



REVISTA
SEMESTRAL DE
DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION

Año VII - Número 15
MAYO 2016

ISSN: 2618-4133

DOCTRINA JURÍDICA

© Derechos Reservados

Perspectivas Jurídicas

Reg. Dirección Nacional de Derecho de Autor

Buenos Aires, Argentina ISSN: 2618-4133

editorialperspectivasjuridicas@gmail.com



SUMARIO

SECCION ENSAYOS

BANCHIO, Pablo R.: “El concepto del Derecho y sus problemas epistemológicos.....	3
--	---

SECCION JURISPRUDENCIA

“Rabinovich, Ricardo David s/ Medidas Precautorias”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. Buenos Aires, 3 de diciembre de 1999 (Primera Parte).....	48
--	----



DOCTRINA JURÍDICA

Año VII – Número 15
Junio de 2016
ISSN 2618-4133
Director/Editor responsable:
Pablo R. Banchio
Secretario de Redacción:
Marta S. Marín
Redacción:
Amenábar 465 1° “B” (C1426AJE)
Ciudad de Buenos Aires
Argentina
Tel: (+54-11) 5119-4444
editorialperspectivasjuridicas@gmail.com



SECCION ENSAYOS

EL CONCEPTO DEL DERECHO Y SUS PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS

Por Pablo Rafael Banchio

Contenidos

EL CONCEPTO DEL DERECHO Y SUS PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
I. PLANTEOS DERIVADOS DEL LENGUAJE.....	6
A. Concepto de lenguaje.....	6
B. Cuestiones semánticas.....	8
C. DERECHO Y LENGUAJE	12
II. PLANTEOS DERIVADOS DEL OBJETO	22
A. Objeto simple o complejo en la Filosofía	22
B. Simplicidad y complejidad en el Derecho	24
C. Horizonte de Historia del Derecho	24
III. PLANTEOS DERIVADOS DEL MÉTODO DE CONOCIMIENTO	35
A. Realismo e idealismo filosófico.....	35
B. Realismo e idealismo en el campo metodológico.	39
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	43



INTRODUCCIÓN

En el siglo XX se produce un renacer epistemológico que, si bien admite orígenes griegos -donde todo empezó en lo referido a la cultura "occidental"-¹, vuelca nuevos e importantes esfuerzos sistematizadores y presenta al contenido de esta disciplina más vinculada con cuestiones de validez que con las fácticas donde la gnoseología o aún la metodología, más desarrolladas hasta entonces, colocaban la materia del conocimiento.

Así, la epistemología se convirtió en una teoría general del método científico, entendiendo por método, no tanto la manera como algo se descubre, sino más bien el procedimiento mediante el cual algo se fundamenta².

Este aporte se debe en gran medida al Círculo de Viena y más concretamente a POPPER (1902-1994) quien convierte a la epistemología en una disciplina más rigurosa, que atiende a una problemática comprometida intentando bucear en los fundamentos más precisos del conocimiento y cuestionándose la validez de los saberes llamados "científicos"³.

A partir de su aporte y otros posteriores muy importantes como los de KUHN (1922-1996) en la segunda mitad del siglo pasado, LAKATOS (1922-1974) o FEYERABEND (1924-1994), a finales del siglo, entre otros, se exige a un conocimiento para adquirir el "grado" científico, el mayor rigor posible para encontrar regularidades en los fenómenos fácticos, describirlos, explicarlos e incluso predecir su producción.

Estos postulados se logran mediante procedimientos metódicos con pretensión de validez universal que responden a una búsqueda intencionada para la que previamente se delimitan los objetos y se diseñan los modelos de investigación⁴.

En este contexto, el Derecho, cuyo objeto ha sido localizado dentro de perspectivas muy disimiles y que mantienen la actualidad de la expresión kantiana "aún buscan los juristas una definición del Derecho"⁵ ha sumado una nueva controversia: la de su carácter científico.

Esta condición, de más está decir, no reúne un consenso unánime y el conflicto entre los doctrinarios permanece vigente presentando también diversas respuestas a este carácter aún entre quienes admiten la existencia de la ciencia

¹ Vide BABINI, José; *La ciencia en tiempos de la Academia y el Liceo*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.

² POPPER, Karl, *Los dos problemas fundamentales de la epistemología*, Tecnos Madrid, 1980 y *La lógica de la investigación científica*, 1º ed., 11ª reimp., trad. Victor Sanchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1999, ps. 48 y ss.

³ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel; *Epistemología jurídica*, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Rosario, 2010, p. 22.

⁴ Idem, p. 36.

⁵ KANT, Immanuel; *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada, 1960, Tomo II, p. 349.



jurídica, por caso, respecto de las características que la constituyen, o el dilema respecto de si todo lo jurídico es ciencia, o cabe la posibilidad de diferenciar los distintos tipos de saberes vinculados al Derecho⁶.

En este ensayo nos proponemos una aproximación a tres cuestiones vinculadas entonces a problemas de tipo "epistemológico" de nuestro saber. Para que este propósito didáctico no se vea aún más ensombrecido que con mis propias explicaciones, haremos abstracción de las disputas que presentan en su génesis los elementos de análisis que abordaremos, v.g. la definición de ciencia, si se aplica al proceso o al producto, las diferencias entre lengua, lenguaje y habla, el problema de los universales, etc.

Dentro del abordaje vinculado al mundo jurídico hemos elegido, con base exclusivamente propedéutica, tres cuestiones que consideramos de importancia. La primera de ellas es la vinculada al lenguaje. No se escapa a nadie que la filosofía ha recibido importantes aportes de la lingüística, a punto tal que desde comienzos del siglo XX se habla del "giro lingüístico" de la filosofía⁷. El Derecho, como pocas disciplinas, está relacionado con el lenguaje y algunos de esos aspectos son los que trataremos en este abordaje epistemológico.

En segundo lugar, un viejo problema heredado de la gnoseología: el proceso de conocer. Este ocurre ineludiblemente mediante la relación que se establece entre un sujeto cognoscente y un objeto cognoscible. Este "conflicto" supone una internalización del objeto por el sujeto, que adquiriría así una relativa "certeza" del mismo⁸. Ahora bien, la forma de concebir este "modelo" de conocimiento más o menos organizado de sectores del "cosmos", sin hacer metafísica, desde pautas o conceptualizaciones científicas para dotarlo de ciertas características que resulten, en primera instancia, independientes de la experiencia personal del sujeto que conoce depende, a su vez de la concepción que se tenga (realismo, idealismo o realismo e idealismo moderados), ya que el conocimiento que una persona adquiere de la realidad difiere de acuerdo a la forma como aborda esa realidad el sujeto respecto a su posición en el universo.

Finalmente, pero, para quienes buscan ciertas certezas, lamentablemente no últimas, porque no lo son, por lo menos en lo que a mí respecta, las cuestiones vinculadas, a la complejidad. Este tema, de palpitante actualidad con la consolidación del proceso de globalización o mundialización⁹ producido

⁶BIDART CAMPOS, Germán; "Epistemología del Derecho en honor de don Werner Goldschmidt, en sus 70 años". *Revista de la Facultad de Derecho*, Rosario, N° 2 y 3.

⁷MALIANDI, Ricardo; *Ética convergente. Fenomenología de la conflictividad*, Tomo I, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2010, p. 11.

⁸ÁLVAREZ GARDIOL, *op. cit.*, p. 35.

⁹ Utilizamos el segundo vocablo ya que con el primero se ha producido un vaciamiento que ha generado un concepto de máxima extensión, pero mínimo contenido predicable de cualquier realidad pero desprovista de propiedades específicamente diferenciables. *Vide* MALIANDI, *op. cit.* p. 21.



crecientemente en las últimas décadas del siglo pasado y que continúa en el presente como un fenómeno contemporáneo, fue abordado por sociólogos, filósofos y politólogos y puede sintetizarse en el título de una obra de LUHMANN: *Complejidad y modernidad*, de la unidad a la diferencia¹⁰, tampoco está ajeno a una aproximación epistemológica en el Derecho y es lo que analizaremos en el punto tercero.

I. PLANTEOS DERIVADOS DEL LENGUAJE

Por más que a simple vista parecería inicialmente que el objeto del Derecho está bien definido, los términos empleados merecen precisiones imprescindibles para aclararlo adecuadamente.

Etimológicamente, del latín, *directus* (directo) el vocablo derecho, tiene en la lengua española, al menos veintiocho acepciones diversas¹¹ y ello se debe a que casi todos los vocablos son multívocos, es decir, que designan no uno sinovarios objetos y tienen connotaciones diversas y aún contradictorias¹².

La sola enunciación de la cantidad de alternativas mencionadas para la voz derecho por la Academia de la Lengua Española (*polisemia*) no alcanza siquiera para comprender las aún más importantes diferencias que plantea la exposición científica del Derecho a lo largo de la historia y aún en la actualidad¹³. No quedan dudas entonces que, al menos liminarmente, la precisión terminológica surge como una necesidad ineludible ya que siempre conviene precisar la acepción con la cual los términos serán empleados. En los puntos que siguen describiremos las complejidades, que aún esa tarea presenta, pero sobre las que es menester avanzar¹⁴.

A. Concepto de lenguaje

Si entendemos el lenguaje -haciendo abstracción de su distinción con la lengua o el habla¹⁵- como un sistema de comunicación humana compuesto por

¹⁰ LUHMANN, Niklas; *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. José María García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

¹¹ http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?tipo_bus=3&lema=Derecho

¹² GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1985, ps. 1-ss.

¹³ Vide BANCHIO, Pablo; *La noción trialista del derecho*, Buenos Aires, Perspectivas Jurídicas, 2006 y *Bases Trialistas*, Buenos Aires, Perspectivas Jurídicas, 2010.

¹⁴ En igual sentido plantea ALBERDI, el insigne jurista argentino, la problemática referida en *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, Buenos Aires, Biblos, 1984, p. 173.

¹⁵ Vide GUIBOURG, Ricardo y otros; *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires, p. 24 y SAUSSURE, Ferdinand de; *Curso de lingüística general*, trad. Amado Alonso, Buenos Aires, Losada, 1980, p. 54-ss. Aunque el tema requiere prolongada consideración, cabe referir que para Wilhelm VON HUMBOLDT el valor de una lengua depende de cuestiones como éstas: que favorezca la claridad y la correcta concatenación de los conceptos; que proporcione viveza y conspicuidad



un conjunto finito de signos, cuya combinación admite un número infinito de enunciados, que nos permite transmitir mensajes¹⁶ advertiremos las siguientes características relevantes que el mismo posee.

Primariamente podemos decir que el signo lingüístico¹⁷ está compuesto por un término (significante) que es diverso del objeto a que hace referencia (significado), es artificial, intencional y más o menos dependiente de alguna convención tácita entre miembros de un mismo grupo social (sistema)¹⁸.

Efectivamente, muchos signos no dependen de una relación causa a efecto con su significante sino de un vínculo arbitrariamente fijado y se usan intencionalmente para traer a nuestra mente la representación del significado que con él relacionamos¹⁹. Ninguna palabra corresponde entonces a determinado objeto más que como una asignación realizada por un sistema de símbolos lingüísticos (idioma) que sirve a la comunicación²⁰.

Esa característica define al lenguaje como una *construcción social*. El hecho de que el signo lingüístico sea arbitrario no significa que cada sujeto pueda llamar a cada objeto como se le ocurra ya que las decisiones individuales no tienen cabida dentro de la construcción de un lenguaje, sino de manera estrictamente marginal²¹. Es preciso que la información se emita en un código que sea común a emisor y receptor del mensaje para que le atribuya la misma significación²².

a las representaciones sobre el mundo que han hallado expresión en ella, y que la eufonía de sus sonidos logre actuar ora armoniosa y complacientemente sobre los sentidos y el ánimo, ora en cambio con poder estimulante. Con un alcance más limitado respecto de la idea de valor, dice SAUSSURE que la lengua es un sistema del que todos los términos son solidarios y donde el valor de uno no resulta más que de la presencia simultánea de los otros. CIUROCALDANI, Miguel; "El Lenguaje desde la perspectiva jurídica", *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social*, n° 31, p. 64.

¹⁶BENTOLILA, Juan José y CIFRÉ, Juan; "Cuadernos de la Cátedra E de la asignatura *Introducción al Derecho*", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, p. 2.

¹⁷ Para SAUSSURE, la lingüística lograría su fisonomía definitiva al situar al método comparativo en la función auxiliar que legítimamente le corresponde y al determinar un objeto propio: la descripción y la historia de todas las lenguas de que pueda ocuparse; el hallazgo de todas las fuerzas que intervengan de manera permanente y universal en todas las lenguas; la formulación de las leyes generales a que se puedan reducir todos los fenómenos particulares de la historia y, finalmente, el deslindarse y definirse a sí misma. ZULETA PUCEIRO, Enrique; "Apuntes para una teoría de las fuentes en la Codificación Civil Hispanoamericana", *La Ley*, 1979-B, 855.

¹⁸GUIBOURG; *op. cit.*, p. 18.

¹⁹Según VON HUMBOLDT el Lenguaje es el órgano del ser interior (HUMBOLDT, Wilhelm von; *Sobre la diversidad de la estructura del Lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*, trad. Ana Agud, Anthropos, Ministerio de Educación y Ciencia, p. 24) y las lenguas están inclinadas de la forma más estrecha con la naturaleza interna del hombre (HUMBOLDT, *op. cit.*, p. 55).

²⁰ El lenguaje ordena los signos en una estructura más o menos orgánica y les atribuye cierta función propia como partes de él. GUIBOURG; *op. cit.*, p. 19.

²¹BENTOLILA; *op. cit.*, p. 3.

²² Para GOLDSCHMIDT, ni siquiera en lenguas artificiales, como en el lenguaje de la Lógica, se evita la multivocidad. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 2.



Los lenguajes no son fruto del intelecto de un sujeto aislado, sino que se van haciendo con el tiempo, en una colectividad determinada (lenguaje natural). Si bien hay ejemplos de lenguajes deliberados o *ex profeso* (lenguaje artificial) algunos, como el indonesio o el hebreo moderno, han pasado a ser naturales y otros, como el serbocroata o el esperanto, resultaron clamorosos fracasos²³.

En ese deslinde radica una de las separaciones entre la semiología, que estudia los signos en el seno de la vida social²⁴ y la lingüística que tiene en cuenta todas las formas de expresión²⁵.

B. Cuestiones semánticas

La semántica es la parte de la semiología que estudia el significado²⁶, es decir, los signos en su relación con los objetos que designan²⁷. Dentro de ella prestaremos atención a algunas peculiaridades especiales del lenguaje como son la vaguedad, ambigüedad y multivocidad.

1. Vaguedad

El fenómeno de la vaguedad de los términos se refiere a problemas de imprecisión en los límites del campo de aplicación de la palabra²⁸ y se nos presenta cuando, a pesar de conocer perfectamente un objeto determinado, no

²³ Los dos primeros fueron impulsados por motivos políticos de identidad nacional al igual que el tercero, que propiamente era una variante dialectal tomada, por acuerdo filológico, como base del lenguaje literario común en la antigua Yugoslavia. En tanto el último, sin desconocer los méritos y esfuerzos de su creador, nunca fue adoptado como lengua auxiliar. *Vide* al respecto <http://es.wikipedia.org/wiki/Esperanto>, pese a los aportes de CARNAP que empleaba el idioma mientras viajaba. CARNAP, Rudolf; *Autobiografía intelectual*, Paidós Ibérica, Madrid, 1992.

²⁴BENTOLILA; *op. cit.*, p. 3.

²⁵Ibidem.

²⁶ La gramática, en tanto, estudia la lengua como sistema de medios de expresión (SAUSSURE, *op. cit.*, p. 162). El célebre lingüista suizo diferenciaba la lingüística sincrónica y diacrónica. La lingüística estática o descripción de un estado de la lengua puede llamarse gramática en el sentido muy preciso, y por otra parte usual, que se encuentra en las expresiones "gramática del juego de ajedrez", "gramática de la Bolsa", etc., donde se trata de un objeto complejo y sistemático, que pone en juego valores coexistentes (SAUSSURE, *op. cit.*, p. 162). Cabe destacar que ella se manifiesta también relevante cuando se aceptan soportes de la tendencia a la racionalización de la acción comunicativa, el escenario donde debería darse la racionalidad final. *Vide* HABERMAS, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social y II. Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1987 y 1999, *apud* CIUROCALDANI, *op. cit.*, p. 64.

²⁷GUIBOURG, *op. cit.*, p. 33.

²⁸GOMEZ, A y BRUERA, Olga; *Análisis del lenguaje jurídico*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1984. Sobre ambigüedad y vaguedad en la caracterización de la expresión "norma", *vide* VON WRIGHT, Georg Henrik; *Norma y acción*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979.



podemos saber si le es aplicable o no cierta voz²⁹. Hay casos en que la aplicabilidad de una voz es dudosa y solo puede resolverse a partir de una decisión lingüística adicional³⁰. Echemos luz con algunos ejemplos.

A veces usamos términos que refieren a propiedades que, en los hechos, se dan en forma de continuo, por ejemplo, joven o viejo, alto o bajo, mucho o poco. ¿Cuándo se deja de ser joven para empezar a ser viejo? ¿A qué altura se es bajo y en relación con qué parámetro se comienza a ser alto? ¿Cuántas hojas son muchas para un folleto o para un libro? ¿Veinte hojas son pocas para un libro, y para un folleto? El Derecho conoce de muchos términos que son empleados normativamente más allá de su alta vaguedad, inclusive en ramas que pretenden utilizar con precisión las palabras empleadas³¹.

Así, v.g. el Código Penal sanciona con una pena mayor al homicidio si se recurre al veneno (inc. 2, art. 80). Es claro que, si una víctima padecía de diabetes, quizás fue el suministro de azúcar en gran cantidad lo que le produjo la muerte, discutiéndose entonces la aplicabilidad del agravante legal.

En otro caso, el inc. 2 del art. 166 del Código Penal, califica el delito si el robo se cometió con arma. Parecería claro que un revólver es un *arma*. Pero ¿podemos seguir diciendo que es un arma si es un revólver descompuesto? ¿Y si es una réplica? Más aun, ¿diríamos que se aplica la agravante legal si el robo se produjo con un palo de golf? ¿Es seriamente afirmable que el palo de golf es un *arma*?³².

