING, Rudolf, “El fin en el derecho”, cit., pág. 212.

por ejemplo, la carrera científica de un jurista, conoceremos su método, y, por tanto, probablemente un método posible. Si lo comparamos con la ciencia, podremos juzgar también el método de él. La historia de la literatura nos lleva, pues, siempre a un método y su juzgamiento"⁸⁸. Para ello postula Savigny una metodología del estudio literario de la jurisprudencia, estudio que supone una lectura crítica y una lectura histórica de tal literatura. Lectura crítica implica desentrañar cuál es la misión del texto analizado y qué hizo el autor para resolver el problema que tenía ante sí. La lectura histórica busca insertar la obra en su contexto. *"Aquí podemos pensar en todo escrito en forma doble, o sea, en una serie sincrónica en la cual cada obra figura como una parte del todo, y cronológica, es decir, en relación con toda la época a la cual pertenece la obra, pues cada escritor se halla limitado también por el período anterior. Si se considera a cada autor en esta doble relación, se leerá históricamente. Sólo teniendo un panorama general de todo el campo de la literatura se puede estudiar a un autor determinado, y sólo así será posible una lectura crítica"*⁸⁹.

También rescata un vínculo entre lengua y derecho por la propuesta del **recurso a la etimología** para entender las instituciones jurídicas, dando más importancia a la palabra que a su expresión en conceptos. *"Para lograr en la legislación fidelidad en la genealogía de los conceptos, la etimología es un medio auxiliar muy importante (por ejemplo, en praescriptio, exceptio en lugar de prescripción). En muchos casos la etimología ha adquirido mala fama porque dividió a todas las definiciones en nominales y reales, desentendiéndose de las primeras por carecer de importancia. Pero esta división es algo bárbara, ya que supone una vinculación arbitraria de los signos con la cosa designada, que no existía en caso alguno en la culta legislación romana, y sólo pudo tener lugar en la época bárbara. Se considera generalmente menos importante la explicación del concepto en palabras, esto es, la definición. Aunque no es de despreciar, la otra explicación es lejos más importante"*⁹⁰.

Considera también Savigny que el **uso de la misma lengua** es una de las manifestaciones de la comunidad espiritual en la que se hallan los hombres y que le permite hablar de un espíritu del pueblo⁹¹.

Por último, la lengua aparece cuando el autor reconoce como primer elemento de la interpretación al **gramatical**, en el cual la interpretación se diferencia mucho de la práctica de la filología⁹².

9. Conclusión

Aunque su influencia real no debe exagerarse, la obra de Savigny contribuyó a dilatar

88 SAVIGNY, Federico, "Metodología Jurídica", pág. 1.

89 Idem., pág. 59.

90 Idem., pág. 39.

91 SAVIGNY, Federico, "Sistema de Derecho Romano Actual", Tomo I, & 7.

92 Idem., Tomo I, & 33.

en el tiempo el dictado de un Código Civil para Alemania. El que se sancionó en 1896 y rige desde el 1900, si bien es burgués y se sustenta sobre la propiedad privada y la libertad de contratación, recepta algunos elementos del carácter germánico, como el principio de la equivalencia económica, que llevó a poner límites a los contratos -como la locación- a fin de asegurar reciprocidad en las prestaciones; o el principio de la apariencia, que garantiza la buena fe y protege la confianza dando primacía a la situación públicamente ostensible aunque no coincida con la auténtica voluntad de los sujetos. Si bien la recepción del derecho romano es importante en particular en los dos primeros títulos, los mismos se amalgaman con criterios del derecho germánico, como la importancia de la publicidad, y en particular de la publicidad registral para la transferencia de bienes inmuebles.

La escuela histórica conoció una derivación al formalismo, “*hipertrofia de la dogmática, hinchazón constructiva completamente vuelta de espaldas a la realidad y la historia*”⁹³, que se nombró como jurisprudencia de conceptos y que desarrollaron algunos alumnos de la escuela histórica como, entre otros, el primer Ihering y también Windscheid. En alguna medida, el interés sistemático que también rescataba Savigny predominó allí sobre el histórico, que quedó marginado. Pero probablemente Savigny no resulte responsable de este acento unilateral en uno de los elementos de su propuesta metodológica.

Su obra nos deja algunas preguntas muy interesantes, preguntas por la universalidad o particularidad del derecho, por la historicidad y la perdurabilidad de las exigencias jurídicas, la conducción y la espontaneidad en la gestión del derecho, por el papel del pueblo y las elites, y de la ley y la costumbre en su formación, por las diferencias y relaciones entre la comprensión histórica y la justificación jurídica. Sus respuestas no siempre son satisfactorias. El problema principal aparece cuando las tesis y las escuelas dejan de ser históricas para transformarse en historicistas, es decir, cuando no se limitan a señalar la importancia de la contextualización y comprensión histórica de las ideas y las instituciones jurídicas, sino que ella desplaza la pregunta más importante por la verdad de las ideas y por la justicia de las instituciones, sean cuales fueran las causas históricas que le han servido de contexto y han influido en su gestación.

Quedará si, quizás a pesar de su misma metodología, el valor perdurable (sic) de la figura de Savigny como el iusfilósofo que jerarquizó la historia frente a los análisis jurídicos apriorísticos del racionalismo.

93 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, cit., pág. 107.

REIMPRESIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

**FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO JURÍDICO-FILOSÓFICO**

**BASES CATEGORIALES DE LA DINÁMICA Y LA ESTÁTICA
JURÍDICO-SOCIALES
(ELEMENTOS PARA LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA)**

POR

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

ROSARIO
1967

BASES CATEGORIALES DE LA DINÁMICA Y LA ESTÁTICA JURÍDICO SOCIALES

(Elementos para la Sociología Jurídica)

POR MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

PRESENTACION

En sentido objetivo categoría es una condición esencial del mundo. En sentido subjetivo es una condición esencial de nuestra representación del mundo.¹

El derecho es el conjunto de todos los repartos, valorados por la justicia y descritos e integrados por normas.²

Al concebir el derecho en esta forma reconocemos que en él hay tres dimensiones: la realidad social de todos los repartos de potencia e impotencia; la valoración de dichos repartos desde el punto de vista de la justicia y la descripción e integración del orden de los mismos mediante el ordenamiento de normas.

En este trabajo nos proponemos señalar categorías de la realidad social jurídica.

Dijimos que esta realidad es un conjunto de repartos de potencia e impotencia. Para cada ser potencia es todo lo que lo preserva e impotencia todo lo que lo perjudica. El término repartos significa que la potencia e impotencia es asignada como consecuencia de actitudes humanas. Quienes realizan dichas actitudes son repartidores; los que reciben las asignaciones son beneficiarios.

Normalmente los repartidores proyectan los repartos. El proyecto de reparto contiene la finalidad subjetiva de los repartidores (finis operantis). Su intención y su fin. La intención es la actitud repartidora concreta que el repartidor dispone para determinada situación. El fin es trascendente a la intención y abarca todos los medios necesarios para alcanzar el reparto que el protagonista se propone.

Como toda realidad social esas actitudes repartidoras pueden ser enfocadas desde el punto de vista de la dinámica -en que se las considera como movimientos- y desde el ángulo de la estática -en que se las tiene por detenidas en cada una de sus etapas-.³

1 GOLDSCHMIDT, Werner, "La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)", Madrid, 1958, pág. 54; "Introducción al Derecho (Estructura del mundo jurídico)", 2ª. ed. Buenos Aires, 1962, pág. 135.

2 Idem, "Introducción ..." cit., pág. 36.

3 Casi todas las corrientes sociológicas aceptan que la distinción entre estática y dinámica sociales efectuada por Augusto Comte responde -en general- al mejor estudio de la realidad. Muchas de ellas, sin embargo, pretenden ajustar tales conceptos y su terminología. (V. POVIÑA, Alfredo, "Sociología", 3ª. ed., Buenos Aires, 1954, t.1, págs. 72 y 354; INKELES, Alex, "Qué es la Sociología? Introducción a la Ciencia y a la Profesión", trad.

Dado que estos enfoques son formas de la realidad social es lógico que se basen en categorías. A continuación nos ocuparemos de ellas: en primer término las estudiaremos en el ámbito de la realidad social, luego veremos cómo se proyectan en las otras dimensiones del derecho.