En cierto sentido, todos los términos tienen potencial vaguedad, debiendo acudir a diversos criterios adicionales para conocer la aplicabilidad de cada uno de ellos. El uso corriente no suele ser de utilidad como guía, puesto que usualmente las palabras son empleadas corrientemente con gran imprecisión. Para graficar este problema, se ha recurrido a la expresión "textura abierta del lenguaje", que implica que el uso de la palabra está "abierto", no decidido, dispuesto a admitir extensiones o restricciones, es decir, decisiones metodológicas de expandir el núcleo o bien restringirlo³³.

²⁹ Vide CARRIÓ, Genaro; *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 28-ss.

³⁰ GUIBOURG; *op. cit.*, p. 48.

³¹ GOLDSCHMIDT; *El SOS del Derecho Internacional Privado clásico*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1979, p. 126-127 y BENTOLILA, *op. cit.*, p. 4.

³² BENTOLILA; *idem*.

³³ Los autores a quienes seguimos en este punto nos dan el siguiente ejemplo: si refiero a la palabra *hombre*, tengo perfectamente claro *a priori* que tal término tiene un *núcleo* de aplicabilidad que no distingue entre estatura, color de piel, cabello, etc. (es tan *hombre* el blanco como el amarillo, el alto como el bajo, el rubio como el morocho); y también que hay una *periferia de exclusiones* de la aplicabilidad del término, por ejemplo, todos los representantes del reino mineral (una piedra no es un *hombre*). Ahora si suponemos ver un sujeto determinado que tiene todas las características de *hombre*, pero luego aprecio que tiene un par de ojos suplementarios a la altura del pecho, evidentemente no es un mineral (no está en la periferia de exclusión), pero tampoco me atrevo a incluirlo en el núcleo de aplicabilidad del término *hombre*. Entonces puedo



2. Ambigüedad

El caso de la ambigüedad de los términos se presenta cuando el significado de las palabras varía según el contexto en que aparecen, ya que la polisemia proviene muchas veces de la extensión de un nombre a diversos aspectos o elementos de una misma situación.

Así v.g., a diferencia del "sistema" lingüístico italiano³⁴, en español la pregunta ¿Dónde está el banco?, puede provocarme cierta perplejidad. Ello porque, de modo descontextualizado, no sabré si se habla de un banco de la plaza, aun así, de una entidad financiera con sede local, o del plantel suplente de un equipo de fútbol y si a eso le sumamos la expresión "te banco" el dilema es aún mayor.

Estos casos de homonimia, generadores de la correspondiente ambigüedad también se extienden a la ciencia jurídica, donde la propia voz "derecho" contiene, entre tantas, una célebre ambigüedad por referirse indistintamente al derecho objetivo (= Derecho) y al derecho subjetivo (= derecho), o sea, al Derecho como ordenamiento normativo y al derecho como facultad derivada de aquél³⁵.

Asimismo, la ambigüedad también se presenta cuando una misma palabra tiene diversos criterios de aplicación relacionados entre sí. Al decir que un tema que estamos estudiando es "denso", no estamos utilizando el término como lo hace la física, sino en un sentido metafórico relacionado; idéntico razonamiento cabe cuando nos referimos a un libro "pesado", expresión que rara vez sirve para discurrir sobre el resultado de haber pasado por la balanza el texto de referencia.

Generalmente, al conocer el contexto tanto lingüístico como fáctico, en la mayoría de los casos, la ambigüedad desaparece. Pero el único modo de superar este problema satisfactoriamente es precisar lo más detalladamente posible, en aquellos casos en que se pudiera generar duda, el sentido con el que empleamos cada término, para así poder interpretar la palabra en la cabal acepción que quiso dársele.

3. Multivocidad doble de todos los vocablos

Sistematizando los dos casos de ambigüedad vistos recién, GOLDSCHMIDT (1910-1987) ha postulado la existencia de una multivocidad doble de todos los

extender el núcleo (es un hombre, si bien con algunas características extraordinarias) o restringirlo (es un no-hombre, si bien con algunas características humanas).

³⁴ En la lengua del DANTE la entidad financiera es "*banca*", el de arena es "*banco (di sabbia)*", el de suplentes es "*panca*" o "*panchina*" y hacerle frente a todo es "*tenere banco controtutti*". No obstante, en español banarrota y banquina.

³⁵ GOLDSCHMIDT, *Introducción...*, p. 1.



vocablos, que como señalamos al comienzo del trabajo, indica que casi la totalidad de las palabras designan no uno, sino varios objetos.

A su vez las dificultades se amplían ya que cada palabra no sólo connota varios objetos, sino que simultáneamente comprende infinitos aspectos de cada uno de ellos. De tal suerte que, al enunciar la palabra (P), la referencia objetiva se hace a los objetos O_1 , O_2 , y O_3 y, con respecto a cada uno de ellos, a sus diversos aspectos, A_1 , A_2 y A_3 . Al contrario, puede acontecer que quienes discuten empleando dicha palabra (P), tal vez uno piensa en O_1 y A_1 , mientras que el otro tiene en su mente O_2 y A_2 .

Así, se utiliza el vocablo *mesa* para indicar el objeto sobre el cual tendemos los utensilios gastronómicos (O_1), para referir al momento en que todo alumno enfrenta un parcial o final de la carrera, la "mesa de examen" (O_2), o para indicar la existencia de un circuito clandestino de dinero, la "mesa de dinero" (O_3).

Pero cuando decimos que la multivocidad es doble, también indicamos lo señalado de que cada palabra no sólo connota varios objetos, sino que simultáneamente comprende infinitos aspectos de cada uno de ellos.

Decir, en el ejemplo que antecede, que "la mesa es buena", puede querer significar varias cosas. Que la mesa en la que comemos está bien servida con alimentos (O_1 , A_1), o que está bien hecha por el carpintero que la armó (O_1 , A_2). Y también que los profesores tienen un alto nivel de excelencia académica (O_2 , A_1), o que no exigen mucho en el examen (O_2 , A_2).

Finalmente, que el interés que se cobra por el dinero prestado no es alto (O_3 , A_1), o que, si bien se cobra un alto interés, no se requieren demasiadas demostraciones de solvencia (O_3 , A_2)³⁶.

Como vimos en los ejemplos, la doble multivocidad de los vocablos es inevitable. En ello precisamente consiste una de las utilidades del lenguaje ya que mediante un número limitado y, -por ello disponible para la memoria pasiva y activa- de signos (alrededor de 1.500 palabras) podemos referirnos a un número infinito de objetos y a un número igualmente infinito de aspectos de estos objetos³⁷.

Por consiguiente, cada expresión, tiene que encerrar varios sentidos, pero debe advertirse que las palabras no son inocentes y como señala Hans GADAMER

³⁶BENTOLILA; *op. cit.*, p. 7.

³⁷En esta perspectiva hay que tener en cuenta, v.g., los límites de la gramática lógica-pura a la que se refirió Edmund HUSSERL y quizás los de la imposibilidad de que el Lenguaje dé cuenta de todo el universo, en el sentido de que sabemos que existe lo innombrable, sea para lenguas en su conjunto o para quienes no encuentran recursos en el habla que tienen a su alcance para expresar "exactamente" lo que piensan. HUSSERL, Edmund; *Investigaciones lógicas*, trad. Manuel García Morente y José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, t. II, 1967, ps. 134-ss. y 141, *apud* CIURO CALDANI, *op. cit.*, ps. 71-72.



(1900-2002), en cuanto al Lenguaje, toda declaración está motivada y su manejo implica serios peligros de perjudicar a otros, e inclusive a uno mismo³⁸.

Las palabras tienen connotaciones positivas o negativas que pueden ser utilizadas de modo desleal. El fenómeno de la desviación lingüística se presenta así, cuando se emplean las connotaciones positivas o negativas de un término para aplicarlas a un objeto al que no le serían propias.

La desviación, genera una competencia intelectual desleal ya que permite al ser humano establecer, dentro del uso lingüístico de una voz, el sentido que le parece más oportuno dentro de la situación concreta, haciendo prevalecer la "oportunidad o inconveniencia", en vez del binomio "verdad-falsedad", propio de una ciencia³⁹ y si bien en uno y otro ámbito (científico jurídico y lingüístico) la pretensión de eliminar totalmente los prejuicios es una ingenuidad, vale intentarlo en la mayor medida posible.

C. Derecho y lenguaje

1. Horizonte de Historia del Derecho

Las afinidades e interrelaciones entre el Derecho y el Lenguaje han recibido muy amplio reconocimiento⁴⁰. En sus comienzos, antes del "redescubrimiento" del Digesto por parte de IRNERIO⁴¹ (1050-ca.1130), el Derecho se enseñaba como parte de la Retórica, dentro del *trivium* (del latín -*tri*: tres, triple - *via*: camino), conjunto de tres de las siete artes liberales relativas a la elocuencia en que se organizaban los estudios formales en el Medioevo⁴².

Y aún luego del nacimiento de la Escuela de Leyes⁴³, donde el saber jurídico se liberó de su inserción en el *trivium* alcanzando autonomía académica⁴⁴, la retórica persistió entre los juristas medievales en la búsqueda de las soluciones para los litigios y en el método de enseñanza del derecho hasta

³⁸GADAMER, Hans Georg; *Verdad y método*, trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1992, p. 151.

³⁹GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p.4.

⁴⁰CIURO CALDANI; *op. cit.*, p. 55.

⁴¹BANCHIO; *Bases...*, p. 41

⁴²Integraban el *trivium*, la gramática, retórica y dialéctica (o lógica). En la segunda se enseñaba Derecho. Las otras cuatro (*quadrivium*) eran de índole matemática: aritmética, astronomía, geometría y música y se estudiaban, continuando al *trivium*, como parte de las enseñanzas escolásticas.

⁴³KANTOROWICZ considera a IRNERIO fundador de la Escuela de Bolonia en 1088 y *alma mater* de la ciencia jurídica en cuanto a la moderna acepción de este término. KANTOROWICZ, Hermann y BUCKLAND, William Warwick; *Studies in the glossators of the roman law. Newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge, 1938, p. 33. Hoy la propia Università di Bologna se llama *Alma Mater Studiorum*, vide <http://www.unibo.it/Portale/default.htm>.

⁴⁴CIURO CALDANI; *Estudios de Historia del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, p. 97.



bien entrado el siglo XVIII cuando de la mano del racionalismo se compiló el Derecho Territorial Prusiano a finales de ese siglo (1794) y se codificó el Derecho Civil en Francia a comienzos del XIX (1804)⁴⁵.

De todas formas, el problema del lenguaje no podía dejar de estar presente, ya que ambos ordenamientos contenían normas prohibitivas de la interpretación, en la confianza de que las palabras de legislador eran plenamente claras y precisas, desconfiando fuertemente de la manipulación de la norma que el juez pudiera llevar a cabo por vía interpretativa del lenguaje⁴⁶.

No obstante, este mito de la claridad de la ley pronto se mostró inviable. También a principios del siglo XIX, Friedrich VON SAVIGNY (1779-1861) sostuvo que Derecho y Lengua estaban indisolublemente ligados como productos profundos de la cultura y que solo en apariencia podían verse como elementos separados señalando los elementos gramatical y lógico dentro de los cuatro cánones (junto al histórico y sistemático) que permitían al intérprete hallar la idea inmanente a la ley⁴⁷.

Particularmente, en el siglo XX, la atención a las vinculaciones entre ambos despliegues culturales alcanzó una gran importancia, al punto que GADAMER, siguiendo aportes de la tradición hermenéutica y en especial del existencialismo de Martin HEIDEGGER⁴⁸ (1889-1976), presentó al lenguaje como una manera de entender al hombre en su totalidad e inclusive planteándose la posibilidad de reinterpretar la expresión de ARISTÓTELES (384a.C.-322 a.C.) de que el hombre es un ser vivo dotado de logos, no como animal racional, sino como dotado de lenguaje⁴⁹.

Desde una perspectiva comparativa entre ambos momentos de la interrelación entre Derecho y Lenguaje, podemos decir con CIURO CALDANI (1942), que si bien en la Escuela Histórica la relación es profunda y relativamente más equilibrada, en la hermenéutica de HEIDEGGER y de GADAMER apreciamos una dominación del derecho por parte del lenguaje. Según GADAMER, como ocurre habitualmente sólo podemos pensar dentro del lenguaje, el lenguaje preforma el

⁴⁵BANCHIO; *La noción* p. 73.

⁴⁶ También estableció limitaciones para el recurso a la doctrina el Código de Maximiliano, promulgado para Baviera en 1756.

⁴⁷SAVIGNY, Friedrich Karl von; *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. Adolfo Posada, Buenos Aires, Heliasta, 1977, p. 43. En sentido análogo BENOT llegó a decir que tanto el gramático, como el anatomista, estudian los miembros separadamente, pero en la separación no está la vida. BENOT, Eduardo; *Arte de hablar. Gramática filosófica de la lengua castellana*, Madrid, Hernando, 1910, *apud* CIURO CALDANI; *El Lenguaje ...*, p.72.

⁴⁸En el campo del lenguaje, se ha afirmado que una lengua es un canal restringido a través del cual sus hablantes construyen la experiencia, no un reflejo de alguna realidad independiente preestablecida, ni física, ni mental. Se ha sostenido que la lengua indica cómo clasificar y organizar el mundo en nuestra mente, en donde cualquier clasificación es posible y ninguna mejor que otra. CIURO CALDANI, *idem*, p. 73.

⁴⁹*Idem*, p. 56-57.



pensamiento⁵⁰ y se lo suele presentar como una manera de entender al hombre en su totalidad, dado que en él se produce la síntesis entre la experiencia del mundo y la realidad personal y se logra al fin una intersubjetividad⁵¹.

De manera destacada en su teoría de la acción comunicativa, Jürgen HABERMAS (1929) sostiene que sin lenguaje previo ni siquiera hay actividad intelectual ya que el hombre nació en una comunidad lingüística, con un lenguaje anterior a él, de manera que todo aquel que quiso decir algo ya tuvo que suponerlo⁵².

Sin embargo, en célebre frase, WITTGENSTEIN (1889-1951) sostuvo que de lo que no se puede hablar, mejor es callarse. También pudo afirmar que en filosofía, la dificultad estriba en no decir más de lo que sabemos. Algunas veces se indica que, si es difícil vivir, mucho más lo es expresar lo que se vive. Por su parte, GADAMER señaló que el Lenguaje siempre nos sobrepasa y, al propio tiempo, que en él hay silencios y auto olvido. LACAN (1901-1981), por su lado, se refirió al "muro del Lenguaje"⁵³.

2. Vinculaciones

Si bien suele afirmarse que el Derecho es Lenguaje –idea interesante, pero indebidamente radicalizada y reduccionista–, para CIURO CALDANI el hombre "es "en el Lenguaje, pero no acepta que sea sólo "en" el Lenguaje y menos aún en el Lenguaje con que se expresa (con se muestra a los demás) o juridiza (vive el Derecho) el ser humano, ya que más bien, desde cierta perspectiva, el Lenguaje "es" Derecho⁵⁴. Ambos viven en la estructura profunda del otro, ambos avanzan, sobre todo en los despliegues científicos, en relación directa con la complejidad pura que van reconociendo y tanto Derecho como Lenguaje deben ser tomados como despliegues tridimensionales interrelacionados inherentes a la vida humana en su totalidad.

Por ejemplo, aunque la coacción jurídica es al menos con frecuencia más notoria, el poder inherente al Lenguaje es muy significativo y la lengua es un formidable instrumento de poder ya que dominar la lengua es, en gran medida,

⁵⁰GADAMER, *Verdad... II*, ps. 147 y 195-ss.

⁵¹En relación con el poder del lenguaje para "hacer" por sí mismo cosas, *vide* AUSTIN, John Langshaw; *Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras*, trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós, 1971; GRZEGORCZYK, Christophe; "Le rôle du performatif dans le langage du droit", *Archives de philosophie du droit*, t. XIX, ps. 229-ss. *Vide*, entre muchos otros, CARRIÓ, op. cit.; BULYGIN, Eugenio (coord.); *El Lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983. Acerca del sentido mágico atribuido a veces al Lenguaje, sus sentidos y sus disparates, *vide* ROSS, Alf; *Tú-tú*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, *apud* CIURO CALDANI; *El Lenguaje ...*, p. 57.

⁵²HABERMAS; *op. cit.*, *passim*.

⁵³*Vide* también HUSSERL en cita 26 y bibliografía allí citada.

⁵⁴CIURO CALDANI; *El Lenguaje ...*, ps. 61-63.



dominar en el Derecho. Sin embargo, vale atender a que cada palabra se refiere a realidades casi infinitamente diversas como vimos *supra* en los puntos 1.1 y 1.3.3.

La tensión entre la interpretación literal y la histórica está presente en el Derecho y en el Lenguaje. El marco interpretativo histórico posee siempre gran significación, de manera destacada, v.g. en la integración de las lagunas jurídicas⁵⁵ sea conforme a un criterio de autointegración o heterointegración (sistema material)⁵⁶. En afinidad con esta última función, respecto del Lenguaje, al recurrir a una fuente extranjera para colmar el vacío (recepción limitadísima⁵⁷), se hace necesario recurrir a la traducción, como en general para la incorporación de diversas instituciones jurídicas (recepción restringida). Refiere GADAMER que ninguna traducción es tan comprensible como el original y lo que se debe traducir no es lo dicho en su literalidad, sino aquello que el otro quiso decir, y dijo callando muchas cosas. En sentido estricto, las tareas del traductor y el intérprete son diversas. El traductor pasa de una lengua a otra, atendiendo a los complejos culturales respectivos, en cambio el intérprete vincula de manera oral y más dinámica a varias personas, teniendo en cuenta sus propias circunstancias. Es importante que la interpretación se despliegue en campos de hermenéutica de modo que ejerza una autocrítica de la conciencia pensante y retrotraiga sus abstracciones al todo de la experiencia humana del mundo⁵⁸.