A) LAS CATEGORIAS BASICAS DE LA DINAMICA Y LA ESTATICA JURIDICO SOCIAL EN SU DIMENSION PROPIA

I - Categorías básicas de la dinámica jurídico-social:

a) La finalidad

En el aspecto dinámico la categoría fundamental de la realidad social del derecho es la finalidad. En este caso la finalidad es la causa-fin, el para qué de la acción (finis operis).⁴

Si la identidad del reparto surge de la asignación de potencia e impotencia y estas adquieren su ser por el fin que cumplen respecto del beneficiario, es lógico que la categoría de esa asignación sea la finalidad.

El reparto es una conducta que realiza la finalidad de asignar aquello que preserva o perjudica el ser de los beneficiarios. Sus otros elementos también se constituyen al hilo de la finalidad objetiva del acontecimiento.

Es repartidor quien realiza la conducta cuya finalidad asigna potencia e impotencia. Son beneficiarios quienes han recibido algo que teleológicamente es potencia o impotencia.

La finalidad es una categoría pantónoma referida a una totalidad finita de relaciones. El conocimiento de cualquiera de ellas implica el de la finalidad en su totalidad.⁵

Tal totalidad se produciría una vez llegado el Fin del Mundo y sólo podría abarcarse en caso de obtener omnisciencia.

Como necesitamos formular juicios teleológicos tenemos que superar dicha pantonomía prescindiendo de la totalidad que exige la finalidad.

Para lograr tal prescindencia debemos cortar las tendencias hacia la totalidad aplicando el método del fraccionamiento. Como la pantonomía de la finalidad se muestra en forma de conflictos entre el carácter infinito del mundo y el carácter finito de la finalidad, de influencias

del Dr. Jorge Gómez Silva, 1ª. ed., México, 1955, pág. 5/6; SOROKIN, Pitirim A., "Dinámica sociocultural y evolucionismo", en "Sociología del Siglo XX",

4 Rodolfo von IHERING solo intuyó esta finalidad; centralizó su atención en la finalidad subjetiva. Esta deficiencia esterilizó varios aspectos de su genial concepción. (v. IHERING, Rodolfo von, "El fin en el derecho", Atalaya, Buenos Aires, 1946; v. también ALCORTA, Ignacio, "Introducción a la Sociología", Barcelona, 1957, que expresa ideas próximas a la finalidad objetiva; RECASENS SICHES, Luis, "Tratado General de Sociología", México, 1956, pág. 83 y 84; y MAC IVER, R. M., "Causación social", versión española de Moisés González y Eugenio Imaz, México, 1949, pág. 11, que hacen referencia a la finalidad subjetiva).

5 GOLDSCHMIDT, Werner, "La Ciencia ..." cit., pág. 54; "Introducción ..." cit., pág. 135.

desde fuera, de expansiones hacia fuera y de contracciones hacia dentro, los cortes aparecen en esas direcciones.

1) Discrepancia entre el carácter infinito del mundo y el carácter finito de la finalidad:

Los acontecimientos sobrevinientes pueden cambiar la relación de finalidad del reparto (modificaciones ex nunc).

Para enunciar juicios teleológicos debemos prescindir de tal posibilidad.

Si “A” regala un libro a “B” éste ha recibido la potencia derivada de la propiedad del libro. Sin embargo, si luego se persigue a los propietarios de libros como ese, lo que fue potencia se convierte desde entonces en impotencia.

2) Influencias desde fuera:

La finalidad de cualquier acto es influida por todas las otras finalidades. Tendríamos que abstenernos de formular juicios teleológicos hasta conocerlas, pero nos vemos en la necesidad de cortar tales influencias.

Si se dispone un aumento de sueldos para ciertos trabajadores, afirmamos que éstos han recibido una potencia. Los aumentos en el costo de la vida que pueden producirse en ese momento pueden modificar los efectos atribuidos al incremento de sueldos, pero prescindimos de considerarlos.

3) Expansiones hacia fuera:

La finalidad de cualquier acto se extiende hacia situaciones que consideramos externas. Prescindimos de esas extensiones y sólo consideramos parte de la finalidad.

Si “A” paga una suma de dinero a “B” nos limitamos a decir que éste ha recibido una potencia. Esa potencia se extiende a los familiares de “B”, sus herederos, etc., pero prescindimos de tal expansión.

4) Contracción hacia dentro:

La finalidad de todo acto contiene una innumerable cantidad de detalles. Por ser innumerables nos resultan inalcanzables en su integridad, recurrimos a fraccionamientos que nos permiten aislar sólo unos pocos.

Si “A” dona un libro a “B” consideramos que éste obtiene una potencia porque podrá acrecentar su inteligencia, memoria, imaginación, atención, etc. mediante la lectura del libro, o porque aumentará su patrimonio con el valor económico de dicho objeto. Sin embargo, siempre quedarán matices que no contemplaremos, -como podría ser el del uso del volumen como adorno- y de cuya consideración prescindimos.

La finalidad objetiva permite enjuiciar el acierto de los proyectos de reparto. Tal acierto depende de la coincidencia entre la finalidad subjetiva de los autores del proyecto y la objetiva de las acciones contempladas. La discrepancia puede provenir del fin o de la intención.

Si un individuo pretende lesionar a otro hiriéndole a un pariente a quien éste odia, hay discrepancia entre la finalidad objetiva y el fin.

b) La Causalidad

Los hombres viven basados en la realidad material. La dinámica de esta realidad surge al hilo de la causalidad.

Como la vida jurídica es una expresión de la vida humana, también en ella se advierte una base material.^{6 7}

Al hilo de esta realidad material aparece la causalidad. Esta es una categoría subyacente a la finalidad.⁸

En la medida en que se apoye en materialidades la finalidad de los repartos debe corresponder a las relaciones causales.

La vinculación teleológica que origina los elementos del reparto debe guardar concordancia con las relaciones causales existentes entre ellos.

La finalidad puede cambiar el significado de estas relaciones pero no puede alterar su constitución ni su sentido. El cumplimiento de la finalidad requiere el de la causalidad comprendida en ella, pero la causalidad puede darse sin que la finalidad se proyecte.

También la causalidad es una categoría pantónoma: supone una infinidad de relaciones. Para conocer cabalmente una relación causal tendríamos que dominar todas las otras relaciones de esa misma especie.

Tal vastedad de conocimiento nos inalcanzable porque para lograrla tendríamos que obtener la omnisciencia.

En cambio nos es posible el conocimiento de ciertos sectores. Para aislarlos tenemos que recurrir a fraccionamientos que aparecen en los mismos sentidos en que ella muestra su pantonomía: influencias desde fuera, expansiones hacia fuera y contracciones hacia dentro.⁹

1) Influencias desde fuera:

Toda relación causal es influída por otras relaciones causales. Para poder enunciarla tenemos que fraccionar dichas influencias.

Si “A” dispara un arma de fuego contra “B”, decimos que hay una relación causal entre la presión ejercida por “A” sobre el gatillo y el disparo contra “B”. También actúa como causa del disparo el arma de fuego, que existe en virtud de otra relación causal, pero cuya

6 MAC IVER, R. M., op. cit., pág. 9.

7 Kelsen ha impugnado la consideración de la causalidad como elemento de la sociedad y del derecho. El parte de una concepción normativa de la sociedad y del mundo jurídico que nosotros no compartimos. (v. KELSEN, Hans, “Sociedad y Naturaleza. Una investigación sociológica”, trad. Jaime Perriau, Buenos Aires, 1945 y “Teoría Pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, 1960).

8 El profesor Bruera hizo un detallado análisis de las posiciones relativas a la causalidad, pero llegó a una conclusión que diluye esta categoría identificándola -a los fines del derecho- con la “rationes sufficientis agendi”. (v. BRUERA, José Juan, “El concepto filosófico jurídico de causalidad”, Buenos Aires, 1944).

9 Muchas de las orientaciones científico-jurídicas que se ocuparon de la causalidad fallaron en el descubrimiento de su fraccionamiento. (v. VON LISZT, Franz, “Tratado de Derecho Penal”, 2ª. ed., t. 2, 1927).

intervención fraccionamos.

2) Expansiones hacia fuera:

Cualquier relación causal se extiende indefinidamente, pero es necesario efectuar cortes que limiten esa extensión.