A tal efecto, pueden recordarse los estudios de SAUSSURE (1857-1913), acerca de la formación de la lingüística moderna, y muy particularmente, el papel desempeñado por el método comparativo en la constitución de la filología comparativa o gramática comparada. El tercer período en la evolución de la ciencia del lenguaje habría correspondido, en opinión de SAUSSURE al momento en que se descubrió que se podían comparar las lenguas entre sí, aclarar una lengua por medio de otra, explicar aspectos morfológicos de una y otra. La gramática comparada anticipada por un contemporáneo de SAVIGNY, Franz BOPP (1791-1867), nunca se preguntó a qué conducían las comparaciones que establecía, qué es lo que significaban las relaciones que iba descubriendo sino

⁵⁵ Vide COSSIO, Carlos; *Las lagunas del derecho*, Universidad, Córdoba, 1942.

⁵⁶ BANCHIO; *La noción ...*, ps. 73 y 183.

⁵⁷ GOLDSCHMIDT; *El SOS ...*, ps. 130-131.

⁵⁸ La recepción adaptada del inglés de la palabra *football* en fútbol es una expresión de heterointegración en la lengua española. Los calcos castellanizados balompié, guardamenta y no *goalkeeper*, o las adaptaciones de *off side* por órsay (http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?tipo_bus=3&lema=%c3%b3rsay), *goal*, *centre-half*, *lineman*, *full-back*, etc., pueden verse como expresiones diversas de relativa resistencia del castellano ante ese ingreso y adaptación directa de la pronunciación en otros. En derecho, v.g., la naturaleza jurídica del *leasing* o *factoring*, arrendamiento con opción o factorio respectivamente, no expresan exactamente lo que su traducción del inglés implica. En sentido análogo, "lavado" de dinero, trata de "blancas" y "dantesco".



que fue exclusivamente comparativa sin ser histórica⁵⁹.

La integración normativa precisa e incorpora sentidos en la realidad social⁶⁰. Un problema de esa precisión es el de las definiciones en el Derecho, en todas las ramas jurídicas. Elegir los sentidos del Lenguaje es de alguna manera orientar los hechos, aún sin caer en el fenómeno de la desviación⁶¹. Así v.g. no es lo mismo decir que un episodio fue una revuelta, una revolución o una emancipación y mucho menos si al sustantivo lo adjetivamos (cruenta, incruenta, frustrada, exitosa, etc.)⁶². La destreza para cargar integraciones en la realidad a través del Lenguaje se produce a menudo mediante la técnica y se manifiesta en la elocuencia. Es importante reconocer el nivel de adaptación de un lenguaje para el desarrollo del Derecho, que siempre muestra la interrelación de ambos en el complejo de la cultura⁶³.

Las profesiones jurídicas, suelen utilizar lenguajes específicos que les asignan, con mayor o menor fundamento, carácter de repartidores aristocráticos (basados en su idoneidad moral, científica o técnica como tales)⁶⁴. Aquí se desarrollan posiciones relativamente extremas como la de la jurisprudencia de conceptos⁶⁵ y quienes piden a los jueces que redacten sus sentencias en un Lenguaje "más claro", en parte en el sentido de más accesible al común de la gente. En el debate se ponen en juego, abierta u ocultamente, no sólo potencias e impotencias⁶⁶ sino relaciones de poder de las profesiones respectivas y de la nuestra en particular.

3. Usos jurídicos dentro del lenguaje

Si bien puede imaginarse de lo afirmado que la comunicación de ideas es el fin principal del lenguaje en el Derecho, lo cierto es que pueden enumerarse

⁵⁹SAUSSURE, *op. cit.*, ps. 39-45, *apud* ZULETA PUCEIRO, *op. cit.*, p. 855.

⁶⁰BANCHIO; *La noción ...*, ps. 71 y 191.

⁶¹*Vide supra*, punto 1.3.3.

⁶² Tampoco decir que dos partidos políticos tratan de superar sus diferencias para coincidir en un programa común o nuevamente los políticos de dos partidos traicionan sus postulados para tramar un contubernio. GUIBOURG; *op. cit.*, ps. 72-73

⁶³CIURO CALDANI; *El Lenguaje ...*, p. 80.

⁶⁴BANCHIO; *La noción ...*, p. 94.

⁶⁵Rudolph VON IHERING, inicialmente defensor de la Jurisprudencia de conceptos, en su libro *El espíritu del Derecho Romano* (que comenzó a publicarse en 1852), insistirá luego, en el último volumen de dicha obra y claramente en *La lucha por el Derecho* (1872) que el derecho no es un puro sistema de conceptos, sino vida social e historia y que sólo desde las necesidades sociales puede entenderse y aplicarse, de modo que lo que importa si se quiere interpretar y aplicar correctamente la norma es el fin al que ésta sirve (afín al decisionismo darwiniano en *El fin del Derecho*). Para convertirse en un atacante radical de la jurisprudencia conceptualista en *La jurisprudencia en broma y en serio*, (1933). *Vide*, BANCHIO; *Bases ...*, cit.; e IHERING; *La jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid, Editorial de la Revista de Derecho Privado, 1933, p. 252.

⁶⁶BANCHIO; *La noción ...*, ps. 53-54, además 40, 43 y 57-58.



multiplicidad de diversos objetivos que la utilización del mismo puede perseguir en nuestra disciplina. Cuando alguien (emisor) emite un mensaje pretende producir un efecto en el receptor, influir en él de muy diversas maneras. En búsqueda de esa diversidad podemos clasificar en categorías los usos generales del lenguaje según sus funciones, o dicho de otra manera las “clases de influencias que se buscan”, para observar cuál de ellas se emplea mayormente en nuestra disciplina⁶⁷.

Debe tenerse en cuenta que estas categorías no son exhaustivas, teniendo por mera finalidad la ubicación de variadas posibilidades en funciones primarias o géneros más o menos asequibles sobre los que existe cierto consenso. Muchas veces estaremos frente a “funciones mixtas del lenguaje”, v.g. cuando se entremezclan la función expresiva con descripciones verdaderas, -lo que constituye una poderosa arma de dominación de las voluntades-⁶⁸ en virtud de las diversas combinaciones además de las tres que seguidamente expondremos.

a. Funciones

a.1. Función informativa

El primero de los usos del lenguaje que referiremos, es el de comunicar información y es usada para llevar a la mente del receptor una determinada proposición, por eso se la llama también descriptiva. Usualmente, ello se realiza mediante la afirmación o negación de un determinado enunciado.

Cuando utilizamos la expresión “información”, lo hacemos en un sentido que incluye tanto los enunciados verdaderos (VELEZ SANSFIELD «1800-1875» es el autor del Código Civil argentino) como falsos (el Código Civil nunca fue reformado), y los razonamientos correctos (quien no es ciudadano no puede votar) como los incorrectos (recibirse de abogado es garantía de tener una gran riqueza económica)⁶⁹. Como vemos esta función consiste básicamente en relacionar propiedades con sujetos de tal suerte que las propiedades se atribuyen a los sujetos y éstos se suponen portadores de aquellas⁷⁰ sin que opere el binomio verdad-falsedad⁷¹.

Esta clase de discurso claramente es utilizado para describir el mundo y para razonar acerca de él. No interesa aquí la relevancia del mensaje transmitido,

⁶⁷El esquema que se sigue es el utilizado por COPI, Irving Marmer; *Introducción a la lógica*, trad. Néstor Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 1994, ps. 47-ss. *Vide* también RUSSELL, Bertrand; *El conocimiento humano*, trad. Néstor Míguez, Barcelona, Hyspamérica Ediciones, 1983, ps. 69-ss *apud* BENTOLILA; *op. cit.*, p. 8.

⁶⁸GUIBOURG, *op. cit.*, p. 73, GOLDSCHMIDT, *Introducción ...*, p. 3 y *supra* 1.3.3.

⁶⁹BENTOLILA, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁰GUIBOURG, *op. cit.*, p. 68.

⁷¹*Vide supra*, 1.3.3 *in fine*.



sino que va a ser distintivo el lenguaje con el que se lo describe o se transmite algo sobre él⁷².

a.2. Función expresiva

Así como las ciencias nos brindan los ejemplos más claros de la función informativa, en la poesía vemos los casos más evidentes de la función expresiva del lenguaje ya que esta función o uso consiste en manifestar, exteriorizar, sentimientos, actitudes o emociones.

Los poetas, literatos o compositores no intentan comunicar conocimiento, sino sentimiento. La función expresiva del lenguaje, entonces, se evidenciará cada vez que se lo emplee para transmitir emociones y sentimientos. En los relatos mágicos de BORGES (1899-1986) o GARCÍA MÁRQUEZ (1927) o en los de todos los poetas y aún en la letra de muchas piezas musicales, puede apreciarse que no se intenta brindar información acerca de las características de determinados objetos, sino que se tiene por objeto comunicar sentimientos y estados emocionales⁷³.

Y no siempre nos estaremos limitando a los géneros literarios o artísticos. Basta la simple remisión a las ocasiones que, en la vida diaria, utilizamos esta función. Lo hacemos cada vez que decimos "qué bien", "que lástima", "que alegría", "te quiero", "felicitaciones", etc. En todas estas oportunidades no estamos comunicando información, sino que estamos expresando actitudes y sentimientos.

Una característica importante de la función expresiva del lenguaje es que, de los textos a los que se aplique, no puede predicarse su verdad o falsedad, ni su corrección o incorrección. Radica allí la diferencia de lo señalado previamente al referirnos al lenguaje informativo⁷⁴.

De las expresiones que cumplen esta función tampoco puede predicarse la verdad ni la falsedad, aunque desde el ángulo visual psicológico pueda decirse que son auténticas o no o desde el punto de vista estético bellas o carentes de valor⁷⁵.

a.3. Función directiva

El tercer grupo nos muestra que cumplimos con una función directiva en los casos en que utilizamos el lenguaje con el propósito de originar o impedir

⁷²BENTOLILA, op. cit., p. 9.

⁷³Ibidem.

⁷⁴Idem, p. 10.

⁷⁵GUIBOURG, op. cit., p. 70.



una acción manifiesta provocando en otra persona (receptor) ciertos comportamientos.

En el Derecho, en la redacción de los tipos penales, la precedencia de la consecuencia jurídica frente al sector social a reglamentar (antecedente)⁷⁶ es una clara demostración del mandato que pretende influir sobre la voluntad. Así, v.g. el art. 269 del Código Penal (prevaricato) dice "sufrirá multa e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas".

Otros ejemplos bien claros son las órdenes en general (¡cierre la puerta!; ¡no toque esos papeles!), pero también los pedidos (le solicito que me devuelve mi lapicera), los ruegos (le agradecería si por favor se mantuviera al margen de esta cuestión) y aún las preguntas (¿Hubo hoy clases de Epistemología en el Doctorado?)⁷⁷.

La diferencia entre los tres primeros suele ser muy leve, habida cuenta que basta abandonar el modo imperativo y agregar un "por favor" para pasar del primero al segundo. En cuanto al último, se puede interrogar utilizando una pregunta (¿Dónde queda la cancha de tal club?), pidiendo información (necesitaría saber si esta es la cancha del mismo club), o rogando encarecidamente por ella (por favor estoy perdido y el partido ha comenzado, necesitaría que me indique como llego a la cancha) casos que irán variando para colocarse en la segunda categoría o tercera categorías bajo análisis.

En definitiva, lo relevante de esta función es que se busca producir en el otro una reacción a nuestras palabras, ya sea originando o impidiendo, una acción determinada. Y allí es claramente diferenciable esta función de las anteriores, en tanto no se busca comunicar información ni sentimientos.

Puede verse que tampoco puede predicarse, de la función directiva del lenguaje, su verdad o falsedad, su corrección o incorrección.

Algunos casos dudosos pueden darse en ciertos tiempos verbales que se utilizan indiscriminadamente en función informativa o directiva, pero allí cabrá relevar el contexto en que la frase es utilizada⁷⁸.

A título de ejemplo, si un agente de viajes dice "el 18 de este mes su avión llegará a Roma", utilizando el futuro simple del modo indicativo, es claro que está valiéndose de la función informativa (por lo cual la información puede ser

⁷⁶BANCHIO; *La noción ...*, p. 65

⁷⁷COPI; *op. cit.*, p. 36. Hay que aclarar, sin embargo, que, si bien una pregunta es normalmente un pedido de información, hay- casos en que cumple una función diferente. Tal es el supuesto de las preguntas retóricas. Cuando CICERÓN exclamaba ante el Senado "*¿Quousque tandem, CATILINA, abutere patientia nostra?*" no lo hacía para que el conspirador le respondiera "espero poder, abusar de ella unos cuantos años más", sino para enardecer los ánimos de quienes lo escuchaban. GUIBOURG; *op. cit.*, p. 69.

⁷⁸BENTOLILA, *op. cit.*, p. 11.



verdadera o falsa, correcta o incorrecta). Mientras que si yo le digo a un empleado “mañana terminará este trabajo”, no estoy informando cosa alguna, sino utilizando el lenguaje en su función directiva: estoy dando una orden. Si el empleado, al día siguiente, me dijera “Usted se equivocó ayer cuando dijo que yo iba a terminar el trabajo porque no lo terminé”, probablemente generaría en mí una perplejidad enorme, en tanto estaría juzgando como *falsa* una información, por no haber advertido su carácter de orden⁷⁹.

a.4. Función operativa

Existe, finalmente, el uso que se hace del lenguaje en ceremonias o en actos formales, expresado en palabras que en la ocasión se pronuncian en cumplimiento de normas o reglamentos para obtener determinada finalidad o determinado efecto que la misma regla prevé⁸⁰. Esta función se llama operativa porque en ella el lenguaje no informa, expresa ni ordena, sino que “opera” directamente un cambio en la realidad formal. Este es el uso del cual se vale la norma en el Derecho para cumplir con su función de integración sustancial y relacional al captar los repartos proyectados, que describe e integra creando productos, a los que insufla soplo vital y que sirven para incorporar sentidos a la realidad⁸¹.

La fórmula que un oficial público del Registro Civil pronuncia para declarar unida en matrimonio a la pareja que ha acudido a él, el “*ego te absolvo a peccatis tuis*” del sacerdote o el “fallo mandando llevar adelante la ejecución” del discurso judicial, son ejemplos de esta función. Una vez pronunciadas las palabras operativas, inmediatamente, los contrayentes quedan casados, el penitente absuelto y la ejecución iniciada.

b. Pragmática

La pragmática ha sido definida como la disciplina que estudia el discurso (es decir, el acto de hablar o de escribir) como un acto humano que se dirige a la producción de ciertos efectos⁸². Más allá de la función precedentemente tratada, pero muy vinculada a ella, hay ocasiones en que, además de utilizar las palabras para “decir” algo, las empleamos para “hacer” algo. Así, el decir algo con la sola emisión fonética de las palabras (acto *locucionario*) implica un pedir, sugerir, preguntar, insultar, etc. con un propósito, intención o designio (acto

⁷⁹Ibidem.

⁸⁰GUIBOURG; *op. cit.* p. 70.

⁸¹BANCHIO; *La noción ...*, p. 71.

⁸²ROSS; *La lógica de las normas*, trad. Genaro Carrió, Madrid, Tecnos, 1971, p. 15, *apud* GUIBOURG; *op. cit.*, p. 65.



ilocucionario)⁸³ que produce determinados efectos que tienen lugar por haber dicho algo (acto *perlocucionario*)⁸⁴.

Cuando yo le digo a un reportero en la calle que “sí quiero” la paz en el mundo, sólo estoy diciendo algo, opinando sobre un tema de política. Ahora, si las mismas y exactas palabras las pronuncio, utilizando el mismo ejemplo anterior, frente a un oficial público del Registro Civil, que me pregunta si quiero como esposa a la mujer que tengo a mi lado, las palabras “sí quiero” pasan a implicar un “decir” y un “hacer”. Porque no sólo estoy informando que efectivamente quiero como esposa a la mujer en cuestión (como si se lo comentara a un amigo), sino que estoy brindando mi consentimiento matrimonial que, junto al de la restante contrayente, permitirá que el oficial público diga “los declaro marido y mujer” y se genere el vínculo matrimonial con las consecuencias jurídicas que ello implica⁸⁵.

El Derecho conoce multiplicidad de casos en los que se utiliza la perlocución o pragmática del lenguaje. V.g., cada vez que alguien dice “sí juro” frente a un requerimiento y apoyando una mano en las Escrituras, no sólo dice, también *hace*; cuando digo “celebro el presente contrato”, estoy diciéndolo y estoy contratando al mismo tiempo; cuando digo “comparezco ante Vuestra Señoría”, estoy diciéndolo y estoy cumpliendo con una carga procesal en un juicio determinado. Al decir “o me das la billetera o te asesino”, no se está mostrando al interlocutor la posibilidad de opción entre dos variables igualmente preferibles, sino que se lo está amenazando para que entregue su dinero.

La correcta distinción entre el acto ilocucionario y el acto perlocucionario permite la evaluación adecuada de la generación de efectos por parte del segundo, en tanto el decir se constituye en un medio para un hacer⁸⁶.

4. Definiciones constitutivas y declarativas

Hay definiciones en las que el uso del lenguaje, en consonancia con lo señalado *supra*,⁸⁷ tiene por finalidad encauzar o medir la realidad (definiciones constitutivas), mientras que otras se empeñan en describirla (definiciones declarativas)⁸⁸.

⁸³AUSTIN; *op. cit.*, *apud* BENTOLILA; *op. cit.*, p. 11.

⁸⁴ AUSTIN, *op. cit.*, p.56.

⁸⁵BENTOLILA, *idem*.

⁸⁶*Ibidem*.

⁸⁷*Vide*, punto 2.2.1.d)

⁸⁸GOLDSCHMIDT; *El SOS ...*, p. 126 con nota de KANT, *Kritik der reinen Vernunft, Transzendentaler Methodenlehre*, Hauptstück, 1º Abschnitt, ed. Messer, Knauer, p. 473.



Los conceptos constitutivos son irreales, aunque están referidos a la realidad a la cual desean encauzar o medir⁸⁹. Todos los conceptos de Derecho positivo pertenecen al primer grupo de las definiciones constitutivas. Si un Derecho positivo prescribe el matrimonio civil obligatorio, una unión religiosa no es "matrimonio a los efectos de la ley civil".

A su vez, los tipos ideales de Max WEBER (1854-1920), por ejemplo, encuadran en la segunda categoría de las definiciones constitutivas⁹⁰. Si la doctrina y jurisprudencia en materia comercial forman la imagen del "buen hombre de negocios" o en materia civil lo hacen con el "buen padre de familia", no describen la realidad sino que miden el obrar de las personas (real) mediante el concepto estatuido de ese arquetipo o modelo de conducta para apreciar (ideal) en qué grado puede considerarse a alguien encuadrado en las diligencias necesarias que hubiera tomado uno u otro cartabón o estándar de conducta, según las nociones a que hace referencia la ley (v.g. art. 59 Ley 19.550 –LSC- y 413 del Código Civil)⁹¹.

Las definiciones declarativas poseen, al contrario, la función de describir la realidad natural o cultural. Descriptivas son v.g. las definiciones de las ciencias naturales (Botánica, Zoología, etc.). Pero también el concepto de "Derecho" puede iluminarse mediante una definición declarativa. Las célebres palabras de KANT (1724-1804), "aún buscan los juristas una definición del Derecho"⁹², no contienen una ironía, sino el reconocimiento de las ingentes dificultades que la elaboración de una definición declarativa de nuestra disciplina provoca⁹³.

II. PLANTEOS DERIVADOS DEL OBJETO

A. Objeto simple o complejo en la Filosofía

Tanto la gnoseología como la metafísica se han ocupado, desde el ángulo visual filosófico, de cuyo tronco del saber forman parte, del problema ontológico como conjunto o entero, o, dicho de otra manera, de lo complejo y lo simple en cuanto a un objeto de estudio.

⁸⁹ Sobre los productos de las normas, puntualmente los conceptos, *vide* BANCHIO, *La noción ...*, p. 71.

⁹⁰ WEBER, Max; *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, t. I, ps. 650-660.

⁹¹ Entendiendo tales expresiones en el sentido otorgado por la inabarcable serie de estudios que inaugura WEBER con sus análisis en torno al proceso moderno de transición desde una racionalidad jurídica "finalista" o "teleológica", orientada a formas de justicia material, a una racionalidad jurídica "formal" o legalista, orientada hacia una noción abstracta de justicia, concebida como aplicación mecánica y fiel de la regla legislativa o, en general, del "derecho sistemáticamente estatuido". ZULETA PUCEIRO; *op. cit.*, p. 855.

⁹² KANT, Immanuel; *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada, 1960, t. II, p. 349.

⁹³ GOLDSCHMIDT; *El SOS ...*, p. 126.



Así ha llegado a firmarse que complejo es, en general, un conjunto de objetos determinados por caracteres comunes. El complejo equivale en este sentido a la clase, totalidad, estructura o conjunto, a él se atribuye habitualmente un sistema de relaciones internas que lo convierten en un todo cerrado y autónomo y que permiten hablar de conjunto de representaciones unidas en una totalidad específica⁹⁴.

A su vez, como simple se caracteriza aquello que no tiene y no puede tener partes; lo simple es, pues, indivisible. La carencia de partes e indivisibilidad son, en efecto, más propias de lo que carece de figura y de magnitud. Ejemplos de entidades simples son, en la física, las partículas elementales, o en la filosofía, la mónada⁹⁵. En ella vemos ya dos rasgos fundamentales de lo simple o de la simplicidad: la posibilidad de que posea cualidades, y la posibilidad de que una suma o, como dice LEIBNIZ (1646-1716), un *aggregatum* de entidades simples pueda formar un compuesto⁹⁶.

Algunos filósofos han sostenido que es carácter inevitable de lo simple la pobreza de determinaciones, sin embargo, la mayor parte de los pensadores que han utilizado la idea de simplicidad en su metafísica (PLATÓN «428 a.C. o 427 a.C.–347 a.C.», SANTO TOMÁS «1225-1274», entre ellos) han entendido que lo simple pertenece a una dimensión más elevada del ser que lo compuesto y, por consiguiente, que la simplicidad es ontológicamente más rica que la no simplicidad⁹⁷.

Mario BUNGE (1919), investigador de la simplicidad desde la Filosofía, afirma que el problema del significado de lo simple es complejo ya que simplicidad es también un término multívoco⁹⁸. No todas las clases de simplicidad son deseables o mutuamente compatibles; la teoría de la simplicidad, todavía en una fase rudimentaria, amenaza con convertirse en una teoría sumamente compleja. Si deseamos, dice, que nuestro tema haga progresos, "deberemos admitir la complejidad de la simplicidad"⁹⁹.

⁹⁴FERRATER MORA, José; *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1971, t. I, p. 311.

⁹⁵ Respecto del concepto en SAUER y LEIBNIZ, *vide* BANCHIO; *La noción ...*, p. 26 y *Bases ...*, p. 89, respectivamente.

⁹⁶FERRATER MORA; *op. cit.*, p. 678.

⁹⁷ *Vide* PLATÓN, v.g. la proposición de que el alma es simple (*Diálogos*, "Fedón o sobre el alma", Madrid, Sarpe, 1983, p. 125) y en SANTO TOMÁS la demostración de la realidad simple de Dios, comprobando: a) que Dios no es un cuerpo ni un compuesto de materia y forma, sino un acto puro, no poseyendo género ni diferencia ni accidentes; b) que lo compuesto es posterior a los elementos componentes o elementos simples, y Dios es el ser primero y, por ende, anterior a todos los otros; c) que todo lo compuesto tiene una causa, en tanto que Dios es incausado; d) que todo compuesto tiene algo que no es su ser, en tanto que Dios no puede contener nada extraño a su propia naturaleza (*Suma Teológica*, I, q. 3, 7, Madrid, B.A.C., 1956).

⁹⁸ *Vide, supra* punto 3-I.B.3.

⁹⁹BUNGE, Mario; "The Complexity of Simplicity", *The Journal of Philosophy*, LIX, (1962), ps. 113-35, *apud* FERRATER MORA; *ibídem* y



Hemos resumido lo que dice del problema la Filosofía, veamos ahora, en los puntos que siguen, el planteamiento en nuestra disciplina jurídica.

B. Simplicidad y complejidad en el Derecho

Como habíamos afirmado en la obra LA NOCIÓN TRIALISTA DEL DERECHO la Filosofía general puede tener planteos regionales, dos de los cuales son jurídicos ya que estudian un único objeto material desde un enfoque externo e interno: la Filosofía Jurídica Mayor o Filosofía del Derecho (que integra el objeto Derecho - desde fuera- en el planteo general de la Filosofía universal) y la Filosofía Jurídica Menor, Jurística o Introducción al Derecho (que estudia el objeto derecho desde dentro sin preocuparse de su lugar en el universo general)¹⁰⁰.

Surge así la Filosofía del Derecho como un esfuerzo por captar el objeto jurídico, como una ontología particular que llega a la región de cosas que está a la base de todos los objetos temáticos de una disciplina. Mediante este primer avance llegamos a captaciones regionales de lo que pensamos como realidades totales, puesto que una vez que el objeto ha sido "recortado", su acceso resulta a todas luces mucho más directo, seguro y coherente.

Luego de ese primer paso, el tema nuclear y primario, sobre el cual se construyen los demás y en el que adquieren unidad pasa a ser, entonces el ontológico, en nuestro caso la pregunta por el objeto conocido como Derecho.

La respuesta puede presentarnos dos caminos, en primer lugar, un objeto simple, formado por un solo elemento dentro de todos los postulados posibles (v.g. ley, justicia, realidad, historia, costumbre o jurisprudencia), que será abordado con o sin rigurosidad metodológica determinando así, el carácter puro o impuro de tal simplicidad.

Por otro lado, si la comprensión del objeto jurídico está dada por una multiplicidad de elementos que lo conformen, estaremos frente a una estructura compuesta del derecho captada metodológicamente por una complejidad impura o pura según como se efectúe su abordaje.

C. Horizonte de Historia del Derecho

1. Edades Antigua, Media y Moderna

Desde la antigüedad hasta la Edad Moderna, la comprensión de los despliegues que componen el Derecho se fue desarrollando gracias a la actuación (*praxis* jurídica) de emperadores, sacerdotes, gobernantes, legisladores

http://es.wikipedia.org/wiki/Mario_Bunge#Su_enfoque_filosofico:_generalidades.

¹⁰⁰BANCHIO, *La noción ...*, p. 49 y GOLDSCHMIDT, *Justicia ...*, p. 488.



y jueces junto también, con el trabajo doctrinal de jurisconsultos desde dentro de la disciplina jurídica y filósofos desde fuera de ella, que desarrollaron sus postulados en obras teóricas individuales. En estos contextos, las dimensiones ontológico jurídicas reflejaban la fusión, ciertamente impura, de diversos tipos de saber: el filosófico, religioso, técnico y científico, colocando al objeto del derecho en el sustrato normológico (conjunto de normas, ley, etc.), dikelógico (orden de justicia, valores, moral) o socio-lógico (costumbre, manifestación de la historia, jurisprudencia) según la preeminencia del enfoque con que se estudiara.

En apretada síntesis la comprensión histórica de la Filosofía del Derecho a la luz de los valores jurídicos y de las dimensiones del Derecho nos permite caracterizar las diversas edades históricas. En la Edad Antigua, hubo un marco de referencia a la naturaleza y al valor orden que, si bien fue superando la "complejidad impura" del saber, se mantuvo la "complejidad impura" de las dimensiones jurídicas. En la Edad Media, hubo una remisión predominante a la divinidad y al valor santidad y perduró la "complejidad impura" de las dimensiones del Derecho. En la Edad Moderna, se desarrolló un creciente desarrollo del valor justicia y una mayor referencia humana individual, lo que posibilitó cierta tendencia a una simplicidad, de suyo impura, pero subsistió la mencionada "complejidad impura" de las dimensiones jurídicas¹⁰¹.

2. Edad contemporánea.

a. Complejidad impura

La complejidad impura de saberes jurídicos de los tiempos anteriores en los que se evidenció el predominio de la Filosofía (Edad Antigua) y de la Religión (Edad Media) sobre el Derecho; se transformó en simplicidad jurídica impura con el iusnaturalismo moderno que posibilitó la codificación y el advenimiento posterior del positivismo que elevó a categoría de "ciencia" al Derecho, como una parte de la razón universal¹⁰².

Sin embargo, al propio tiempo, el éxito masivo de las ciencias formales y naturales impulsó una fuerte crítica a esta posición, contando entre sus precursores a KIRCHMANN (1802-1884) (crítico del carácter científico del derecho identificado con el positivismo), a SAVIGNY y a los iusfilósofos de las corrientes antiformalistas como IHERING (1818-1892), KANTOROWICZ o HECK (1858-1943) que vuelven a darle al Derecho un giro hacia cierta complejidad impura. Contemporáneamente a ellos surgieron otras ciencias sociales, algunas en formación y otras que se consolidaron, que reivindicaron para sí ontologías

¹⁰¹ CIURO CALDANI; *Lecciones ...*, ps. 65-66.

¹⁰² CARPINTERO, Francisco; *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993, *passim*, especialmente ps. 86, 97 y 107-ss.



regionales recortando la realidad unitaria y el campo de lo jurídico entrecruzado ahora por la economía, antropología, psicología, biología y sociología¹⁰³. Estos desarrollos se trasladaron a la consideración de las dimensiones jurídicas y la complejidad impura se hizo nuevamente presente en el campo del objeto Derecho.

Esta verdadera "explosión científica" acompañada también en materia filosófica por ideas que le dieron marco, posibilitó en la primera mitad de la Edad Contemporánea un clima de incremento inicial de la remisión humana social y de atención al valor utilidad que más adelante fueron logrando, sucesivamente, la "simplicidad pura" y la "complejidad pura" del mundo jurídico¹⁰⁴.

Arrancando desde mediados del siglo XIX, tres épocas pueden distinguirse dentro de las doctrinas referentes a la naturaleza del Derecho. El primer período puede llamarse el de la complejidad impura. Los autores al abordar el tema de la naturaleza del Derecho mezclan de manera confusa elementos sociales, normológicos y valorativos. Un representante de esta época es Georg JELLINEK (1851-1911), quien en su doctrina de la "fuerza normativa de lo fáctico" combina lo social con lo normológico; y que, al tratar los fines del Estado, incursiona en la esfera de los valores. La fase de la complejidad impura produce como saludable reacción la de la simplicidad pura¹⁰⁵.

b. Simplicidad. Impura y pura.

Los primeros intentos de simplificación buscando la pureza se producen aislando el Derecho en el valor o confinándolo en la realidad sociológica. Podríamos caracterizarlos de simplicidades impuras ya que, a vista rápida, reducen la disciplina jurídica a otras (religión y teología en un caso y sociología y sicología en el otro), aunque si bien se mira esto no ocurre necesariamente de tal forma. Si bien Kelsen (1881-1973), el gran e indudable depurador, fue luego emparentado con la lógica, tomaremos dos ejemplos de simplificaciones en los

¹⁰³ Entre algunos nombres arquetípicos podemos citar en Sociología a los franceses SAINT-SIMON (1760-1825) y COMTE, (1798-1857); en Economía al inglés RICARDO (1772-1823), estudioso de la distribución de la riqueza y el precio natural del trabajo y el alemán MARX (1818-1883), fundador del socialismo "científico" sobre las bases de la escuela clásica; en Psicología al alemán WUNDT (1832-1920), fundador de la psicología experimental, desde la perspectiva de la Física, a los italianos VOLTA (1745-1820), inventor de la pila eléctrica y MARCONI (1874-1937), precursor de la transmisión inalámbrica; en Medicina el francés PASTEUR (1822-1895), creador de la microbiología; al inglés LISTER (1827-1912), vulgarizador de la antisepsia, al alemán KOCH (1843-1910), descubridor del bacilo de la tuberculosis y en otras ciencias naturales contemporáneas donde figuran también personalidades ilustres, como los evolucionistas LAMARCK (1744-1829) o DARWIN (1809-1882) y el descubridor de las leyes genéticas MENDEL (1822-1884). *Vide* CIURO CALDANI, *Lecciones ...*, ps. 237-238.

¹⁰⁴ CIURO CALDANI; *Lecciones ...*, p. 66.

¹⁰⁵ GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p. XII y BANCHIO; *La noción ...*, p. 60.



que subyace un importante intento de purificación de la simplicidad.

b.1. Simplicidad dikelógica. Escuela del Derecho natural racional protestante.

Uno de los mayores grados de identificación del mundo jurídico con la justicia y la eliminación del mismo de consideraciones sociales y normativas, es la "geometría" del Derecho de LEIBNIZ, llamada así por cuanto su autor consideraba que de esa forma habría de ordenarse la materia jurídica y que el Derecho no debía partir del mundo de los sentidos, sino ocuparse de verdades eternas, del tipo de las ideas platónicas¹⁰⁶. No tiene duda LEIBNIZ acerca del fundamento del Derecho y la naturaleza de la justicia: sus reglas se fundan sobre bases racionales eternas que es imposible que sean violadas por Dios¹⁰⁷ ya que éste está vinculado por las reglas de la justicia y -lo que más importa- de una justicia no diferente de la humana¹⁰⁸, reglas fundadas en la naturaleza como las de la aritmética y la geometría¹⁰⁹, invariables como son las de la razón, que Dios mismo se ha empeñado en respetar¹¹⁰.

En su *Nova methodus*¹¹¹, LEIBNIZ, apunta a reducir el derecho vigente a una unidad sistemática, mediante una ordenación de la materia jurídica que conduzca a principios simples, de los cuales extraer leyes no sujetas a excepciones¹¹². Así, quiso que el Derecho Romano, vigente entonces en Alemania como Derecho común¹¹³, las costumbres, las leyes nacionales y la

¹⁰⁶CAVANNA, Adriano; *Storia del diritto moderno in Europa*, v. 1, Le fonti e il pensiero giuridico, Milano, Giuffrè, 1979, ps. 343-ss.

¹⁰⁷LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm; *Observationes de principio juris*, XIII, *apud*, FASSÒ, Guido; *Storia della Filosofia del Diritto*, v. II, L'eta moderna, Bologna, Il Mulino, 1966, p 158.

¹⁰⁸LEIBNIZ; *Essais de théodicée*, Paris, Flammarion; 1969, II, *ibidem*.

¹⁰⁹LEIBNIZ; *Monita quaedam ad Samuelis Pufendorfi principia*, IV, *ibidem*.

¹¹⁰Si bien, preocupado por reducir a la unidad todo el saber y el obrar humano, absorbe la justicia en la religiosidad (para distinguir tres formas, en dos de las cuales está individualizado lógicamente el Derecho), esto no significa que la absorba en la religión positiva o en la teología: el Dios, que es el fin y la fuente de la justicia es el Dios objeto de la sabiduría racional suprema, él mismo es racionalidad, es el ser universal racional. LEIBNIZ, Prefacio al *Codex juris Gentium diplomaticus*, XIV.21, *apud* FASSÒ; *op. cit.*, p. 161.

¹¹¹En 1667, a sus veintidós años, LEIBNIZ publica su mayor obra, *Nova methodus discendae docendae que jurisprudentiae*, cuyo núcleo es esta idea del derecho como ciencia exacta.

¹¹²LEIBNIZ; *Nova methodus discendae docendae que jurisprudentiae*, 11, 25. FASSÒ; *op. cit.*, p. 162.

¹¹³Tal materia es siempre el Derecho romano, reordenándolo según un método nuevo, gracias al cual le sea conferida la unidad que el sistema justiniano no posee, racionalizándolo¹²⁴ En su totalidad, el sistema anhelado y propuesto por LEIBNIZ debe conducir a la solución de todas las cuestiones, mediante argumentaciones precisas expresadas con lenguaje riguroso, según el método del procedimiento lógico matemático. LEIBNIZ, *op. cit.*, 11, 10, *apud* FASSÒ; *op. cit.*, p. 162.



equidad formaran un código breve, claro y suficiente que sirviera con alcance universal y de donde pudieran obtenerse las normas individuales.