Si “A” entrega una suma a “B” normalmente nos limitamos a señalar una relación causal entre los movimientos de “A” y el desplazamiento de la materialidad del dinero. Es posible que con dicha materialidad se haya desplazado también un virus que ocasione una enfermedad a “B”, pero nosotros fraccionamos esa expansión.

3) Contracción hacia dentro:

Cada relación causal presenta una infinita variedad de matices que por esa condición de infinitud nos son inalcanzables.

Si “A” dispara contra “B”, la fuerza ejercida sobre el gatillo puede haber sido de la intensidad mínima para ponerlo en movimiento o de una intensidad mayor. Fraccionamos el detalle de la intensidad y consideramos simplemente que la fuerza ejercida por “A” produjo el disparo.

También la causalidad permite enjuiciar el acierto de los proyectos.

En este aspecto tal acierto depende de la coincidencia entre la causalidad pretendida en la intención y la objetiva de las acciones contempladas.

II. Categorías básicas de la estática jurídico-social:

a) La efectividad o realidad

Esta categoría individualiza el conjunto de los elementos jurídico sociales que “existen”.

El reparto es una realidad. Sus repartidores, beneficiarios y objetos repartidos son efectivizados.

La efectividad es una categoría monónoma, referida a objetos individuales.

También ella permite enjuiciar los proyectos. Si el sector a reglamentar se hace efectivo, el proyecto es real. Si la reglamentación se realiza, el proyecto está efectivizado.

b) La posibilidad

Esta categoría señala lo que “puede ser”. En el futuro más remoto posee un grado máximo de amplitud y de vaguedad de contenido. En tiempos más próximos va reduciendo su amplitud y aumentando la determinación de su contenido hasta llegar a la efectividad en que queda subsumida.

Antes de ser efectividad el reparto es siempre posibilidad. La necesidad de proyectar

repartos y el deseo de realizar la previsibilidad -valor relativo, pero valor al fin- nos exige que averigüemos la posibilidad.

Ella se proyecta sobre los diversos elementos del reparto: repartidores, beneficiarios y objetos a repartir.

La posibilidad es una categoría autónoma referida a una infinidad. Para afirmar la respecto de una de ellas tenemos que conocer todo el ámbito de las posibilidades.

Como tal conocimiento nos es inalcanzable nos vemos en la necesidad de producir fraccionamientos que aparecen en los mismos sentidos en que se muestra la autonomía de la posibilidad. Se cortan influencias desde fuera, expansiones hacia fuera y contracciones hacia dentro.

1) Influencias desde fuera:

Cualquier posibilidad es influida por otras múltiples posibilidades. Para poder formular juicios respecto de ella tenemos que fraccionar esas influencias.

Es posible que “A” hiera a “B”. Al afirmarlo fraccionamos la posibilidad de que otro lo mate.

2) Expansiones hacia fuera:

Cualquier posibilidad se extiende en todas direcciones, es necesario fraccionarla para poder aprehenderla.

Es posible que “A” hiera a “B”. Ello implica la posibilidad de que sea necesario sustituirlo en las tareas que realiza, pero fraccionamos esta proyección.

3) Contracciones hacia dentro:

Toda posibilidad contiene una innumerable cantidad de detalles que precisamente por esta condición de innumerables nos resultan inalcanzables en su integridad e imponen el consiguiente fraccionamiento.

Es posible que “A” se apodere de un objeto que se halle en poder de “B”. Para hacerlo podrá emplear una infinita variedad de movimientos distintos, pero fraccionamos su consideración.

B) PROYECCION DE ESTAS CATEGORIAS EN LAS OTRAS DIMENSIONES DEL DERECHO

Hemos señalado las categorías básicas de los enfoques jurídico-sociales fundamentales. Corresponde que aquí veamos cómo ellas aparecen desde los puntos de vista de las otras dimensiones.

Para el logro de esta visión tenemos que ampliar las nociones que dimos al comienzo

acerca de la justicia y de las normas.

La justicia es el valor básico del mundo jurídico. Vale y por ello contiene un deber ser ideal independiente de su material valorativo. Valora su material estimativo que en el derecho consiste en los repartos. Orienta en el descubrimiento de criterios de valor que nos aparecen al hilo de las valoraciones.

Las normas contienen la captación lógica neutral de repartos proyectados. Dicha captación se realiza por una persona que se considera tercero en la situación, aunque en la realidad no lo sea. La captación desde el punto de vista de los protagonistas es el imperativo.

Norma e imperativo pretenden contener la captación de la voluntad del autor del proyecto. Si lo logran son fieles.

Además aquélla pretende captar un reparto que se cumple. Si esto es cierto la norma es exacta.

Consideremos cómo aparecen las categorías mencionadas desde los puntos de vista de las dimensiones de la justicia y de las normas.

I) Categorías básicas de la dinámica jurídico-social

a) La finalidad

La justicia de un reparto depende de la finalidad objetiva del mismo.

Desde el punto de vista normativo, si la norma o el imperativo describen la finalidad subjetiva que anida en el proyecto, son fieles. Si esta finalidad se cumple de manera que se logra una objetividad coincidente, la norma es exacta.

b) La causalidad

La justicia valora la causalidad que anida en la realidad social de los repartos al hilo de la finalidad de los mismos.

La fidelidad y la exactitud pretendidas en la dimensión normativa también proyectan sus exigencias sobre la causalidad captada y la pretendida. Para que la norma sea exacta debe cumplirse la relación causal que ella pretende.

II) Categorías básicas de la estática jurídico social:

a) La efectividad o realidad

Al valorar una realidad la justicia nos da un contenido positivo o negativo que es. Como los valores son entes exigentes, la injusticia real da nacimiento a un deber ser actual de que ella cese.

La norma y el imperativo pretenden ser la descripción de la voluntad efectiva del repartidor, por ello dan origen al problema de la fidelidad. Como en la norma anida la pretensión

de describir un reparto efectivo, surge -respecto de ella- el problema de la exactitud.

b) La posibilidad

La justicia exige su realización a través de repartos. Para lograrla hay que considerar la posibilidad de tal efectivización.

Dijimos que cualquier situación injusta engendra un deber ser actual de que ella cese. Para aquellos a quienes es posible hacerla desaparecer emerge un deber de actuar con este propósito.

Ambos deberes pueden tener contenidos distintos, ya que el deber de actuar puede no alcanzar sino sólo a una parte del deber ser actual.

Si el reparto justo no es posible cobra relevancia especial el más justo de los repartos posibles, el reparto justificado.

El reparto justo puede amoldarse a un deber ser actual y a un deber de actuar. El reparto justificado nunca se amolda a un deber ser actual, pero puede efectivizar un deber de actuar. Este reparto engendra siempre un deber ser actual: el de eliminar los obstáculos que impiden el reparto justo.

Cuando las normas sólo pueden ser cumplidas parcialmente, la posibilidad nos brinda una categoría especial: la correspondencia, o sea el más alto grado de cumplimiento posible.

TEMAS EN DEBATE

LA TEORÍA TRIALISTA FRENTE A LA TEORÍA PURA. REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE TRES CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES¹

MARIANO H. NOVELLI*

1. Exordio

La Jusfilosofía constituye un horizonte cuyo abordaje puede efectuarse desde las más diversas perspectivas. Entre ellas, resulta de especial interés la que permite pensar al trialismo², modelo jurídico al que adherimos, en comparación con la teoría pura del Derecho³.

La temática conlleva un interés que excede el ámbito teórico, puesto que el posicionamiento del jurista en los senderos de una u otra doctrina, termina por definir toda una manera de entender la interacción humana y los problemas que la circundan.

1 Colaboración del autor en el marco del Proyecto de Investigación “Aportes para la integración iusfilosófica del mundo jurídico”, acreditado por Resolución N° 108/2001 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario.