La teoría leibniziana de la justicia purifica todo el esfuerzo de distinción lógica del iusnaturalismo de la época¹¹⁴ y logra la simplificación, en grado más alto de justicia, que es la «justicia universal», de la contradicción entre el principio del bien individual (afín a la justicia conmutativa) y el del bien común (afín a la distributiva) cuyo carácter antitético concilia LEIBNIZ a través de esa superación¹¹⁵ notablemente enriquecedora de la vinculación de la justicia con la idea de perfección, que señala caminos para su integración en el mundo del valor en general y para la relación entre el ser y el deber ser¹¹⁶.

b.2. Simplicidad sociológica. Escuela escandinava del realismo jurídico.

Logrando un grado de científicidad mayor que el alcanzando por la Escuela del Derecho Natural¹¹⁷ encontramos a Karl OLIVECRONA (1897–1980) y su unidimensionalismo sociológico. Haciendo evidente un idealismo genético análogo al de Kelsen -a quien somete a dura crítica- el profesor sueco intenta reducir el derecho a un fenómeno exclusivamente fáctico que RECASÉNS SICHES (1903-1977) ha denominado como super extremista¹¹⁸. Allí, las normas cobran identidad psíquica y por ende, real y los valores también pierden su idealidad, al confundírseles con las valoraciones¹¹⁹.

¹¹⁴ Confinando en el plano político, la esfera de la juridicidad en la que podían ser ejercitadas las acciones coactivas del Estado, y la distinguiéndola así de la moralidad, en la que se quería impedir toda intervención externa al individuo.

¹¹⁵ FASSÒ; *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁶ WOLFF desarrolla una perspectiva racionalista más extremada aún que su maestro. Opone al voluntarismo (al que considera una ética vacía y negativa) un intelectualismo ético, conforme al cual ciertas acciones son buenas o malas en sí mismas¹¹⁶. Aplica el método matemático a la ciencia jurídica y con gran esfuerzo sistemático utiliza fórmulas dispuestas arquitectónicamente entendiendo que podía lograr un código de Derecho Natural completo y perfecto, deducido sólo por la lógica de su primer principio de perfección. CIURO CALDANI; *Lecciones...*, p. 151.

¹¹⁷ LEIBNIZ tuvo conciencia de la necesidad de diferenciar las dimensiones de hecho y valor del mundo jurídico, pero no contó con los recursos metodológicos para integrarlas, desembocando en un unidimensionalismo dikiológico, que en general caracteriza a los miembros de su escuela.

¹¹⁸ MENICOCCHI, Alejandro; "Complejidad y simplicidad en la conceptualización del Derecho", *Boletín del Centro...* cit., N° 10, Rosario, F.I.J., 1988, p. 43.

¹¹⁹ Hay una razón muy simple por la cual no puede concebirse el derecho fuera del mundo de la naturaleza. El derecho debe necesariamente tener alguna relación con los fenómenos de este mundo, pero nada puede relacionarse con los fenómenos del mundo del tiempo y del espacio sin pertenecer al tiempo y al espacio. Nunca podemos eludir la conclusión de que el derecho es un eslabón en la cadena de causa y efecto. Tiene, por lo tanto, un lugar entre los hechos del mundo del tiempo y del espacio, pero entonces no puede pertenecer al mismo tiempo a otro mundo. OLIVECRONA, Karl; *El Derecho como hecho*, trad. Gerónimo Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959, ps. 6-7.



He ahí su simplicidad, "impura", la ciencia jurídica es pura ciencia natural ya que el Derecho se compone de realidades "naturales" principalmente de carácter psicológico y sociológico. Según OLIVECRONA, las normas jurídicas contienen ideas de acciones imaginarias a ser cumplidas por personas (v.g. los jueces) en situaciones imaginarias. La aplicación de la ley consiste en utilizar esas acciones imaginarias como modelos de conducta para los casos en que las situaciones correspondientes surgen en la vida real.

El Derecho no posee fuerza obligatoria¹²⁰, pero es concebible que en determinadas circunstancias las normas jurídicas produzcan el efecto de establecer nexos psicológicos entre ideas de actos o conductas y palabras imperativas¹²¹. La ontología jurídica debe desaparecer para ser sustituida por una ciencia del Derecho que es parte de la ciencia de la realidad social (Sociología).

b.3. Simplicidad normológica. Escuela del derecho puro.

Para llevar a cabo su ideal de la ciencia pura del Derecho, el maestro vienés, reduce los métodos asequibles a uno solo, el normológico y provoca así una amputación territorial del objeto jurídico desde dentro, ahuyentando los elementos sociales y valorativos¹²².

Partiendo de la recordada distinción kantiana entre ciencias del ser y ciencias del deber ser, Hans Kelsen propone la purificación del objeto de la ciencia jurídica señalando el camino de una "simplicidad" superadora de la "complejidad impura" que, como vimos, sometía al Derecho a otros saberes diversos.

En la simplificación operada, Kelsen margina la ciencia jurídica de las ciencias del ser, procurando la *primera purificación* que descarta toda consideración de la realidad social como fenómeno jurídico en sí misma apartando las relaciones causales, o sea del ser, del mundo de la naturaleza y ubicando al Derecho en el campo de las relaciones de imputación, del deber ser¹²³.

¹²⁰ Los juristas y filósofos, dice, tienen plena conciencia del hecho de que la fuerza obligatoria del derecho no pertenece al mundo del tiempo y del espacio ... solamente existe en la imaginación, Idem, p. 5-6.

¹²¹ La razón por la que una persona, por ejemplo, un juez, adopta una norma como modelo para sus actos debe buscarse en la motivación de esa persona y la regularidad de la aplicación de las normas surge de las motivaciones relativamente uniformes. Idem, p. 18.

¹²² GOLDSCHMIDT, *Introducción* ..., p. 32.

¹²³ La fórmula del principio de causalidad es "Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá" a semejanza de "Si un metal es calentado se dilata". La fórmula del principio de imputación es "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse" y, de maneras más concretas, "Si alguien os presta un servicio debéis agradecerse" y "Si alguien roba debe ser encarcelado" o "El ladrón debe ser encarcelado". La causalidad se constata, en tanto la imputación significa que la voluntad de alguien *atribuye* una consecuencia a un hecho. El deber ser jurídico no se refiere al comportamiento de un sujeto que tiene la obligación de obrar de determinada manera, sino a que a su comportamiento debe seguirle una consecuencia. No se trata de un deber



Pero fue aún más allá de la categoría lógica del deber ser, o de la norma, que sólo es un concepto genérico, pero que no establece la diferencia específica del Derecho. Entonces realiza una *segunda purificación*, en la que la norma jurídica es diferenciada de la moral porque en ella la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo, que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad, o cualquier otro valor. Este acto coactivo es la sanción¹²⁴. Esta coercibilidad identifica al Derecho, separándolo de la moral y como finalmente, la relatividad de los valores impide la elaboración de una teoría con carácter científico acerca de los mismos, toda decisión axiológica pasa a ser objeto de la política¹²⁵. Hans Kelsen, purifica así el concepto del Derecho.

Si hay alguna conclusión válida que nos permite extraer la exposición precedente de las tres simplificaciones reseñadas, es la aspiración del hombre por pretender abarcar totalidades, de "dominar el objeto", aprovechando palabras de NIETZSCHE (1844-1900).

KELSEN consigue, para los juristas un concepto puro del Derecho, pero cabe preguntarse si en realidad lo logra, o si solamente capta una porción de él, que identifica con su totalidad debido a la previa mutilación operada por la unidad y exclusividad de método¹²⁶ a costa de amputaciones y recortes del objeto jurídico.

El elemento social es extirpado y confinado a la Sociología, el ingrediente valorativo es excomulgado del ámbito de la ciencia y condenado a vagabundear por el campo de la Política¹²⁷. Estas operaciones fueron vistas como cercenamientos del Derecho¹²⁸ y produjeron a su vez una nueva reacción, que

ser como querer, que pertenece al campo del ser, sino del *sentido* de deber ser. Kelsen, Hans; *Teoría pura del derecho*, trad. Jorge Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, p. 90.

¹²⁴Aunque al principio la sanción no resulta relevante en el pensamiento kelseniano, al fin adquiere profunda significación. La sanción también está presente en las normas religiosas, pero en tanto en el Derecho es creada por los hombres como medio de organización social en la religión tiene carácter trascendente. Así Kelsen desvincula con la mayor nitidez a su alcance la norma jurídica de la norma moral y sostiene la autonomía del Derecho incluso frente a la ley moral. La norma jurídica resulta una imputación con sanción organizada socialmente. En esto consiste en "pureza" el Derecho. Idem, p. 43.

¹²⁵Idem, p. 10.

¹²⁶MENICOCCHI; *op. cit.*, p. 44.

¹²⁷GOLDSCHMIDT; *Introducción* ..., p. XVII.

¹²⁸ Además de las ásperas polémicas despertadas desde el liberalismo, el iusnaturalismo o el marxismo, son ilustrativos los debates con Carlos Cossio en "Teoría egológica y teoría pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina", *Revista Austríaca de Derecho Público (Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht)*, t. V, fascículo 1-2 y la respuesta en, Kelsen, Hans; "Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría Egológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)", *La Ley*, t. 72, ps. 749-764, además Cossio; "¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?", *La Ley*, t. 52, ps. 1075-1081 y Cossio; "La polémica anti-egológica (Respuesta al prof. Hans Kelsen)", *La Ley*, t. 76, ps. 740-760. Sobre los debates con Schmidt *vide*, LOMBARDI; Giorgio; *Carl Schmitt y Hans Kelsen*. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución



quería salvar el ideal de la pureza, haciéndolo compatible con la complejidad del mundo jurídico. Entramos, pues, en la tercera etapa, la de la complejidad pura.

c. Complejidad pura

c.1. Tridimensionalismos genéricos

Ya antes de Kelsen¹²⁹ se había producido el nacimiento de la concepción tridimensional del derecho en Alemania en los primeros años del siglo XX como reconciliación entre la herencia normológica del pandectismo de WINSCHIED (1817-1892), la nueva filosofía de los valores de WINDELBAND (1848-1915) y RICKERT (1863-1936) y la sociología de WEBER¹³⁰. Fue mérito de la Escuela Sudoccidental alemana rescatar del pensamiento de KANT, pese a la división hecha por éste entre ser y deber ser, un elemento clave para la comprensión del mundo histórico: el valor. Esta observación sobre la que desarrollaron la filosofía de los valores fue enriquecida por las contribuciones provenientes de la sociología de WEBER, DILTHEY (1833-1911) y SIMMEL (1858-1918) hasta construir la filosofía de la cultura con horizontes más amplios que los previstos por los neokantianos de Baden¹³¹.

A partir de estos postulados, entre la realidad (ser) y el valor (deber ser), se interpuso un elemento intermedio de conexión, la cultura (el ser referido al deber ser), complejo de las realidades (bienes materiales y espirituales contruidos por el hombre a lo largo del tiempo -historia-) referidas a los valores dentro de la que se encuentra el derecho, que como producto cultural, supone un soporte natural o real que adquiere significado y forma propios en virtud del valor al que se refiere y que de esta manera por tanto, obtiene estructura tridimensional¹³².

Para superar la antinomia suscitada entre la ahistoricidad de un valor trascendente (del que el iusnaturalismo, que vimos con LEIBNIZ, pretendía deducir artificialmente todo el sistema de normas positivas) y el mero significado contingente de las relaciones de hecho, no susceptibles de comprensión de validez universal como sustentaba por ejemplo OLIVECRONA, aplicando las

versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? ("*Hüter der Verfassung*"), Madrid, Tecnos, 2009.

¹²⁹ La Teoría Pura se publicó por primera vez en 1911 en la obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (Problemas fundamentales del Derecho Constitucional desarrollados por la doctrina de la norma jurídica), el mismo año en que su autor asume la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena.

¹³⁰ BANCHIO; *La noción ...*, ps. 22-23.

¹³¹ Idem p. 23 y REALE, Miguel; *Teoría tridimensional del derecho*, trad. Juan Antonio Sardina-Páramo, Edeval, Valparaíso, 1978, ps. 118-119.

¹³² REALE; *op. cit.*, p. 119.



enseñanzas de WINDELBAND y RICKERT al campo del derecho, Emil LASK (1875-1915)¹³³, habla por primera vez de la estructura tridimensional del mundo jurídico en su *Rechtsphilosophie* de 1905 donde afirma que no es la ley, sino el Derecho, lo que constituye el objeto de la ciencia jurídica¹³⁴ y concibe al derecho como realidad alcanzable en tres aspectos distintos.

c.2 Tridimensionalismos específicos. Teoría Trialista del Mundo Jurídico

En ese primer momento los diversos tridimensionalismos¹³⁵ recolectaron conclusiones de cada uno de los elementos que componen el mundo jurídico realizando síntesis finales¹³⁶, pero una vez alcanzada la captación tridimensional se enfrentaron al problema de la integración de los tres despliegues en una teoría que los refleje fielmente¹³⁷.

Luego de la Segunda Guerra Mundial los resultados alcanzados por el normativismo kelseniano tropezaron con los límites mismos que creía vencer. Esto resultó muy visible con los Juicios de Nuremberg donde los autoritarismos y crímenes contra los derechos humanos se explicaban dentro de la ley y su propio juzgamiento fuera de ella, pero fuera y dentro respectivamente de la esfera de la justicia, dimensión que la simplicidad pura había extirpado del derecho.

La mayoría de los juristas comprende entonces que es imprescindible superar a KELSEN, sobre todo cuando el Derecho debe afrontar los problemas que la realidad le plantea, sin perder la pureza metodológica alcanzada por él¹³⁸. Empieza entonces a surgir, el tridimensionalismo en su versión contemporánea como una aspiración generalizada hacia la comprensión global y unitaria de los problemas jurídicos, en un complejo de realidad social, normas y valores que brinde un camino amplio para la integración del saber jurídico abandonadas las predilecciones reduccionistas del normativismo¹³⁹.

En ese orden de ideas se busca mantener la triplicidad de los elementos alcanzada a principios de ese siglo, pero aunándola al ideal kelseniano de la pureza. Comienzan a renovarse las corrientes tridimensionalistas y se llevan a

¹³³La obra comenzada por LASK fue continuada en muchos aspectos por el filósofo y penalista alemán Gustav RADBRUCH (1878-1949), autor de *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, *apud* CIUROCALDANI, *Lecciones ...*, p. 360 y BANCHIO; *La noción ...*, ps. 26-27.

¹³⁴LASK, Emil; *Filosofía jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 87.

¹³⁵ Cabe agregar las concepciones de IHERING, KANTOROWICZ (Alemania), GENY (Francia), VANNI (Italia) y POUND (Estados Unidos). *Vide* BANCHIO; *La noción ...*, ps. 22-32.

¹³⁶ Es la etapa que el jurista brasileño Miguel REALE denomina de los tridimensionalismos genéricos, abstractos o enciclopédicos. REALE; *Fundamentos ...*, p. XVIII.

¹³⁷CIURO CALDANI; *Derecho ...*, p. 11.

¹³⁸BANCHIO; *La noción ...*, p. 38.

¹³⁹REALE; *Teoría ...*, p. 47.



efecto diversos intentos, como, por ejemplo, el tridimensionalismo de Miguel REALE (1910-2006), el Integrativismo de Jerome HALL (1901-1992) y la Egología de Carlos COSSIO (1905-1987)¹⁴⁰.

En 1967, GOLDSCHMIDT encuentra allí el lugar geométrico del Trialismo¹⁴¹ y propone bajo la teoría así bautizada tratar en el Derecho los elementos (hechos, norma y valor) que componen la triple dimensión del mundo jurídico, es decir los *repartos* de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y a la vida) (dimensión sociológica), captados por *normas* (dimensión normológica) y valorados (los repartos y las normas) por la *justicia* (dimensión dikelógica). Las conductas de reparto son comportamientos humanos; las normas, descripciones y captaciones lógicas de los repartos y la justicia como valor, se realiza a través de los hombres en el mundo jurídico y nos permite valorar los repartos y las normas.

El trialismo procura así la integración de las tres dimensiones del mundo jurídico acatando la exigencia de la pureza del método de manera de evitar la simplicidad pura, que mutila el objeto del derecho reduciendo sus tres dimensiones a una sola o la complejidad impura en la que las tres dimensiones se mezclan¹⁴².

3. Posmodernidad

El trialismo lleva a cabo el ideal kelseniano de la ciencia pura del Derecho, pero en lugar de reducir los métodos asequibles a uno solo, el normológico y provocar así una inadmisible amputación territorial ahuyentando la dimensión social y dikelógica, decanta cada uno de los tres métodos (sociológico, normológico y dikelógico), conservando la totalidad del mundo jurídico, pero delimitándolo nítidamente en dimensiones con fines propios y realmente distintas entre sí¹⁴³.

GOLDSCHMIDT entiende haber logrado una complejidad pura, que diferencia los tres despliegues, pero los integra formulando una teoría del derecho y no tres distintas ya que no presenta una mera yuxtaposición de dimensiones desarticuladas, sino que en cada una de ellas se integran las demás por cuanto considera que ninguna es autosuficiente para excluir a las otras y arrogarse por sí el objeto jurídico¹⁴⁴.

Para la teoría trialista lo relevante a tener en cuenta como meta del

¹⁴⁰GOLDSCHMIDT; *Introducción* ..., p. XVII.

¹⁴¹GOLDSCHMIDT; "Lugar del trialismo en la historia del pensamiento jusfilosófico y su operatividad en la práctica", *ED*, 49-899.

¹⁴²BANCHIO; *La noción* ..., p. 152 y 164.

¹⁴³GOLDSCHMIDT; *Introducción* ..., p. 32.

¹⁴⁴CIURO CALDANI; "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", *ED*, 126-884 y GOLDSCHMIDT; "Lugar del ...", p. 899.



conocimiento jurídico es la vida humana, realidad que vale reconocer en todos los despliegues alcanzables. Como la complejidad de la vida importa tener en cuenta muchos de sus aspectos sin renunciar a ninguna perspectiva de su estudio, el trialismo como filosofía jurídica de la complejidad pura supera la imposibilidad de captación profunda de la complejidad impura y el relativo aislamiento a fórmulas racionales o divinas de la simplicidad pura que excluye el tratamiento de aspectos de gran interés¹⁴⁵.

Los avances de la ciencia actual permiten construir una teoría del derecho reconociendo su complejidad, sin renunciar al ideal de pureza metodológica de los simplificadores que evidencie además las ventajas de un sistema abierto a la integración de aportes provenientes de otras investigaciones y responde a uno de los problemas cruciales de nuestra época, como lo ha destacado Ilya PRIGOGINE (1917-2003), que consiste en reconocer la complejidad, hallar los instrumentos para describirla y efectuar una relectura dentro de este nuevo contexto de las relaciones cambiantes del hombre con la naturaleza¹⁴⁶, ya que la complejidad es el proceso mismo de la determinación de lo indeterminado, del devenir del ser en el tiempo ante la mirada de la consciencia¹⁴⁷.

A diferencia de la metodología kelseniana, que gira exclusivamente en torno a las normas y fue construida con miras a lograr la meta de purificar el objeto de la ciencia del Derecho y que significó una "simplicidad pura" que superaba la "complejidad impura" en la que los métodos se mezclan, el trialismo, como metodología jurídica post-KELSEN entiende haber logrado una "complejidad pura", que diferencia los tres despliegues pero los integra metodológicamente, sin perder de vista la unidad del objeto, exponiendo los problemas sistemática y exhaustivamente, que en sentido positivo desea recoger los tres elementos del mundo jurídico, amén del ideal de la pureza o en sentido negativo aspira a superar el confusionismo de la primera y el recorte simplificador de la segunda época¹⁴⁸.

¹⁴⁵CIURO CALDANI; "El trialismo...", p. 884 y *La conjetura* ..., ps. 53-54.

¹⁴⁶PRIGOGINE, Ilya; "La lectura de lo complejo", *¿Tan sólo una ilusión?* (rec.), trad. Francisco Martín, 4ª. ed., Tusquets, Barcelona, 1997, ps. 47-48. En relación con el pensamiento complejo, vide MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. Marcelo Pakman, Gedisa, Barcelona 2004; BOCCHI, Gianluca-CERUTI, Mauro (comp.), *La sfida della complessità*, trad. Gianluca Bocchi y María Rocci, 10ª ed., Feltrinelli, Milano, 1997 y VENERI, Valeria, "Sulla rivoluzione paradigmatica in Edgar Morin. Dalla semplificazione all'complessità", *Idee* Nº 59-60, ps. 153-ss; *apud* CIURO CALDANI; "Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica", *Investigación* ..., Nº 38, p. 19.

¹⁴⁷LUHMANN, Niklas; *Fin y racionalidad en los sistemas*, trad. Jaime Nicolás Muñiz, Nacional, Madrid, 1983, p. 319 y PRIGOGINE; *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁸GOLDSCHMIDT; *Introducción* ..., p. XVIII.



III. PLANTEOS DERIVADOS DEL MÉTODO DE CONOCIMIENTO

Ahora bien, aunque muchos juristas estén de acuerdo en que el "objeto" Derecho se compone de tres dimensiones, una social, otra valorativa y una tercera normativa, este consenso no asegura de por sí, ninguna complejidad pura, es necesario indagar respecto de que método de conocimiento es menester utilizar para lograr amalgamar dicha complejidad pura. La justificación filosófica del pluridimensionalismo del mundo jurídico se da casi exclusivamente en el realismo, mientras que desaparece en el idealismo.

Expondremos someramente a continuación el significado filosófico de cada una de estas corrientes y luego su implicancia en el Derecho para lograr la conversión del fenómeno jurídico de manera tal que asegure la pureza metodológica propugnada y garantice la captación tridimensional en toda la complejidad de su extensión procurando no dejar fuera ningún elemento de análisis desde el punto de vista del horizonte integral del mundo jurídico.

A. Realismo e idealismo filosófico

1. Realismo

El significado filosófico de la voz realismo es multívoco y como tal debemos precisar su alcance para este punto del trabajo. En la filosofía de las Edades Antigua y Medieval, el nombre de realismo designó a un conjunto de teorías referidas a la cuestión de los universales¹⁴⁹ que se diferenciaban del nominalismo¹⁵⁰.

A partir de la Edad Moderna el realismo designa una posición, tanto en la gnoseología como en la metafísica general, que predica que las cosas existen fuera e independientemente de la conciencia o del sujeto, por ende, que el mundo es exterior a la mente del ser cognoscente y existe por sí mismo (ser percibido). Tal es la tesis del realismo metafísico u ontológico, que se opone así, no al nominalismo, sino tanto al idealismo, que sostiene que lo único existente son los contenidos de la mente del sujeto, como al constructivismo, que predica que la realidad es una "construcción social"¹⁵¹. Es este el sentido del realismo del cual hablamos.

¹⁴⁹ V.g. PLATÓN, ARISTÓTELES, SAN AGUSTÍN, SAN ANSELMO (1033-1109), GUILLERMO DE CHAMPEAUX (1070-1121), SANTO TOMÁS, etc. *Vide* LAMANNA, Paolo; *Historia de la filosofía*, v. II, Buenos Aires, Hachette, ps. 108 y ss.

¹⁵⁰ Roscelino de Compiègne (1050-1121/25) y Guillermo de Ockham, (c.1280/1288– 1349). *Vide* Tejedor Campomanes, Cesar; *Historia de la filosofía en su marco cultural*, Madrid, SM, 1993.

¹⁵¹ Una especie de idealismo colectivo en el que todos nos ponemos de acuerdo a la vez o aceptamos el constructo real recibido desde los centros aristocráticos que lo proyectan (política, ciencia, economía, medios de comunicación, etc. *Vide* ICKE, David; *Hijos de Matrix*, Obelisco,



Para el realismo metafísico, cabe distinguir entonces a) las cosas (objetos concretos, materiales o reales), b) los hechos o lo que le acontece a las cosas, y c) los conceptos que las representan (a las cosas), entre los que se cuentan los datos, hipótesis, modelos y teorías científicas que tratan acerca de los hechos, todo ello con exterioridad del sujeto cognoscente.

El realismo gnoseológico a su vez puede ser concebido de dos maneras, o como realismo ingenuo o natural o como realismo científico, empírico o crítico. El realismo ingenuo supone que el conocimiento es una reproducción exacta (una "fotografía") de la realidad. El realismo científico, empírico o crítico predica que no puede simplemente equipararse lo percibido como lo verdaderamente conocido, y es necesario someter lo dado a examen para luego tenerlo en cuenta cuando se formulan los juicios definitivos. Esta corriente suele recibir también el nombre de realismo moderado¹⁵².

Siguiendo a FERRATER MORA (1912-1991), podemos decir con él que después de haber sido combatido durante buena parte de la época moderna, el realismo, tanto gnoseológico como metafísico, ha vuelto a cobrar importancia en el pensamiento contemporáneo. La mayor parte de los filósofos de la actualidad adhieren, en efecto, al realismo, inclusive los autores neokantianos, que transformaron su idealismo crítico en posiciones muy próximas a lo que caracterizamos como realismo crítico¹⁵³.

Junto a estas corrientes realistas de diversos matices hay ciertas escuelas que han considerado el realismo como la posición central, siguiendo la tradición de PLATÓN, ARISTÓTELES, SAN AGUSTÍN (354-430) y SANTO TOMÁS (entre otros) cuyos postulados, en general definen las tesis realistas del siguiente modo: En metafísica: a) El ser no puede reducirse ni a un ser material ni a un ser inmaterial, b) La experiencia muestra que ambos modos de ser existen en el cosmos, c) Este cosmos consiste en entidades substanciales y reales existentes en sí mismas y ordenadas entre sí mediante relaciones reales y extramentales. En epistemología: Estas entidades y relaciones reales, junto con las producciones humanas, pueden ser conocidas por el hombre tal como son en sí, y pueden ser experimentadas estéticamente. En filosofía práctica: Tal conocimiento, especialmente el que se

Barcelona, 2010. Su teoría se basa en el principio de "problema-reacción-solución", método por el cual se genera un problema para provocar una reacción entre la población, y así, los ciudadanos de a pie, pedir a gritos una solución, la cual siempre supondrá más control y más recortes para las libertades, aunque supuestamente, esas soluciones se hayan llevado a cabo para nuestra seguridad, v.g. en la medicina, economía, política, etc. *Vide*, asimismo, ORWELL, George; *1984* o HUXLEY, Aldous; *Un mundo feliz*. En sentido contrario, ocurriría a la inversa, todos juntos, nosotros hemos construido el "sistema" del que algunos simplemente supieron aprovecharse en su propio interés mejor que los demás.

¹⁵²FERRATER MORA; *op. cit.*, p. 899.

¹⁵³*Ibidem*



refiere a la naturaleza humana, puede proporcionarnos principios inmutables y fidedignos para conducir nuestra acción individual y social¹⁵⁴.

2. Idealismo

El rasgo fundamental del idealismo es tomar como punto de partida para la reflexión filosófica no el mundo externo o las cosas exteriores, sino el "Yo", sujeto o conciencia, justamente porque el "Yo" es fundamentalmente "ideador", es decir, representativo¹⁵⁵.

Teniendo en cuenta que el punto de partida del pensamiento idealista es el sujeto, puede decirse que el idealismo constituye un esfuerzo por responder a la pregunta sobre cómo pueden conocerse, en general, las cosas.

El idealismo en este sentido es fundamentalmente "desconfiado" y, por consiguiente, esencialmente "cauteloso"¹⁵⁶. La desconfianza en cuestión se manifiesta hacia todo lo real o, mejor dicho, hacia todo lo que "pretende" ser real, incluyendo, por tanto, lo inteligible o los supuestos modelos de la realidad sensible. La pregunta referida al cómo pueden conocerse, en general, las cosas, no es por ello simplemente una pregunta gnoseológica, sino también, una pregunta metafísica. En efecto, en esa pregunta se presupone que las cosas que se declararán "reales" serán fundamentalmente las que se admitirán como "cognoscibles", y en particular como cognoscibles con plena seguridad, según completa evidencia poseída por el sujeto cognoscente. Esto se explica porque, el llamado "principio de la conciencia" (*Satz des Bewusstseins*) que estatuye que es imposible imaginarnos algo más allá de nuestra conciencia (toda vez que por la misma imaginación ello se introduciría dentro de aquélla), tiene en el idealismo valor ontológico, y no sólo gnoseológico¹⁵⁷. El idealismo es, así, un modo de entender el ser¹⁵⁸.

El idealismo gnoseológico resulta de un examen de las condiciones del conocimiento y no presupone ninguna tesis sobre la estructura de la realidad, en cambio, el idealismo metafísico, resulta de un supuesto sobre la estructura de lo real en cuanto éste está ligado a la conciencia o depende inclusive de la

¹⁵⁴Ibidem

¹⁵⁵ Dependiendo los autores, utilizan, para referirse al sujeto (Yo), vocablos como alma, espíritu, pensar, mente, etc. Idem, p. 899.

¹⁵⁶Ello indica que hay en el idealismo -y, en general, en la filosofía de la edad moderna- una cierta actitud que ORTEGA Y GASSET ha calificado de "ontofobia" (una especie de horror a la realidad), en oposición a la actitud que el mismo autor ha calificado de "ontofilia" (una especie de amor a la realidad).

¹⁵⁷GOLDSCHMIDT; *Introducción* ..., p. 22.

¹⁵⁸FERRATER MORA; *op. cit.*, p. 899.



conciencia. En la mayor parte de los casos el idealismo gnoseológico está mezclado con el metafísico¹⁵⁹.

Se suele considerar idealistas a autores como DESCARTES (1596-1650)¹⁶⁰, LEIBNIZ¹⁶¹, KANT¹⁶², FICHTE (1762-1814)¹⁶³, SCHELLING (1775-1854) o HEGEL (1770-1831). En general, el idealismo moderno coincide con el racionalismo continental, aunque dentro de éste hay autores como SPINOZA (1632-1677), que no son propiamente idealistas y a la vez que en el empirismo anglosajón (frecuentemente contrapuesto al racionalismo continental) hay otros como BERKELEY (1685-1753), que son claramente idealistas.

En virtud del creciente predominio de corrientes realistas de todas clases en la filosofía contemporánea, se ha declarado a veces que el idealismo ha muerto. Sin embargo, aunque es indudable que el idealismo ha perdido la gran fuerza que tuvo durante parte importante de la época moderna y en la filosofía de la edad contemporánea hasta la primera guerra mundial no puede decirse que ha desaparecido por completo.

¹⁵⁹Ibidem

¹⁶⁰En DESCARTES "el primer idealista moderno", el idealismo consiste primariamente en arraigar toda evidencia en el *Cogito*. Ello no significa que se niegue la existencia del mundo exterior, sólo se pone de relieve que el mundo exterior no es simplemente un "dato" del cual se parte.

¹⁶¹En LEIBNIZ, el idealismo aparece bajo forma monadológica y es, en rigor, un espiritualismo. Como sólo las mónadas son reales, hay que sostener la idealidad del espacio y del tiempo y, en general, de muchas de las llamadas "relaciones". En cierto modo, no es un idealista subjetivo, ni siquiera en el sentido cartesiano de sujeto. "Las mónadas son las únicas sustancias verdaderas y las cosas materiales no son más que fenómenos bien coordinados". HIRSCHBERGER, Johnannes; *Historia de la filosofía*, II, Barcelona, Herder, 1986, p. 78.

¹⁶²Se encuentra en el centro del pensamiento idealista. KANT rechaza el idealismo problemático de DESCARTES y el idealismo dogmático de BERKELEY. Si bien encuentra el primero más justificado que el segundo formula su propio idealismo, el único que estima aceptable: el idealismo trascendental que consiste en poner de relieve la función de lo "puesto" en el conocimiento. El idealismo trascendental (o formal) kantiano se distingue, pues, de lo que KANT llama idealismo material que no es incompatible con el realismo empírico, antes bien alcanza a justificar este último. No afirma, por tanto, que los objetos externos no existen, o que su existencia es problemática; afirma únicamente que la existencia de los objetos externos no es cognoscible mediante percepción inmediata. El idealismo trascendental kantiano no funda el conocimiento en lo dado, sino que hace de lo dado una función de lo puesto. Cuando se lleva a sus últimas consecuencias la doctrina kantiana de la constitución del objeto como objeto del conocimiento y se identifica la posibilidad del conocimiento del objeto con la posibilidad del objeto mismo, el realismo se desvanece.

¹⁶³Continúa la doctrina de KANT de que la existencia de Dios no es susceptible de prueba y que Dios no es sino un postulado de la razón práctica proclama el ateísmo y sustituye a Dios por el hombre (ateísmo antropocéntrico). Por ello, el que crea el mundo no es Dios sino el hombre. El Yo que es originariamente el Yo empírico, "pone" (o sea, crea) el No-Yo. Después del *Atheismusstreit* -escándalo que se produjo en la universidad de Jena por su ateísmo y que le obligó a renunciar-, FICHTE empieza a disfrazar su ateísmo reemplazando el Yo empírico por el Yo absoluto; pero como conserva para su denominación la primera persona del pronombre personal, alude ineludiblemente al ser humano, individual o tal vez genérico. GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p. 663.



Algunos autores, v.g., Nicolai HARTMANN (1882-1950) han propuesto nuevas concepciones sobre el problema del mundo externo intentando "ir más allá" del realismo y del idealismo, superación que también aparece, cuando menos en intención, en la obra de ORTEGA Y GASSET (1883-1955)¹⁶⁴ y HEIDEGGER¹⁶⁵.

B. Realismo e idealismo en el campo metodológico.

Desde el ángulo visual de la forma de conocer (teoría del conocimiento o gnoseología), la tesis de que cada objeto tiene muchos aspectos que abordar se basa en el realismo filosófico que sostiene, como vimos, que el acto cognitivo descubre algo de lo que es, a diferencia del idealismo filosófico que enseña que el acto cognitivo crea lo que será.

Para el realismo filosófico el conocimiento de un objeto constituye una tarea infinita de descubrimiento que se lleva a cabo por medio de un acercamiento del investigador al objeto desde los más diversos puntos de vista, hallando así desde las diferentes perspectivas sus figuras. Para el idealismo filosófico el conocimiento de un objeto significa su creación correspondiendo a cada acto de conocimiento un objeto propio.

El realismo filosófico debe admitir que el mismo objeto puede ser investigado mediante diferentes métodos. Para el idealismo filosófico cambiar de método equivale a pasar de un objeto a otro. El realismo filosófico acierta con respecto al hombre describiendo el idealismo filosófico la cognición divina¹⁶⁶.

1. Pluralidad metódica. Pluridimensionalismo

Queda entonces, prácticamente establecido que, desde el punto de vista

¹⁶⁴ Esta dicotomía pretendió ser superada por la razón vital de ORTEGA Y GASSET posicionándose como punto medio entre racionalismo (KANT) y vitalismo (NIETZSCHE), pero en última instancia es un idealismo más. La expresión "Yo soy yo y mi circunstancia", expresa que la vida se individualiza, el hombre tiende hacia su yo sin perder la visión del mundo exterior, la realidad que lo rodea que es utilizada por él para hacerse a sí mismo. Conjugado con el perspectivismo del filósofo español (no hay un solo punto de vista, sino diversas perspectivas), el Yo es un punto de vista que selecciona las impresiones dependiendo de las circunstancias de la vida de cada uno. Este relativismo concluye en un existencialismo que en última instancia determina que el punto de vista individual es el único desde el que puede mirarse el mundo en su verdad, porque la realidad se nos presenta, al fin, según nuestro punto de vista. BANCHIO; *La noción ...*, p. 154.

¹⁶⁵ La idea de la existencia como Ser "en" el mundo, es decir, la concepción de la vida o del hombre abierto a la realidad muestra que la controversia realismo-idealismo no se resuelve siempre por medio de la afirmación de una de estas dos teorías con exclusión completa de la otra o por medio de una posición simplemente ecléctica, sino también por la indicación de que tal controversia está fundada en el desconocimiento de que el realismo y el idealismo pueden ser "posiciones teóricas" sobrepuestas a una descripción pura o a una profundización previa de las ideas de conciencia, sujeto, existencia, vida humana, etc. FERRATER MORA; *op. cit.*, p. 899.

¹⁶⁶ GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p. 2.



de los presupuestos filosóficos reseñados, el pluridimensionalismo en el Derecho es posible desde la fórmula realista, mientras que no se logra en la tesis idealista. Veamos las razones.