* Docente de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Adscripto al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de dicha institución académica, y miembro del Grupo de Estudio en Filosofía del Derecho que funciona en el marco del citado Centro. E-mail: mnovelli@fder.unr.edu.ar

2 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, puede v.: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Bs. As., 1987; “Justicia y verdad”, La Ley, Bs. As., 1978; “Semblanza del trialismo”, en “El Derecho”, t. 113, págs. 733 y ss.; “La Doctrina del Mundo Jurídico”, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1962; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Depalma, Bs. As., 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/84; “Perspectivas Jurídicas”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1985; “Estudios Jusfilosóficos”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; “Filosofía de la Jurisdicción”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998; “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.; “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1999, págs. 33 y ss.; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

3 Sobre la teoría pura del Derecho, cabe c.: KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, 4ª ed., Eudeba, Bs. As., 1999; “Teoría general del Derecho y del Estado”, trad. Eduardo García Máynez, 3ª ed., Textos Universitarios, México, 1969; “Law, State and Justice in the Pure Theory of Law”, en “The Yale Law Journal”, vol. 57, 1948, págs. 377 y ss.; “La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit”, en “Revue de métaphysique et de morale”, vol. 41, 1934, págs. 183 y ss. (en versión castellana: “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933); “Allgemeine Theorie der Normen”, Manzsche, Viena, 1979 (en portugués: “Teoria Geral das Normas”, trad. José Florentino Duarte, Fabris, Porto Alegre, 1986).

Dos han sido las razones primordiales que nos orientaron hacia el tratamiento de este asunto, cuya constelación de proyecciones hemos debido *fraccionar*, dada la multiplicidad de posibles factores de análisis.

Por un lado, nos impulsa la circunstancia de apreciar que la enseñanza de las asignaturas curriculares de la carrera de Abogacía se centra casi exclusivamente en las normas, lo cual no es en sí objetable, pero entendemos que comienza a serlo –o, al menos, se convierte en insuficiente– cuando no se complementa con conciencia de la realidad y de sus límites.

A la par, nos alienta el convencimiento de que la teoría trialista brinda un marco mucho más comprensivo y adecuado que el esquema del positivismo ‘jurídico’ –en verdad, normológico–, al que supera enriqueciéndolo con fundamentales aportes sociológicos y axiológicos⁴. Ello permite visualizar conflictos de intereses y discutir las auténticas metas que ha tener el Derecho⁵.

2. La pureza en el Derecho

Ante todo, es preciso decir que tanto Werner GOLDSCHMIDT (1910-1987), fundador del trialismo, como Hans KELSEN (1881-1973), creador de la teoría pura, coincidieron respecto de la necesidad de *pureza* en el Derecho⁶. Sin embargo, el jurista vienés –en este punto, tributario del neokantismo, que identificaba *método* y *objeto* de conocimiento–, sólo concibió el logro de tal ideal mediante la circunscripción del mundo jurídico a las *normas*, con la consecuente exclusión de cualesquiera otros posibles componentes.

Kelsen entendía que la *pureza* era “el principio lógico o epistemológico de la evitación de cualquier sincretismo metódico”⁷. Ergo, estimó imprescindible remitir la *realidad social* a disciplinas causales como la Economía, la Psicología o la Sociología⁸, y negar rigor científico a la consideración de los *valores* por creerlos subjetivos⁹, arribando así a una “simplicidad

4 Al respecto, destaca las ricas perspectivas que brinda la comprensión socio-normo-dikológica de lo jurídico CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 18, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1994, págs. 19 y s.

5 CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., p. 51.

6 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. XVII y s.

7 Cf. KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho y teoría egológica”, trad. Eduardo García Máynez, en “La Ley”, t. 72, p. 751.

8 CIURO CALDANI, “Lecciones...” cit., p. 40.

9 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Homenaje al Dr. Hans Kelsen”, en “Revista del Colegio de Abogados de Rosario”, año V, N° 8, Rosario, julio de 1973, p. 158. Según Kelsen, “las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. (...) Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. (...) Porque tienen un sentido

pura”¹⁰ que ciñe el Derecho estrictamente al aspecto normativo¹¹.

En cambio, en la teoría trialista, tanto las *normas* (dimensión normológica) como los *repartos*¹² (dimensión sociológica) y los *valores* (dimensión axiológica o dikelógica) forman parte del mundo jurídico, hallándose íntimamente ligados pero sin confundirse. Ninguna de las tres nociones puede dar cuenta individualmente del Derecho, que las requiere ineluctablemente, pues otorgan ópticas distintas, todas necesarias.

De esta manera, el trialismo consigue integrar acabadamente las tres ‘jurísticas’, respetando sus diferencias, para acceder a cada dimensión por los métodos que contribuyan a un debate más esclarecedor¹³. En definitiva, se conserva la *pureza* pero se considera de interés abordar como complejo al objeto de la ciencia jurídica, en correspondencia con el carácter que revisten los *fenómenos vitales* que están en juego¹⁴. La teoría trialista constituye, de tal modo, una “complejidad pura integrada”¹⁵.

puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia” (KELSEN, “Teoría pura del derecho” cit., p. 48).

10 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., p. XVII.

11 Quien seguramente ha sido el más destacado jusfilósofo brasileño afirma que “Kelsen excluye de los dominios propios de la Ciencia del Derecho –empero no sin reconocer su fundamental importancia– a los estudios psicológicos y sociológicos sobre el Derecho, así como las consideraciones éticas sobre los ideales jurídicos”, a consecuencia de lo cual “deja al Derecho suspendido en lo abstracto, en el plano de la pura normatividad lógica” (REALE, Miguel, “Fundamentos del Derecho”, trad. Julio O. Chiappini, Depalma, Bs. As., 1976, págs. 124 y s.).

12 Los repartos son adjudicaciones de potencia e impotencia provenientes de la conducta de seres humanos determinables. Al decir de Goldschmidt, “potencia” es todo lo que favorece al ser y, en los seres animados, a la vida; “impotencia” es todo lo contrario (GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 54 y ss.). También puede c., v. gr.: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La noción de potencia y la integración del Derecho en la vida”, en “El Derecho”, t. 136, págs. 955 y ss.

13 En la formulación originaria goldschmidtiana, la posibilidad de que “un solo objeto, como el mundo jurídico, fuese tema de tres métodos diversos, o sea del método sociológico, dikelógico y normativo” (GOLDSCHMIDT, “La Doctrina...” cit., págs. 5 y s.) se asentaba en el realismo genético. En cambio, la versión trialista actual se basa en una posición constructiva, según la cual se da al Derecho la cantidad de métodos que sean necesarios para brindar el debate que resulte más esclarecedor (CIURO CALDANI, “...Metodología Jurídica” cit., p. 56; igualmente, cabe. v.: “Lecciones...” cit., p. 39).

14 La complejidad del universo es infinita, y ello se destaca sobremanera si se atiende a la vida en general y a la vida humana en especial. “La vida del hombre es la cumbre de la complejidad cósmica, principalmente porque esa complejidad está multiplicada por la fuerza del espíritu humano y, en definitiva, el hombre es el ser más problemático, respecto del mundo en general y sobre todo de sí mismo. (...) De aquí que entre las perspectivas más significativas para evaluar una teoría está la de su fuerza problemática, entendida como la aptitud para ‘presentar’ problemas, sea en sentido cualitativo o cuantitativo, y esta importancia de la capacidad de presentar problemas se hace particularmente elevada cuando se trata de la vida humana” (Cf. CIURO CALDANI, “El trialismo...” cit., p. 884).

15 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. La complejidad de los casos”, en “La Ley Actualidad”, año LXVIII, N° 112, 10 de junio de 2004, p. 1.

3. Parangón respecto de tres cuestiones jurídicas relevantes

3.1. Aspectos generales

A los fines del presente trabajo, optaremos por tomar una tríada de cuestiones, cada una de ellas relativa a una de las jurídicas. La elección no la hemos efectuado al azar, sino en la búsqueda de puntos representativos de las diferencias existentes entre la teoría pura y la teoría trialista.

En cuanto a la *Jurística Normológica*, analizaremos **la norma en su vinculación con la causalidad y la verdad**; respecto de la *Jurística Sociológica*, abordaremos **la persona**; y en lo atinente a la *Jurística Dikelógica*, estudiaremos **la juridicidad de la justicia como valor**.

3.2. Jurística Normológica: relación entre norma, causalidad y verdad

En la **norma**, Kelsen contempla exclusivamente una relación de *imputación*, entendiendo que sólo expresa un “deber ser”. La imputación, que según esta doctrina distingue a las “ciencias normativas”, significa que la voluntad de alguien *atribuye* una consecuencia a un hecho¹⁶.

En cambio, la **causalidad** implica una relación directa de causa a efecto¹⁷ y constituye, por ende, una categoría que –como hemos anticipado– el maestro vienés reserva para otras ciencias¹⁸. Se produce, de esa forma, un distanciamiento notable de la norma respecto de la realidad social, con lo cual simultáneamente se aleja de aquella toda pretensión de **verdad** (la norma plantea un mero silogismo que –en cuanto tal– responde a los parámetros de “corrección-incorrección”, y no de “verdad-falsedad”).

En cambio, la teoría trialista, en posición antagónica –que muestra una honda integración socio-normológica–, construye el concepto de **norma** como la “captación lógica neutral de un reparto proyectado”, e incluye a la **causalidad** en el ámbito de consideración del modelo jurídico, haciéndola predominar sobre la imputación. Por consiguiente, la norma adquiere una fuerte pretensión de verdad¹⁹.

16 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1994, t. III-II, p. 280.

17 Aquí “no interviene ningún acto humano ni sobrehumano” (Cf. KELSEN, “Teoría pura del derecho” cit., p. 26).

18 Interpreta Kelsen que las ciencias sociales normativas, entre las que incluye no sólo al Derecho sino también a la Ética, “no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales”. El estudio de tales relaciones corresponde, para él, a otras ciencias sociales, a su criterio tan “causales” como las tradicionalmente llamadas “ciencias naturales”, y entre las que engloba a “la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas” (Cf. KELSEN, “Teoría pura del derecho” cit., p. 25).

19 CIURO CALDANI, “...Metodología Jurídica”, cit., p. 65. Tanto la causalidad como la verdad “son pensadas siempre como categorías ‘pantónomas’ (pan=todos; nomos=ley que gobierna) sólo abarcables mediante

“La remisión trialista a la verdad de las normas es muy amplia. En un arco de posibilidades de vinculación, cabe decir que además de la pretensión de alejamiento de la causalidad y de la verdad contenida en la imputación, incluso dentro del propósito de referencia a la causalidad hay diversas medidas. Podría pensarse a la norma sólo como el reflejo del ser del hecho de proyectar el reparto que la genera dentro de la causalidad, pero conteniendo un deber ser que la apartara del hecho del cumplimiento en el terreno de la imputación. El trialismo opta por la noción de norma que la adhiere permanentemente a la causalidad y a la verdad, también respecto del cumplimiento del contenido de la voluntad de los repartidores, y por eso construye la captación normativa como la haría un ‘tercero’, ajeno a las resistencias que se manifestarían desde el papel de los protagonistas. (...) La normatividad trialista se piensa como ‘será’, no como debe ser”²⁰.

Para comprobar la realización de la verdad, la teoría trialista se vale de las nociones de fidelidad, exactitud y adecuación. La norma es fiel cuando describe con acierto el contenido de la voluntad de sus autores; es exacta si el cumplimiento descrito se produce y es adecuada cuando los conceptos empleados integran la realidad sirviendo a los fines de sus autores, en cuanto a contenido y cumplimiento²¹. A los efectos de verificar si la norma presenta tales caracteres, debe efectuarse un triple salto desde las fuentes formales a las materiales, en lo que constituye otro ejemplo del estrecho vínculo entre lógica y hechos que propone el trialismo. Respectivamente, son el “salto a la simultaneidad”, que se concreta en la interpretación, el “salto a la posterioridad”, que depende de la aplicación de la norma, y el “salto a la plenitud”, que se efectúa con fundamento en las tareas funcionales de elaboración y determinación²².

3.3. Jurística Sociológica: la idea de persona

La idea de **persona** es igualmente un punto clave para comprender una y otra teoría jurídica.

Desde la doctrina kelseniana, la **persona** no es más que “un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas”²³. De esta forma,

fraccionamientos productores de certeza y esa pantonomía brinda en el trialismo una gran riqueza de perspectivas científicas” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Norma y verdad en la teoría trialista del mundo jurídico”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 25, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001, p. 92).

20 Cf. CIURO CALDANI, “Norma...” cit., págs. 93 y s.

21 Ídem, p. 94. También puede v.: GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 197 y ss.; CIURO CALDANI, “... Metodología Jurídica” cit., p. 65.

22 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, Nos 4/6, UNR, Rosario, 1986, págs. 233 y s. (también en “Zeus”, t. 32, p. D-104).

23 Cf. KELSEN, “Teoría pura del derecho” cit., p. 102. Para la teoría pura, la persona es un concepto elaborado por la ciencia del Derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto. No tiene existencia real y, por

la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, no existiendo ninguna diferencia esencial entre ellas²⁴. Al fin, se trata de un concepto lógico y coherente con el postulado de la norma como relación de imputación, pero inidóneo, a nuestro modo de ver, para reflejar la trascendencia que el ser humano tiene como piedra angular del Derecho.

Por su parte, el trialismo plantea una comprensión *integrada* de la **persona**. En la *dimensión sociológica*, ella tanto puede adjudicar potencia e impotencia –a través de repartos o de distribuciones por influencias humanas difusas– como ser recipiendaria²⁵ de ellas, asumiendo un rol decisivo en la *conducción* de la vida; y es asimismo aquí donde se distingue con claridad a la persona de existencia natural de la de existencia ideal, puesto que la primera surge en virtud de un fuerte influjo de distribuciones, sobre todo de la naturaleza, mientras que la segunda tiene su origen en repartos. En la *dimensión normológica*, la teoría trialista acepta la noción kelseniana, pero la inserta en un campo más amplio, considerando a la persona como un papel normativo total dentro de la representación normativa de la vida, compuesto por diversos papeles parciales (de acreedor, deudor, hijo, padre, etc.). Finalmente, en la *dimensión dikelógica*, la persona ha de ser un suborden de valores que, realizando un complejo axiológico que le es propio, culmine con la satisfacción (directa, en el caso de una persona física, o indirecta, si es una persona jurídica) del valor humanidad²⁶.

Una cuestión importante expone la utilidad de visualizar a la persona desde la triple perspectiva socio-normo-dikelógica: cada conjunto de repartos, cada conjunto normativo y la justicia de cada conjunto de repartos son *lo que las personas que los integran los hacen ser*; pero, al mismo tiempo, cada persona es *lo que el conjunto de los repartos, el conjunto de las normas y la justicia del conjunto de repartos la hacen ser*²⁷. De esta manera, se evidencia la profunda interacción existente, y se ubica al ser humano en su auténtico lugar en el mundo jurídico²⁸.

tanto, podría prescindirse de ella, ya que lo único indispensable es siempre remitirse a las normas que regulan las conductas de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos.

24 Ídem, p. 103.

25 A fin de profundizar acerca de los recipiendarios, noción a la que debe asignarse capital relevancia al momento de comprender integradamente todo fenómeno jurídico, remitimos a CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los recipiendarios del Derecho”, en “Revista del Centro...” cit., N° 27, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2003, págs. 47 y ss.

26 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión jurídica de la persona”, en “El Derecho”, t. 142, págs. 946 y ss. Las personas jurídicas sólo son identificables directamente por valores parciales como la verdad o la belleza (CIURO CALDANI, “Lecciones de Historia...” cit., p. 286).

27 CIURO CALDANI, “Comprensión...” cit., p. 948.

28 De la amplia concepción de la persona, surge como derivación la rica perspectiva con que la teoría trialista estudia los derechos de ésta. Puede v., a colación del tema: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los derechos humanos en el trialismo”, en “El Derecho”, t. 129, págs. 955 y ss.

3.4. Jurística Dikelógica: la juridicidad del valor justicia

Por último, haremos referencia a la justicia. Para Kelsen, ésta, al igual que el resto de los valores, es subjetiva. Constituye un mero ideal, un “hermoso sueño de la humanidad”²⁹, que “por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional”³⁰. No obstante, admitía el mentor de la teoría pura que la justicia podía configurarse como prioridad o *standard* en un orden social dado. Ello, debido a que muchos individuos pueden coincidir en sus juicios evaluativos y a que todo sistema de valores se constituye como resultado de influencias individuales recíprocas. Empero, esta circunstancia, si bien determina que cada sociedad puede contar con un complejo axiológico propio eventualmente uniforme, no resultaría incompatible con la referida índole subjetiva de los valores; según Kelsen, “que varios individuos concuerden en un juicio de valor no prueba de ningún modo que ese juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo”³¹.