Ambos términos pueden contestar tanto a la pregunta por la naturaleza de lo que compone el universo (realismo o idealismo cualitativo) como el problema del origen del mismo (realismo e idealismo genético). El realismo cualitativo es materialismo, sea que sostenga que el universo se compone directamente de materia (v.g. agua, fuego, tierra) o de elementos inmateriales que producen la materia (v.g. átomo, energía). El idealismo cualitativo a su vez predica que el universo se reduce a entes ideales, así PITÁGORAS (582-507a.C.) centra la quintaesencia en los números, PLATÓN lo hace en las ideas¹⁶⁷ y HEGEL afirma que todo lo real es racional y sólo lo racional es real¹⁶⁸.

Respecto del problema genético, para el realismo, el universo existe con independencia del hombre. Esta independencia puede ser total (naturaleza) o "parcial" (cultura). El realismo genético se divide en no creacionista (el universo existió siempre) y creacionista (a su vez creado a sí mismo -*generatio spontanea*- o por la *divinidad* -desde el politeísmo al monoteísmo-). El idealismo genético, en tanto, es originariamente la tesis teológica de la religión judía para la que Dios es el creador y factor del universo. Las cosas son porque y como Dios quiere que sean (idealismo teológico)¹⁶⁹. Posteriormente, cuando en los siglos XVIII y XIX cobra preponderancia el ateísmo, se seculariza el idealismo genético y FICHTE proclama que el universo es creación -consciente e inconsciente- del hombre: el Yo crea el No-Yo (idealismo antropológico)¹⁷⁰. Según sea ese sujeto creador, individual o colectivo, serán los planteos existencialistas o historicistas respectivamente¹⁷¹.

¹⁶⁷ Suele decirse que es idealista, porque distingue dos mundos: el sensible y el inteligible, siendo los seres del primero una copia o imitación de las ideas que habitan en el otro. Pero, sin embargo, como las Ideas son la verdadera realidad, esto lo transforma a Platón en realista. El llamado "dualismo" platónico se basa en que existen dos principios: trascendencia e inmanencia. Si se verifica el primero, la filosofía en cuestión es realista, si se verifica el segundo, la filosofía será idealista. Según el principio de trascendencia: las cosas existen independientemente del hombre y aunque el hombre no exista. En tanto el principio de inmanencia postula que las cosas existen siempre que exista el hombre y existen para él. El ser de las cosas es ser percibido. Toda vez que las ideas son la verdadera realidad, que existen de manera real y son el fundamento de la existencia de cualquier cosa, incluido el hombre, va de suyo que pueden existir, aunque los hombres no existan. BANCHIO; *Bases ...*, p. 25.

¹⁶⁸ GOLDSCHMIDT; "Tridimensionalismo ...", p. 758.

¹⁶⁹ El cristianismo es mayormente racionalista: la voluntad obedece a la razón, según SANTO TOMÁS. La tesis voluntarista en que la razón sigue a la voluntad fue defendida por DUNS ESCOTO en la Edad Media ("si Dios hubiese ordenado odiarlo, odiar a Dios sería bueno"). GOLDSCHMIDT; *Justicia ...*, p. 566. Para SAN AGUSTÍN, Dios no solo ha creado el mundo, sino que lo hace marchar conforme un plan por el prefijado (providencialismo).

¹⁷⁰ GOLDSCHMIDT; "Tridimensionalismo ...", p. 758.

¹⁷¹ FICHTE anuncia que el principio supremo de la filosofía reposa en el *Ich bin Ich* (*vide nota supra*). Coincide, por otros caminos, con la tradición bíblica cuando Dios dice a Moisés "yo soy el que



El idealista genético antropológico historicista estima el mundo jurídico creación de la humanidad como sujeto histórico. En esta concepción la humanidad, en cada momento histórico, estatuye su tabla de valores, emite las normas que aseguren su realización y enjuicia luego las conductas individuales según que cumplan o no las normas y el valor que las inspira. El historicismo fusiona así las tres dimensiones; pero, a diferencia del existencialismo que las aúna en una sola y proclama la conducta como el centro de ella (v.g. COSSIO)¹⁷², el historicismo estatuye dos: por un lado, valores y normas creados por la humanidad, y por el otro lado, conductas individuales conformes o en desacuerdo con aquéllos¹⁷³.

Desde la posición realista genética, el sujeto no crea al objeto, que es algo externo a él y configurado con características propias que deben descubrirse; mientras que desde el idealismo genético, el sujeto crea al objeto de la nada (*ex nihilo*) y este será lo que cada sujeto individual o colectivo lo haga ser¹⁷⁴.

El idealismo, en el sentido definido, mantiene, como vimos en el punto anterior, que nosotros (el "yo") producimos inconscientemente en la mayor parte, e intencionalmente en otra menor, el universo que nos aqueja¹⁷⁵. Por el otro lado, todo cuanto hay es asequible al conocimiento humano ya que es producto inconsciente o consciente de la actividad humana. Conocer algo, significa, pues, reconocer; y el reconocimiento debe reproducir lo que previamente se logró producir. La producción y la reproducción de los objetos se lleva a cabo por medio de idénticos o similares métodos; pero lo que sobre todo importa es que a cada tipo de método corresponde un único tipo de objetos y viceversa, siendo, por ello, imposible, trabajar sobre un solo objeto mediante diversos métodos¹⁷⁶.

Puede advertirse entonces la variedad de métodos con que es factible estudiar el objeto, que serán tan diversos como sea necesario para descubrirlo

soy... y dirás *yo soy* me ha enviado a ustedes"¹⁷¹ En el seno del "Yo" se constituyen tanto la naturaleza material, como la animada y la espiritual. BANCHIO; *La noción ...*, p. 153.

¹⁷²BANCHIO; *La noción ...*, ps. 161-162. Para el existencialismo cada hombre se auto valora y se autonorma; así, valor y norma forman parte integrante de la conducta. Pero en el mundo jurídico, siempre que uno juzga a otro, la conducta juzgada es heterovalorada y heteronormada. Caso contrario, habría de admitirse en todos los terrenos, v.g. al llamado "delincuente por convicción" de RADBRUCH. La justicia reclama la existencia de una comunidad, ya que sólo en el seno de ella puede transformarse el individuo en persona (principio supremo de justicia); y si bien la vida comunitaria implica, al lado de valoraciones de otro tipo, autovaloración y autonormación, ambas constituyen actos comunitarios y no individuales, conforme lo supone el existencialismo del que comulga el fundador de la Egología.

¹⁷³GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p. 23.

¹⁷⁴BANCHIO; *La noción ...*, p. 13. En el raciovitalismo de ORTEGA Y GASSET, la razón interviene ya que al no tener nadie la verdad total, ésta surge con la unión racional de las distintas visiones vitales individuales.

¹⁷⁵ Jean-Paul SARTRE, (1905-1980), existencialista francés, pone en boca de GARCÍN, protagonista de su obra teatral, la frase "el infierno son los demás". *Vide, A puerta cerrada*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1984.

¹⁷⁶GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p. 22.



mejor en el caso del realismo o a la vez constitutivos y de descubrimiento en el caso del idealismo, debido a que no habiendo nada externo al sujeto, el objeto se identifica con el método que lo crea¹⁷⁷.

2. Formula trialista

La teoría trialista del mundo jurídico, participa de las concepciones realistas (el sujeto descubre al objeto), para las cuales el conocimiento de cualquier partícula del universo es infinito y por ello debe enfocarse desde diversos ángulos, con pluralidad de métodos, lo que no obsta que éstos tengan diversa jerarquía¹⁷⁸. En sentido contrario, el iusnaturalismo apriorista de LEIBNIZ comulga con la fórmula idealista, como vimos en el punto precedente.

El Derecho, como disciplina cultural, necesita –desde esta perspectiva– utilizar una infinidad de métodos de distinta jerarquía a fin de alcanzar el conocimiento de su objeto. GOLDSCHMIDT propone tres métodos axiales en los cuales incluye otros muchos subordinados que permitan, al partir de esta diversidad metodológica, considerar la realidad en la plenitud de su carácter inagotable y al Derecho en su integridad¹⁷⁹.

Cada dimensión requiere un método propio, dado que son de distinta naturaleza entre sí; sin embargo, ello no debe hacer perder de vista la unidad del objeto¹⁸⁰. El reconocimiento de distintos aspectos en un mismo objeto es fruto del realismo genético, que sostiene la trascendencia de aquél frente al sujeto, siendo este último un descubridor de la realidad preexistente, pero no un creador¹⁸¹.

Partiendo de ese realismo genético creacionista, el profesor de Berlín y Buenos Aires brinda al tridimensionalismo una base metodológica firme. Encuentra, en primer lugar, la sociedad formada por hombres que tienen una relativa independencia con respecto al Creador¹⁸². Al lado de esta dimensión social se encuentra la normativa. La independencia de esta segunda dimensión no radica en la función descriptiva sino en la función integradora de la norma¹⁸³. Ambas dimensiones no son creadas por el hombre, porque, como dijimos, no es

¹⁷⁷CIURO CALDANI; *La conjetura ...*, p. 47.

¹⁷⁸GOLDSCHMIDT; "Tridimensionalismo ..." p. 758.

¹⁷⁹Vide BANCHIO; "Metodología jurídica trialista", *Dos Filosofías del derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y a Carlos Cossio*, Rosario, F.I.J., 2007, ps. 13-26; BANCHIO; *La noción ...*, Cap.IV, ps. 151-187 y GOLDSCHMIDT; *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, Aguilar, 1958, *passim*.

¹⁸⁰BANCHIO; "Metodología ...", ps. 13-ss.

¹⁸¹MENICOCCHI; *op. cit.*, p. 44.

¹⁸²Ya que existe el libre albedrío gracias al cual el hombre tiene autarquía moral, si bien no le correspondería autonomía moral, es decir, el hombre puede realizar o no los valores morales, pero no es autorizado a emitirlos GOLDSCHMIDT; *Introducción ...*, p. 26.

¹⁸³Vide BANCHIO; *La noción ...*, p. 63.



capaz de hacerlas surgir de la nada (*ex nihilo*), pero sí son fabricadas por él, es decir, hechas con material preexistente. Finalmente nos encontramos con los valores. Si éstos fuesen todos contruidos o fabricados por el hombre, se sumergirían en la dimensión social. Por el contrario, sobre todo con respecto a los valores que presiden la convivencia social, si aceptamos que tienen una subsistencia independiente de nosotros, o sea objetiva, llegamos a una tercera dimensión con propia personalidad. Estos valores juzgan sobre la convivencia social y las normas que la describen e integran. La integración del tridimensionalismo resulta así lograda¹⁸⁴.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel; *Epistemología jurídica*, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Rosario, 2010,

AUSTIN, John Langshaw; *Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras*, trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós, 1971;

BANCHIO, Pablo; *La noción trialista del derecho*, Buenos Aires, Perspectivas Jurídicas, 2006

- *Bases Trialistas*, Buenos Aires, Perspectivas Jurídicas, 2010

- "Metodología jurídica trialista", *Dos Filosofías del derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y a Carlos Cossio*, Rosario, F.I.J., 2007.

BENTOLILA, Juan José y CIFRÉ, Juan; "Cuadernos de la Cátedra E de la asignatura *Introducción al Derecho*", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario

BENOT, Eduardo; *Arte de hablar. Gramática filosófica de la lengua castellana*, Madrid, Hernando, 1910.

BIDART CAMPOS, Germán; "Epistemología del Derecho en honor de don Werner Goldschmidt, en sus 70 años". *Revista de la Facultad de Derecho*, Rosario, N° 2 y 3.

BULYGIN, Eugenio (coord.); *El Lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

BUNGE, Mario; "The Complexity of Simplicity", *The Journal of Philosophy*, LIX, (1962).

CARNAP, Rudolf; *Autobiografía intelectual*, Paidós Ibérica, Madrid, 1992.

CARPINTERO, Francisco; *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993.

CARRIÓ, Genaro; *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1965.

¹⁸⁴GOLDSCHMIDT; *Introducción...*, p. 26.



CAVANNA, Adriano; *Storia del diritto moderno in Europa*, v. 1, Le fonti e il pensiero giuridico, Milano, Giuffrè, 1979.

CIUROCALDANI; "Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica", *Investigación y Docencia*, N° 38.

- "El Lenguaje desde la perspectiva jurídica", *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social*, n° 31, p. 64

- "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", *ED*, 126-884

- *La conjetura en el funcionamiento de las normas*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

COPPI, Irving Marmer; *Introducción a la lógica*, trad. Néstor Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 1994.

COSSIO, Carlos; "¿Cómo ve Kelsen a la teoría egológica del derecho?", *La Ley*, t. 52, 1075-1081.

- *Las lagunas del derecho*, Universidad, Córdoba, 1942.

FASSÒ, Guido; *Storia della Filosofia del Diritto*, v. II, L'eta moderna, Bolonia, Il Mulino, 1966.

FERRATER MORA, José; *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1971.

GADAMER, Hans Georg; *Verdad y método*, trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1992.

GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

- *El SOS del Derecho Internacional Privado clásico*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1979.

- *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, Aguilar, 1958.

- "Lugar del trialismo en la historia del pensamiento jusfilosófico y su operatividad en la práctica", *ED*, 49-899.

GOMEZ, A y BRUERA, Olga; *Análisis del lenguaje jurídico*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1984.

GRZEGORCZYK, Christophe; "Le rôle du performatif dans le langage du droit", *Archives de philosophie du droit*, t. XIX.

GUIBOURG, Ricardo y otros; *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires.

HABERMAS, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social y II. Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1987 y 1999.

HIRSCHBERGER, Johnannes; *Historia de la filosofía*, II, Barcelona, Herder, 1986,

HUMBOLDT, Wilhelm von; *Sobre la diversidad de la estructura del Lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*, trad. Ana Agud, Anthropos, Ministerio de Educación y Ciencia.



HUSSERL, Edmund; *Investigaciones lógicas*, trad. Manuel García Morente y José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, t. II, 1967.

ICKE, David; *Hijos de Matrix*, Obelisco, Barcelona, 2010

IHERING; RUDOLF VON; *La jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid, Editorial de la Revista de Derecho Privado, 1933,

KANT, Immanuel; *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada, 1960.

KANTOROWICZ, Hermann y BUCKLAND, William Warwick; *Studies in the glossators of the roman law. Newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge, 1938.

KELSEN, Hans; *Teoría pura del derecho*, trad. Jorge Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941.

-“Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría Egológica y Teoría Pura (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)”, *La Ley*, t. 72, 749-764.

LAMANNA, Paolo; *Historia de la filosofía*, v. II, Buenos Aires, Hachette, 1983.

LASK, Emil; *Filosofía jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1946.

LOMBARDI; Giorgio; *Carl Schmitt y Hans Kelsen*. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (“Hüter der Verfassung”), Madrid, Tecnos, 2009.

LUHMANN, Niklas; *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. José María García Blanco, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

-*Fin y racionalidad en los sistemas*, trad. Jaime Nicolás Muñiz, Nacional, Madrid, 1983.

MALIANDI, Ricardo; *Ética convergente. Fenomenología de la conflictividad*, Tomo I, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2010.

MENICOCCHI, Alejandro; “Complejidad y simplicidad en la conceptualización del Derecho”, *Boletín del Centro...* cit., N° 10, Rosario, F.I.J., 1988.

OLIVECRONA, Karl; *El Derecho como hecho*, trad. Gerónimo Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959.

POPPER, Karl; *Los dos problemas fundamentales de la epistemología*, Tecnos Madrid, 1980.

-*La lógica de la investigación científica*, 1° ed., 11° reimp., trad. VictorSanchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1999.

PLATÓN, *Diálogos*, “Fedón o sobre el alma”, Madrid, Sarpe, 1983.

PRIGOGINE, Ilya; “La lectura de lo complejo”, *¿Tan sólo una ilusión?* (rec.), trad. Francisco Martín, 4ª. ed., Tusquets, Barcelona, 1997.

RADBRUCH, Gustav; *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.

REALE, Miguel; *Teoría tridimensional del derecho*, trad. Juan Antonio Sardina-Páramo, Edeval, Valparaíso, 1978.



Ross, Alf; *La lógica de las normas*, trad. Genaro Carrió, Madrid, Tecnos, 1971.

- *Tú-tú*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1978.

RUSSELL, Bertrand; *El conocimiento humano*, trad. Néstor Míguez, Barcelona, Hyspamérica Ediciones, 1983.

SANTO TOMÁS DE AQUINO; *Suma Teológica*, I, q. 3, 7, Madrid, B.A.C., 1956.

SARTRE, Jean-Paul; *A puerta cerrada*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1984.

SAUSSURE, Ferdinand de; *Curso de lingüística general*, trad. Amado Alonso, Buenos Aires, Losada, 1980.

SAVIGNY, Friedrich Karl von; *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. Adolfo Posada, Buenos Aires, Heliasta, 1977.

VON WRIGHT, Georg Henrik; *Norma y acción*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979.

WEBER, Max; *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

ZULETA PUCEIRO, Enrique; "Apuntes para una teoría de las fuentes en la Codificación Civil Hispanoamericana", *La Ley*, 1979-B, 855.