Consagra, en definitiva, una noción de justicia claramente relativa, no sólo *externa al Derecho* sino también acientífica, como todo plexo axiológico.

Frente al subjetivismo valorativo, Goldschmidt sostuvo la *objetividad* de los valores, influido probablemente por su historia personal y sus convicciones religiosas. Creyó que la **justicia** era un valor absoluto y natural³², cuyo estudio revestía carácter científico³³.

La evolución del trialismo, en cambio, interpreta que es posible dejar en suspenso la dicotomía respecto de si los valores existen “dentro” o “fuera” del sujeto, lo cual no obsta *construir* una idea de justicia en base al consenso³⁴, por ejemplo, acerca de que la vida humana ha de ser dignificada³⁵. A partir de ello, se torna viable desarrollar toda una dikelogía, que aun así presenta una idealidad diferenciada de la realidad social y de las normas³⁶.

Sea desde una óptica objetivista o constructivista, estimamos que la referencia a valores

29 Cf. KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, trad. Leonor Calvera, Leviatán, Bs. As., 1991, p. 120.

30 Cf. KELSEN, “Teoría pura del derecho” cit., p. 49.

31 Cf. KELSEN, “¿Qué es la justicia?” cit., p. 40.

32 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 373 y ss.; “Semblanza...” cit., págs. 736 y ss.

33 Puede v.: GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Aguilar, Madrid, 1958. El propio Goldschmidt sostuvo que su obra acerca de la dikelogía, por avanzar en la científicidad del estudio de la justicia, constituyó un “Anti-Kelsen” (GOLDSCHMIDT, “Semblanza...” cit., p. 736).

34 En un estudio reciente, el Dr. Ciuro Caldani ha señalado que la discusión acerca de la objetividad o subjetividad de la justicia puede superarse “mediante la construcción de acuerdos fundamentales al respecto que permitan un desarrollo científico a partir de ellos” (CIURO CALDANI, Miguel Á., “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2004-I, p. 1070). Coincidentemente, hemos dejado sentada nuestra posición en NOVELLI, Mariano H. y LUCIANI, Fernando J., “Las decisiones judiciales y los factores de poder (Los postulados de Lassalle desde una perspectiva jurídica trialista)”, en “Zeus”, t. 94, p. D-140.

35 CIURO CALDANI, “Lecciones de Teoría...” cit., p. 41. Allende las dificultades para establecer límites precisos a la noción de “vida”, parece ser que tal tarea, aun siendo polémica, constituye un signo cabal del ostensible interés que aquélla despierta.

36 CIURO CALDANI, “...Metodología Jurídica” cit., p. 78.

resulta no sólo útil, sino intensamente necesaria³⁷. Por ende, el mundo jurídico merece ser concebido y estudiado como continente de un complejo axiológico que culmine en la justicia. Caso contrario, se abre paso a un mero tecnicismo en el funcionamiento de las normas y, en la faz teórica, a que se acepte que el Derecho es un simple molde *formal* que puede ser llenado con cualquier ideología³⁸.

4. Conclusión

Llegando al final de estas breves reflexiones, queremos dejar sentada nuestra postura. Estimamos que las posibilidades de superación que el legalismo brinda, en comparación con la teoría pura del Derecho, son contundentes. Ello, sin dejar de reconocer los destacables aportes que a la lógica normativa ha realizado el maestro de Viena.

Sin embargo, si se restringe el mundo jurídico exclusivamente a la lógica, se pierde de vista que su más profundo sentido está en *la inmensidad de la vida*.

37 En un excelente trabajo, pone de resalto el Dr. Chaumet la importancia de considerar el plexo de valores, especialmente frente a la dificultad que presentan ciertos casos: CHAUMET, Mario E., “Perspectiva legalista para la caracterización de los casos difíciles”, en “Revista del Centro...” cit., N° 27, esp. págs. 42 y ss.

38 Alguna vez se ha llegado a afirmar, con atendibles fundamentos, que la teoría pura del Derecho es la más servicial de las ideologías, porque puede acomodarse a cualquier interés (COSSIO, Carlos, “Radiografía de la teoría dogmática del Derecho”, Depalma, Bs. As., 1987, p. 191). Convalida esto, sintomática y paradójicamente, el propio Kelsen, pero creyendo que se trata de una característica teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba –ella misma no podría darla mejor– de que ha sabido conservar su carácter de teoría ‘pura’ (KELSEN, “Teoría pura del derecho” cit., p. 15), y también –agregamos nosotros– de que puede servir como un útil instrumento para los detentadores del poder de turno (CIURO CALDANI, “Lecciones de Teoría...” cit., p. 40), con los enormes riesgos que ello implica.

NOTAS

JORNADAS DE FILOSOFÍA DE LAS RAMAS DEL MUNDO JURÍDICO

En homenaje al PROFESOR DOCTOR GERMAN J. BIDART CAMPOS

31 de marzo y 1º de abril de 2005

Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social

Cátedras “A” y “E” Introducción al Derecho y “C” de Filosofía del Derecho

(Facultad de Derecho de la UNR)

Las Jornadas de Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico se realizaron el 31 de marzo y 1 de abril, en la ciudad de Rosario, con el expreso objetivo de homenajear al maestro Germán Bidart Campos fallecido el 03 de septiembre de 2004. A las mismas asistieron destacados juristas de las diversas ramas del Derecho, provenientes de todo el país. Sin temor a equivocarnos podemos decir que lo hicieron animados, por sobre todas las cosas, por el amor, respeto, gratitud y admiración que sintieron y sienten por el gran constitucionalista. De hecho, estos sentimientos motivacionales fueron expresados por todos los panelistas sin excepción, quienes lo conocieron personalmente, destacando no sólo su probidad académica sino sus excelentes aptitudes humanas.

La apertura estuvo a cargo de los Dres. *Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR e investigador del CONICET, además de principal artífice de las Jornadas, y *Mario Holland*, Presidente del Colegio de Abogados y anfitrión de la sede del evento.

Luego del acto inaugural tuvo lugar la Conferencia a cargo del Dr. *Atilio Alterini*, Decano de la Facultad de Derecho de la UBA, quien se refirió a los contratos en relación a los cambios profundos de la sociedad actual y al proyecto de reforma del Código del año 1998.

Panel I: Filosofía del Derecho Público

Durante la tarde de esta primera jornada se desarrolló el panel cuyo eje temático era la *Filosofía del Derecho Público*, del que participaron los Dres. *Iván José María Cullen*, Profesor Titular de Derecho Constitucional I de la Facultad de Derecho de la UNR, *Néstor Pedro Sagües*, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCA, y *Raúl Gustavo Ferreyra*, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA. Se ocuparon en los siguientes temas, respectivamente: los constitucionalistas rosarinos

del control de constitucionalidad de los actos de gobierno, y de parte de quien fuera un cercano discípulo, una conmemoración sentida y emotiva, rica en anécdotas que ilustran al homenajado. El coordinador-expositor de este panel fue el Dr. **Daniel Erbetta**, quien desde el marco de su especialidad, el Derecho Penal, hizo referencia a los límites de la legislación penal y las expectativas sociales y de los medios de comunicación puestas sobre él.

Panel II: Filosofía del Derecho Privado (primera parte)

El panel fue coordinado por la Dra. **Noemí L. Nicolau**, participando en calidad de expositores los Dres. **Ariel Ariza** y **Ricardo Silberstein**.

El Dr. **Ariel Ariza**, docente de la Cátedra de Contratos de la Facultad de Derecho de la U.N.R.; abordó el tema de la dimensión sociológica del Derecho Privado. Se refirió a algunos tópicos ineludibles, en un análisis profundo y actual de la temática, entre los cuales están: el alcance de los principios como fuente del derecho, el análisis jurisprudencial como rasgo de apertura hacia el plano sociológico, el valor de la costumbre, el reconocimiento de las circunstancias del caso y la incidencia de los hechos como parámetros de razonabilidad y aplicabilidad.

El Dr. **Ricardo Silberstein**, Decano de la Facultad de Derecho de la U.N.R., con su mirada puesta en el Derecho Comercial, abordó el tema del concepto de *sociedad* y su crisis, ilustrándonos concisa mas acabadamente sobre el origen del instituto y las problemáticas con las que se enfrenta al comenzar el siglo XXI. Llamó la atención sobre la necesidad de obtener un instrumento de organización capaz de limitar la responsabilidad en una actividad económica, así como de lograr la tutela efectiva de los terceros por medio de normas imperativas ya que la riqueza requiere velocidad y seguridad.

A continuación, se presentó una conferencia a cargo de la Dra. **Aída Kemelmajer de Carlucci**, que haciendo un análisis con el uso de elementos de Derecho Comparado, nos introdujo en el complejo tema de la responsabilidad médica. Su atención se detuvo en la particularidad del derecho actual en la elección de las fuentes y sus operadores. Recurriendo a una óptica estratégica, en la cual se combinan medidas legislativas con políticas sociales, resaltó la marcada tendencia a la *desjudicialización* por medio de la creación de comisiones regionales de conciliación y mediación.

Finalizando el primer día de la Jornada, expuso el Dr. **Miguel Ángel Ciuro Caldani** que se metió de lleno en la necesidad del Derecho *postmoderno* de romper con su conformación tradicional y desarrollar ramas del derecho con miradas transversales, reclamadas por la

ampliación del catálogo de sujetos vulnerables. Entre esas nuevas ramificaciones se hallan el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ancianidad, El Derecho del Arte y el Derecho de la Educación. Con especial referencia al Derecho de la Educación, particularmente a la autonomía de este último, desplegó un análisis que comenzó por considerar los nuevos paradigmas de codificación basados en principios, preguntándose a continuación sobre el papel de los jueces civiles. En cuanto a la autonomía científica, consideró la inquietud de la conveniencia o inconveniencia del aislamiento de las ramas y sus respectivos sistemas; abogó por la necesidad acuciante de elaborar un plan de estudios en el cual los programas de las diversas materias no atomen al Derecho, hecho éste que atenta contra la descripción, explicación y finalmente comprensión del objeto de nuestro estudio. Por último, alertó sobre el peligro de no denunciar el discurso del poder, ya que el Hombre no ha sido hecho para el Derecho y la Economía, sino que el Derecho y la Economía han sido hechos para el Hombre.

Panel III: Filosofía del Derecho Público II y de los Derechos Humanos

El viernes 1 de abril, segundo y último día de las Jornadas, comenzó con el panel titulado *Filosofía del Derecho Público II y de los Derechos Humanos*, constituido por los Dres. **Pedro Federico Hooft**, Juez y Profesor de la Facultad de Derecho de U.N.M.P. y Dra. **Susana Albanese**, Camarista y Profesora de la Facultad de Derecho de U.B.A.. El primero se refirió a la forma en la que la filosofía juega un papel central a la hora de abordar temas límites como los que plantea, cada vez con mayor cotidianeidad, el campo de la Bioética, encontrándose ésta en la recientemente constituida rama del Bioderecho. La Dra. Albanese se refirió al derecho a la libertad religiosa y de expresión en Europa, para lo cual trajo a colación una serie de relevantes y recientes fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos. El Dr. **Jorge Stäli** se desempeñó como coordinador- expositor.

Panel IV: Filosofía del Derecho Privado (segunda parte)

Por la tarde tuvo lugar el panel de *Filosofía del Derecho Privado*. La Dra. **Sandra Frustragli**, profesora de Contratos de la Facultad de Derecho de la U.N.R., se refirió a los derechos personalísimos en cuanto a comparables con los derechos humanos protegidos constitucionalmente. La Dra. **Adriana Krasnow**, docente de la Facultad de Derecho de la U.N.R. e investigadora del C.O.N.I.C.E.T., se refirió a la influencia de los principios constitucionales en el derecho de familia. Coordinó el panel la Dra. **Noemí Nicolau**, profesora titular de Contratos e investigadora del C.I.U.N.R., quien se refirió a problemáticas que aborda el derecho civil en consonancia con los temas referidos por las panelistas.

Panel IV: Filosofía del Derecho Internacional Privado

El panel referido a la *Filosofía del Derecho Internacional*, en cabeza de los Dres. **Horacio Daniel Piombo**, de la Facultad de Derecho de la U.N.L.P., y **Alfredo Soto**, de la Facultad de Derecho de la U.N.R., continuó en la programación. El Dr. Soto se refirió al proyecto de codificación del derecho internacional privado que se lleva a cabo actualmente en nuestro país. El coordinador-expositor fue el Dr. **Alejandro Menicocci**.

La Dra. **Ana María Figueroa**, Profesora Titular de Derecho Constitucional II de la Facultad de Derecho de la U.N.R., conjuntamente con la Dra. **María Isolina Dabove**, se refirieron a la problemática de los derechos humanos y a los Pactos Internacionales como instrumentos valiosos que indican a los Estados Nacionales sus obligaciones.

Panel V: Filosofía del Derecho

El cierre de las Jornadas lo constituyó el referido panel de *Filosofía del Derecho*, que estuvo a cargo de los Dres. **Santiago Legarre**, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, **María Isolina Dabove**, Profesora Asociada de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R., **Eduardo Víctor Lapenta**, Director de la Escuela de Derecho de U.N.I.C.E.N., y **Ricardo Guibourg**, Profesor de la Facultad de Derecho de la U.B.A..

El Dr. **Legarre** expuso sobre el *Stare Decisis* y *derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del Profesor Bidart Campos*, explicando qué son el *common law* y el *stare decisis* y argumentando que, contrariamente a lo sostenido por el Profesor Bidart Campos, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina no es obligatoria en el sentido en que lo es la jurisprudencia en los países del mundo anglosajón.

La Dra. **Dabove** recordó un artículo del homenajeado titulado “*Epistemología del Derecho*” escrito en honor a don Werner Goldschmidt, en sus 70 años. En ese artículo el maestro Bidart Campos se aboca a la difícil tarea de dilucidar qué cosa es esa a la cual llamamos “ciencia jurídica”. A este cuestionamiento, le siguen otros tantos: ¿existe tal ciencia?, en caso afirmativo, ¿de qué tipo es?, ¿qué características la constituye?, ¿todo lo jurídico es ciencia?, ¿o más bien cabe la posibilidad de distinguir tipos de saberes constitutivos del Derecho? La expositora nos fue llevando por un camino ameno a fin de contestar cada uno de los interrogantes planteados. Siguiendo los lineamientos del autor, desarrolla este tema considerando la necesidad de distinguir entre Filosofía y Ciencia; llegando a elaborar un concepto de ciencia tridimensionalista continuando las enseñanzas del

maestro Goldschmidt.

El Dr. **Lapenta** nos ilustró sobre la cuestión penal en las ramas del derecho. Considera que el derecho penal debería tener una exigencia de re-personalización del delincuente, con un centro crítico en la persona del condenado, y una esfera crítica que se proyecta a la víctima y la sociedad toda. Indica que el desarrollo doctrinario actual, aún desde distintas concepciones, postula la minimalización del derecho penal, aunque sin explicar adonde deberían transferirse las conductas ilícitas que se excluyan de penalización. Esa insuficiencia de la rama tradicional, relativamente superficial y compartimentalizada, lleva a postular la necesidad de reconocer y desarrollar una rama transversal que integre las problemáticas que hoy quedan afuera del Derecho Penal.

El Dr. **Guibourg**, hizo especial referencia a la falta de conciencia en la filosofía del derecho que “reina” en cada una de sus ramas, a la ausencia de comunicación entre ellas, y al uso de la *dogmática* como punto de referencia por parte de los abogados en el ejercicio de la profesión. Hizo un meritorio llamado a unificar el lenguaje y a establecer un sincero y fructífero diálogo entre las ramas del Derecho, que, según su análisis de la actual situación, no existe.