SECCION JURISPRUDENCIA

Fallo sobre la protección de embriones crioconservados y la realización de un censo de ovocitos pronucleados. "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" (Primera Parte)

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala: I - Fecha: 3-dic-1999

AUTOS Y VISTOS:

I.- El Dr. Ricardo David Rabinovich inicia estas actuaciones a efectos de que se dé inmediata intervención al Ministerio Pupilar, con vistas a la protección que pudiera requerir un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas, denunciando, en tal sentido, que según las noticias periodísticas que menciona en diferentes ámbitos de nuestro medio se practican técnicas de congelamiento de personas por nacer, con diversas finalidades y fuera de todo control por parte de aquel Ministerio y/o de los jueces competentes.//-

Con intervención de la Asesora de Menores e Incapaces de primera instancia el señor juez a quo dispuso distintas medidas tendientes a verificar los hechos que motivan tal denuncia, con los resultados que constan en autos, pronunciándose en definitiva a fs.119/121. Al hacerlo consideró que lo actuado permite constatar la existencia de prácticas médicas enderezadas a obtener con ayuda de la ciencia la fecundación que por vía exclusivamente natural no es posible lograr;; que tales prácticas intervienen en las fases primarias del proceso de gestación de la vida humana; que cualquiera sea su encuadramiento jurídico, ésta merece tutela desde el momento mismo en que aparece; y que tal necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública: en principio del legislador, estableciendo pautas generales apropiadas, pero a falta de estas y hasta tanto se dicten debe ejercerla el órgano judicial, aunque no permitiendo o prohibiendo en abstracto sino ponderando cada caso concreto, a fin de evitar que una libertad total sobre la materia pueda llegar a comprometer la vida humana. Y ello supuesto, el a quo resolvió: "I)) Disponer que hasta tanto se dicte legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, como por ejemplo, la denominada fecundación asistida, sea puesta a consideración del juez en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman, incluyendo el descongelamiento de óvulos fecundados, aun en la hipótesis de implantación en la mujer y con prescindencia de las cláusulas contractuales que rigieran sobre el



particular.- II) Ordenar se notifique por Secretaría lo proveído en el día de la fecha a las personas físicas o jurídicas individualizadas en el proceso como relacionadas con las actividades "supra" reseñadas.- III) Hacer saber a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación, la presente resolución, con el objeto que tomen adecuado conocimiento de su contenido las personas físicas o jurídicas vinculadas a las prácticas médicas de fertilización asistida...". Finalmente, a fs.123 se proveyó la aclaratoria pedida a fs.122, reiterándose que el descongelamiento de óvulos fecundados quedaba incluido en lo resuelto. -

II.- El pronunciamiento fue apelado a fs.184/7 por Alejandro Ariel Russo y Norma Alejandra Trombetta, a fs.229/32 por Fecunditas S.R.L. y a fs.234 por los Drs. Juan Carlos Mannara, Carlos Carrere, Fernando Gismondi, Alejandro Diz, Enrique Salama y Javier Singla, concediéndose los recursos a fs.233, 236 y 268. Los primeros expresaron sus agravios a fs.289/305 y los demás apelantes lo hicieron en forma conjunta a fs.251/263.-

Elevados los autos a este Tribunal se dispusieron las siguientes medidas: a) por pedido del Señor Asesor de Menores de Cámara, a fs.334 se mandó agregar la documentación de fs.309/27 y librar oficio a la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, cuya respuesta obra a fs.346/7; b) por pedido del Señor Fiscal de Cámara, a fs.385 se ordenó el libramiento de diversos oficios, sólo contestados por la Academia Nacional de Medicina a fs.414/7 y la Universidad del Salvador a fs.435/48, y a fs.452 se requirió la opinión del Cuerpo Médico Forense, expresada a fs.453/65; c) por pedido de Fecunditas S.R.L., a fs.401 se dispusieron nuevos oficios, contestados por la Federación Latinoamericana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia a fs.407/9 y por la Sociedad Argentina de Biología a fs.419/25.- A fs.356/81 luce el dictamen del Señor Asesor de Menores de Cámara y a fs.475/82 del Señor Fiscal de Cámara; y a fs.493 se llamó autos para sentencia.-

III.- Las recurrentes objetan el fallo sosteniendo que contiene un pronunciamiento de carácter general y futuro, ajeno a la función judicial, y en buena medida les asiste razón.-

Como se desprende de los arts.109, 116 y 117 de la Constitución Nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha interpretado en forma invariable, la competencia propia del Poder Judicial, distinta de la acordada a los otros poderes del Estado, debe ejercerse en causas o casos concretos (Fallos 242:353; 310:2342, entre muchos otros); y no puede ser excedida en las sentencias sin infringir aquellos preceptos y comprometer el principio de la división de poderes.-

Ahora bien, en la especie sub iudice se advierte ese exceso. En efecto, el fallo apelado dispuso que hasta tanto se dicte legislación específica "toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades..., sea puesta a consideración del juez



en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman..."; y de ese modo ha decidido sobre situaciones futuras que puedan derivar de las actividades que menciona, fijando una norma general a la que deberán someterse los implicados en ellas, como es el requerimiento de autorización judicial, lo cual es propio de la función legislativa y no de la función judicial, circumscripta -se reitera- a causas o casos concretos.-

En consecuencia, frente a la pretensión deducida en autos, enderezada a "la protección que pudiera requerir un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas" y encuadrable así -como bien lo señala el Señor Fiscal de Cámara- en el instituto previsto por el art.234, inc.3º, del Código Procesal, el pronunciamiento del Tribunal solo podrá referirse a situaciones existentes a la fecha en que se dicte en virtud de lo dispuesto por el art.163, inc.6º, segundo párrafo, del mismo código, y a los sujetos involucrados en ellas, individualizados o individualizables en la etapa de ejecución ya que esta contingencia no quita carácter actual y concreto al decisorio.-

IV.- El sostenido progreso de la ciencia y de la técnica en la época moderna, con sus enormes posibilidades de conocimiento, poder y bienestar pero también con los graves problemas que genera cuando ellas no son puestas al servicio del hombre y terminan por someterlo, se manifiesta hoy, particularmente, en sus aplicaciones al campo de la vida, en especial de la vida humana. Así lo evidencia el incesante desarrollo de la biología, entre otras disciplinas, permitiendo resultados inimaginables décadas atrás que suscitan no pocos dilemas de orden ético. Y vinculadas con ella, tales cuestiones se plantean con las técnicas de reproducción asistida, en especial la fecundación in vitro.- Sin duda, grandes son las posibilidades abiertas por estas técnicas en orden a la superación de la infertilidad humana, y grandes también, por ello mismo, las expectativas que generan. Pero no menos graves son los interrogantes morales que plantean, que han generado un amplio e inconcluso debate entre representantes de variadas disciplinas científicas y filosóficas y de confesiones religiosas.-

Como muestra de la preocupación suscitada por tales cuestiones cabe recordar la existencia de conocidos informes, recomendaciones y pronunciamientos sobre el tema, fuera y dentro del país, postulando distintos criterios. Así, a modo de ejemplo, el "Informe Warnock", emitido en 1984 por el "Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology", a requerimiento del gobierno británico; el "Informe Palacios", producido en 1986 por la "Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y la Inseminación Artificial Humanas", constituido en el ámbito del Congreso de Diputados de España; el informe presentado en 1985, en Estrasburgo, por el "Committee of Experts on Progress in



Biomedical Sciences", constituido por el Consejo de Europa; y la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" dada en 1987 por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica.- Entre nosotros, en 1995 la Academia Nacional de Medicina publicó una polémica comunicación en estos términos: "La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental es así dentro o fuera del organismo materno. Se debe promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre..." (Diario "La Nación", del 23 de setiembre de 1995; fs.393).-

V.- Ciertamente, las complejas cuestiones científicas y filosóficas que suscita el empleo de las técnicas de fecundación in vitro escapan como tales a la competencia del Tribunal, cuyo pronunciamiento debe centrarse en las normas jurídicas que regulan el caso, considerando aquellas cuestiones solo en la medida que la aplicación de estas normas lo requiera.-

Ahora bien, tampoco en el plano jurídico las respuestas son sencillas ni pacíficas, como lo evidencia la pluralidad de posturas adoptadas con relación a los numerosos y trascendentes temas implicados.-

Según los países, la legislación y la jurisprudencia extranjeras poseen mayor o menor permisividad. En tal sentido puede mencionarse en Suecia la ley sobre fecundación artificial de 1984, la ley sobre fecundación in vitro de 1988 y las leyes 114 y 115 de 1991; en Noruega y Dinamarca sendas leyes análogas de 1987; en España las leyes 35 y 42 de 1988; en Alemania la ley 745 sobre protección de embriones del 13-2-90; en Suiza el art.29.4 de la Constitución Federal introducido en 1992; y en Francia las leyes 653 y 654 del 29-7-94. Y como precedentes jurisprudenciales de singular repercusión, los sentados por la Corte Federal de E.E.U.U. en los casos "Roe vs. Wade" del 23-1-73 (410, U.S.113, 93 S.ct.705, 35 Led.2a.147, 1973) y "Junior Lewis Davis vs. Mary Sue Davis", del 14-1-93 (J.A. 1993-II-343); por el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana el 25-2-75; y por el Tribunal Constitucional de España el 11-4-85 (E.D. 113-479), entre otros.-

De ese modo, distintas son las soluciones dadas en esas leyes y precedentes a cuestiones tales como el "status" jurídico del embrión, la fecundación homóloga o heteróloga, el número de embriones a implantar, su crioconservación, la experimentación y el destino de esos embriones, la maternidad subrogada, la filiación, etc., etc.-

En nuestro país no existe legislación específica sobre tales cuestiones. Se presentaron sí numerosos proyectos legislativos, con diversidad de posturas, como en la legislación y jurisprudencia extranjeras. Y aunque la mayoría de ellos



perdió finalmente estado parlamentario, evidencian la preocupación -y también las dificultades- que el tema suscita. Son -entre otros- los siguientes: N° 94/93 del Senador Lafferrière; N° 1374/93 de los Senadores Britos, Rivas y otros; N°430/95 del Senador Rivas; N°551/95 del Senador Britos; N°628/95 del Senador Lafferrière; N°1351/95 del Senador Martínez Almudévar; N°1352 del Senador Avelín; N° 2053/96 del Senador Branda; N° 7/97, 57/97 y 267/97 del Senador Rivas; N° 165/97 del Senador Martínez Almudévar; N° 272/97 del Senador Villaverde; N°435/97 del Senador Ulloa; N°450/97 del Senador Storani; N°867/97 del Senador Romero Feris; N°3490/92 de los Diputados Orquín, Vicchi, Parente, González Gass, Gauna y Salvador; N°2617/93 de los Diputados Ruckauf e Iribarne; N°3758/93 de los Diputados Mendoza y Troyano; N°4285/94 del Diputado Algaba; N°5284/94 del Diputado Orquín; N°2071/95 del Diputado Mendoza; N°4857/96 del Diputado Polo; N°882/98 de la Diputada Martínez; N°1257/98 de la Diputada Musa; N°1944/98 del Diputado Cafiero; N°3594/98 de los Diputados Camaño y Corchuelo Blasco; N°7475/98 del Diputado Arias; N°2841/99 del Diputado Lafferrière. Especial referencia merece el proyecto aprobado por el Honorable Cámara de Senadores de la Nación el 2 de julio de 1997 (Orden del día 538/97).-

Tampoco nuestros tribunales se han pronunciado sobre el tema. Lo han hecho en casos de aborto, pero no en supuestos planteados por la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que, más allá de remitir a ciertos temas comunes, plantean al derecho problemas específicos.-

Por ello, sin perjuicio de destacar la imperiosa necesidad de una legislación que regule esas prácticas y las delicadas situaciones que derivan de ellas, la cuestión planteada en autos debe examinarse y resolverse mediante la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro sistema legal y de conformidad con los hechos que resultan de la causa.-

VI.- Según el art.30 del Código Civil "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones", y tratándose de las personas de existencia visible mencionadas en el art.31, es claro que tales entes no son sino las personas humanas, y toda persona humana. "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible", expresa con amplitud el art.51; criterio que, por lo demás, resulta acorde con nuestro régimen constitucional. En efecto, el art.75 inc.22 de la Carta Magna otorga jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos que enumera, y en ellos se reconocen los derechos a la persona humana, en razón de su dignidad propia, y a toda persona sin distinciones. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere a "todos los hombres" (Preámbulo), a "todo ser humano" (art.I) y a "toda persona" (art.II y siguientes), y añade: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones,



y a gozar de los derechos civiles fundamentales" (art.XVII); la Declaración Universal de Derechos Humanos alude a "todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo), a "todos los seres humanos" (art.1º), a "toda persona" (art.2º) y a "todo individuo" (art.3º), y prescribe que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art.6º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) habla del "hombre" y la "persona humana" (Preámbulo) y de "toda persona" (art.4º y siguientes), y dispone asimismo que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art.3º); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona a la "persona humana" y al "ser humano" (Preámbulo), a "todos los individuos" y "toda persona" (art.2º) y a los "hombres y mujeres" (art.3º), reiterando -como en las anteriores convenciones- que "todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art.16º).-

También es amplia la solución dada en el Código Civil al problema relativo al comienzo de las personas de existencia visible y su consecuente tutela legal, al reconocer como tales a las personas por nacer bajo la condición resolutoria que contempla el art.74, y ello desde el momento de su concepción en el seno materno.-

El art.63 establece: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno"; explicando Vélez en la nota correspondiente: "Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar. El art.22 del Cód.de Austria, dice: "Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero". Lo mismo el Cód.de Luisiana, art.29, y el de Prusia, 1a. parte, Tit.I, art.10. Pero el Cód.de Chile, en el art.74, dice: "Que la existencia legal de toda persona principia al nacer"; pero si los que aún no han nacido no son personas, "por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado" "Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada"...". A su vez, el art.70 es terminante en cuanto al inicio de la persona: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas..."; criterio que, por lo demás, es concorde con la amplitud del citado art.51, que al prescindir de "cualidades o accidentes" en la definición de la persona de existencia visible impone prescindir de determinaciones -o indeterminaciones, si se quiere- derivadas de los distintos momentos de su desarrollo.-

Como es sabido, Vélez receptó en este punto la solución adoptada en el "Esbozo" de Freitas, quien se apartó del sistema general del derecho romano mantenido en diversas legislaciones de su tiempo, para el cual el nacimiento determinaba el comienzo de la persona. Se atuvo así al dato biológico, consistente en la



presencia de un nuevo ser en el seno de la madre, distinto de ésta, fruto de la fecundación. Y al referirse a la "concepción" buscó la protección de la persona a partir de su estadio inicial, incipiente, primario.-

Otros artículos del Código Civil reafirman la solución comentada, a saber, el comienzo de la persona desde su concepción. Los arts.3290 y 3733 acuerdan capacidad para suceder y para adquirir por testamento -respectivamente- al hijo concebido; y posee singular relevancia que el art.264, en su texto actual, introducido por la ley 23.264, sancionada en 1985, defina la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación, "desde la concepción de éstos".-

Concuerda con ello, asimismo, el Código Penal. En efecto, el delito de aborto que contemplan los arts.85, 86, 87 y 88 supone en la víctima el derecho a la vida y, de ese modo, su condición de persona con arreglo al art.30 y demás citados del Código Civil. Y también -entre otras- la ley 17.418, cuyos arts.143 y 145 incluyen entre los hijos beneficiarios del seguro de personas a "los concebidos" al tiempo de ocurrido el siniestro, y la ley 24.004 de ejercicio de la enfermería, cuyo art.10, inc.b), ordena "respetar en las personas el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte".-

Pero no sólo las leyes del país adoptan la solución comentada. Desde el año 1994, también la Constitución Nacional. El art.4, inc.1, de la ya mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Y si bien la expresión "en general" puede restar carácter absoluto al criterio seguido, tal carácter resulta indiscutible si se considera que en virtud del art.75 inc.22 de la Ley Fundamental también la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía consuetudinaria "en las condiciones de su vigencia", "esto es, tal como...efectivamente rige en el ámbito internacional" (Fallos 318:514, consid. 11º), lo que impone tomar en cuenta las reservas y aclaraciones incluídas por nuestro país al ratificarla (Germán J.Bidart Campos, "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", tº IV - La reforma constitucional de 1994, Ediar, Bs.As.1995, págs.557/8; Antonio Boggiano, "Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos", Bs.As.1995, págs.103 y 121); y que, justamente, la ley 23.849 aprobó su ratificación con reservas y aclaraciones, entre otras la siguiente: "Con relación al art.1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción...". Es indudable, pues, que en nuestro régimen constitucional la existencia del ser humano y de la persona, consecuentemente, comienza desde el momento de su concepción; no siendo



ocioso destacar que dicho texto legal se refiere a la concepción sin circunscribirla, empero, a la que pueda producirse en el seno materno, como lo hacen los arts.63 y 70 del Código Civil -aunque ya no el actual art.264- redactados cuando aquélla sólo era factible de este modo.-

En suma, lo expuesto permite concluir sin hesitaciones que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno.-

Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales, derivados de la dignidad inherente al ser humano. Ante todo del derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia en tanto la vida constituye la condición o presupuesto para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios. Y también del derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior.-

No sólo las leyes protegen el derecho a la vida al sancionar el homicidio, la instigación o ayuda al suicidio y el aborto. También la Constitución Nacional. Antes de la reforma de 1994, si bien no lo consagraba expresamente, lo hacía en forma implícita en el art.33, entre los derechos no enumerados que allí se mencionan. Y luego de dicha reforma su reconocimiento es indiscutible, tal como resulta de los siguientes tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Carta Magna según su art.75, inc.22. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida..." (Art.I); la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida..." (Art.3º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..." (Art.4º); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...", impidiendo además la aplicación de la pena de muerte a las mujeres "en estado de gravidez" (art.6º, incs. 1 y 5); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, al castigar este delito que importa, entre otros actos, la matanza de miembros de un grupo y la adopción de "medidas destinadas a impedir los nacimientos..." (Art.II, incs. a, d); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, al condenar tal discriminación como modo de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida; y la Convención sobre los Derechos del Niño: "...todo niño tiene derecho intrínseco a la vida", no siendo ocioso recordar que en virtud de lo dispuesto por el citado precepto constitucional y la ley 23.849 debe entenderse por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción..."-.



Y análoga conclusión cabe en cuanto al derecho a la integridad personal, física y psíquica. En efecto, además de las leyes que de diversas maneras tienden a preservarlo, nuestra Constitución lo hace en forma explícita. El art.18 incluye la abolición de "toda especie de tormento y azotes", y los tratados antes mencionados contienen normas semejantes. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts.VII y IX); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.5º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.5º); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.7º); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art.II, incs. b-c); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial(art.5º, inc.b); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts.11.2.d. y 12.2.); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art.1º y siguientes); y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts.6º inc.2, 27º y 39º).-

Se reitera pues: en nuestro ordenamiento legal y constitucional toda ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica. Tal la premisa desde la cual debe examinarse la situación planteada en el caso "sub iudice".
(Continúa en número siguiente)