Comunicaciones presentadas

- *21 años: ¿Tiempo para una democracia mayor de edad?*, por *Diego Alberto Dolabjian*, estudiante de la Facultad de Derecho de la U.B.A.
- *Casandra y el delirio que nos negamos a escuchar: Emergencias psiquiátricas en contextos de vulnerabilidad extrema*, por *Lic. en Filosofía Mirian Alejandra María Cuenca*.
- *Derecho Ambiental y Etica Ambiental, desde una visión tridimensional del Derecho*, por *Dr. Horacio L. Allende Rubino*, Facultad de Derecho de la U.N.R.
- *Control judicial de constitucionalidad de oficio: un nuevo paradigma. Una proposición capital de la teoría jurídica del Prof. Bidart Campos*, por *Verónica García Christensen*, estudiante de la Facultad de Derecho de la U.B.A.
- *Bibliografía del Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos vinculada con la rama Derecho Procesal y publicada en las principales revistas jurídicas de la Argentina.*, recopilación a cargo de los *Dres. Juan Pablo Cifré y Andrea A. Meroi*, profesores de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

- *El principio de congruencia y la Ley de Obediencia Debida*, por Sebastián Alejandro Rey, Facultad de Derecho de la U.N.R.
- *El principio de igualdad de oportunidades. Una aproximación al estudio de su esencia en la estructura político-jurídica de nuestra Constitución federal*, por Carolina Goldsman, Facultad de Derecho de la U.N.R..
- *Estigmas y marginalidad. De la vulnerabilidad a la criminalización*, por José Luis Cristaldo Bustamante, estudiante de la Facultad de Derecho de la U.N.R.
- *H.L.A. Hart: El concepto de derecho y algunas implicancias en torno a la relación con la moral*, por Santiago N. Prono, Facultad de Humanidades y Ciencias de la U.N.L.
- *Interpretación constitucional. El principio Pro Homini.*, por el Dr. Rodolfo Ariza Clerici, Facultad de Derecho de la U.B.A.
- *La causa judicial y el control de constitucionalidad. Fundamentos iusfilosóficos y desafíos de nuestra era*, por Fernando Nicolás Bonina, estudiante de la Facultad de Derecho de la U.B.A.
- *La fuerza normativa de la constitución y el derecho de los pueblos indígenas*, por Dra. Viviana Canet, Facultad de Derecho de la U.B.A.
- *La lengua en la Constitución y el lenguaje de la Constitución*, por Mariel C. Ruffet, Facultad de Derecho de la U.B.A.
- *Construcción de soluciones jurídicas “aceptables” para conflictos bioéticos: Necesaria visión integrada e integral del derecho*, por el Dr. Daniel Barrionuevo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.
- *El Derecho Procesal y las ramas del mundo jurídico*, por la Dra. Andrea Meroi, Facultad de Derecho de la U.N.R.
- *Reflexiones sobre eficiencia y precompromiso constitucional*, por el Dr. Sebastián Diego Toledo, Facultad de Derecho de la U.B.A.
- *Perspectivas sistémicas de las ramas del Derecho*, por el Dr. J. Nicasio Barrera,

U.N.T.

· *Sobre derechos fundamentales y su protección en el ámbito supraestatal*, por el Dr. Gustavo Alejandro Szarangowicz, Facultad de Derecho de la U.B.A

· *Una breve reflexión sobre el orden jerárquico de los Derechos Fundamentales: El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad*, por el Dr. Gastón Federico Blasi, Facultad de Derecho de la U.N.R..

· *Declinación trialista del Derecho Constitucional. Comentarios al libro ‘Filosofía del Derecho Constitucional’ de Germán J. Bidart Campos*, por el Dr. Elvio Galati, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

SILVINA PEZZETTA

UN CASO (ROSARINO) DE DERECHO DEL ARTE

La importancia del caso “Castagnino, Enrique c/ Municipalidad de Rosario”¹ consiste en que es al parecer el primer pronunciamiento de un tribunal argentino en el que se reconoce la existencia de una nueva rama jurídica llamada Derecho del Arte.

En agosto de 1942 la familia Castagnino donó a la Ciudad de Rosario su valiosa pinacoteca, compuesta por numerosas obras, entre las que destacaban algunas de Francisco de Goya, De Ribera, El Greco, etc. Realmente valiosa. La donación estaba sometida a cinco condiciones cuyo incumplimiento habilitaban la resolución del contrato. Textualmente cita el fallo anotado: “Todos los cuadros deberán estar permanentemente en las salas de exposiciones públicas del Museo Municipal de Bellas Artes Juan B. Castagnino. Con carácter meramente transitorio y en base a motivos bien fundados ... podrán ser apartados de tal colocación, como máximo, tres meses por año ...”² y “Por ningún motivo los cuadros pueden salir de la pinacoteca del Museo Municipal de Bellas Artes Juan B. Castagnino, lo cual significa la prohibición absoluta de ser trasladados ó tener otro destino aunque fuere ocasional, que el expresado de estar expuestos permanentemente en las salas de dicho Museo Municipal”. “El incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas, acuerda consecutivamente el derecho a los donantes ó sus herederos a revocar la donación, con el efecto y el alcance de restituir la totalidad de los cuadros que integran la donación, aún cuando se infringiera una de las condiciones en uno solo de los cuadros”. Presuntamente incumplidas algunas de estas condiciones, uno de los herederos demanda la revocación de la donación por incumplimiento de los cargos. El tribunal de primera instancia y la sala IIIra. de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, rechazan la demanda argumentando falta de legitimación para actuar.

No parece haber dudas en que el subordenamiento civil argentino avala la solución de la alzada. En él arraiga el que creemos holding de la sentencia. La interpretación literal e histórico sistemática que la sentencia hace del contrato de donación y del Código Civil argentino (art. 1852) refieren con claridad que el actor carecía de la legitimación invocada: las fuentes del caso (sobre todo la escritura de donación) remiten dicha legitimación a la voluntad de los donantes y sus herederos, exigiéndose la unanimidad de estos últimos.

Ante el conflicto de intereses particulares (el del heredero de los donantes) y general (de

1 Expte. Nro. 470/99, “Castagnino, Enrique c/ Municipalidad de Rosario s/ Revocación de donación”, CCyC de Rosario, Sala III, 06/07/2004, publicado en “Zeus”, t. 96, pág. J-278 y ss.

2 Salvo indicación expresa, los textos entrecomillados pertenecen a la escritura de donación, citados en la sentencia anotada.

la comunidad de la ciudad de Rosario), el tribunal parece tomar partido por éste último.

Dice el vocal de primer voto que las particularidades del caso lo llevan a realizar “consideraciones previas sobre derecho del arte, la temporalidad del arte, la finalidad actual de los museos, la temporalidad jurídica, la interpretación de los cargos en una donación, la obligación del juez de apreciar las condiciones que hacen una revocación, la interpretación judicial y las consecuencias de un fallo, “el derecho a la belleza”. Así, en afirmación muy propia de la antropología jurídica considera³ que “es muy distinto ocuparse de objetos y servicios, como lo hacen el Derecho Comercial y el Derecho Administrativo, que referirse directamente a sujetos educandos, investigadores, menores, ancianos, artistas. Se sostiene que son ramas jurídicas nítidamente autónomas que requieren de la especial comprensión de su objeto y no pueden quedar disueltas en el Derecho Administrativo, el Derecho civil, el Derecho Comercial”⁴. La justicia exige el reconocimiento de la debilidad del artista, y de la especial relación entre justicia y belleza, valor identificatorio del arte, así se reconoce la necesidad del Derecho del Arte. El voto destaca además el rol de los museos como motores de la democratización del acceso de los pueblos a “sus” productos culturales. Al final, en la realización efectiva del “derecho a la belleza”.

No cabe duda de que el fallo es altamente razonable desde el punto de vista jurídico: goza de razonabilidad en la sociedad, es fundado normativamente y muestra ricos fundamentos axiológicos. Muy interesante será conocer el resultado de futuros pronunciamientos en casos similares cuando esta triple armonía no aparezca reconciliada, como podría pasar en el caso si el municipio supuestamente incumplidor se enfrentara no con uno sino con todos los herederos de los donantes. ¿Cuáles intereses prevalecerían? Modificaciones en el derecho de la solución de controversias, problemas en el régimen de la propiedad en Derecho interno e Internacional Privado, en el Derecho Internacional, etc. muestran que la rama que nos ocupa posee un riqueza sólo mostrada y desarrollada parcialmente en nuestro medio.

WALTER BIRCHMEYER

3 Citando Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad” (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la “crisis de la materia”, en “Investigación y docencia”, n° 31, FIJ, págs. 51 y ss.; v. tbén. “Jornadas sobre el Derecho y el Arte”, en el mismo n°, págs. 79 y ss.).-

4 fallo anotado, considerando 6.1.

Este libro se terminó de imprimir en noviembre de 2005
en Acquatint Evolución Gráfica
Alem 2254 - S2000FML Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: info@acquatint.com