

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2006

PONENCIAS EN  
SANTIAGO I

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 24 / 2006



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2006

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 24  
2006

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar. Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©  
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I.S.S.N. — 0716 — 7881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN  
SANTIAGO I

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

**PRESENTACIÓN**

En 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que participaron ponentes de ambos países. Dos años más tarde, en 2006, con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales y de la Facultad de Derecho de esa misma universidad, tuvo lugar la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Este número 24 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reproduce la ponencia inaugural de la Jornada de 2006, a cargo de Ernesto Garzón Valdés, y las 12 ponencias hechas en sesiones plenarias. Incluye también las palabras que Miguel Orellana Benado, Pablo Ruiz-Tagle y Agustín Squella dijeron en la ceremonia de clausura de la Jornada, momento en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social materializó el reconocimiento como Socios Honorarios a Roberto Torretti, Carla Cordua y Ricardo Guibourg.

De las ponencias presentadas en las sesiones plenarias no se incluye aquí la de Fernando Atria, la cual, con una mayor extensión y en forma de libro, fue publicada en 2007 ("Mercado y ciudadanía en la educación", Flandes Indiano, Santiago).

Al final de este número 24 se incluyen las nuevas normas editoriales de nuestra publicación, las cuales regirán a partir del número 26, correspondiente a 2008.

En cuanto al número 25, correspondiente a 2007 y que aparecerá a comienzos de 2008, incluirá las 27 ponencias hechas en sesiones de comisiones de la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentina de

"Un crimen tal lesiona en verdad a todos los Estados del mundo y a cada uno de sus ciudadanos. Pues afecta la norma inicial de todo derecho, la prohibición del uso de la fuerza. Esta no es una norma cualquiera del derecho internacional sino que es su fuente, la condición de su posibilidad como derecho. El razonamiento de algunos internacionalistas acerca de la actual 'emergencia' de una nueva norma que permite la guerra preventiva, es decir, la guerra de agresión, es una ceguera teórico-jurídica"<sup>31</sup>.

Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como "normativas" o "éticas" y, por lo tanto, como "no científicas".

Asumía así una actitud que se apartaba claramente de una tradición filosófica cuyos orígenes se remontan a la filosofía griega, concretamente a Aristóteles, y que, durante el siglo XIX, había tenido representantes tan ilustres como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Por cierto, ambas son ciencias normativas en el sentido de que se ocupan de normas; pero, el sistema normativo de la moral es estático mientras que el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas actos volitivos dirigidos a la persecución de fines o a la realización de valores que escapan a todo intento de justificación universalmente válida.

Una visión diferenciada de los procesos de decisión que imponen los conocimientos neurobiológicos [...] sustituiría la conflictiva imputación de 'libertad' graduada y responsabilidad a través de procesos conscientes e inconscientes y abriría un ámbito desprejuiciado para el juicio y evaluación de comportamientos 'normales' y 'desviados'.

31. Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt" en *Die Zeit*, del 13 de marzo de 2003, pág. 41.

## PONENCIAS EN PLENARIAS

## TEORÍAS JURÍDICAS E HISTORIA

MIGUEL ANGEL CIURO-CALDANI \*

### I. Ideas básicas

1. El desarrollo de nuestro tema depende en mucho de los contenidos con que se construyan las nociones de teorías jurídicas e historia. El primer elemento de la relación resulta relativamente conocido, pero el segundo nos impone aclarar que nos referimos a la historia no sólo como pasado, sino como *historicidad* desenvuelta en una temporalidad donde se relacionan el *pasado*, el *presente* y el *porvenir*<sup>1</sup>.

Creemos que es relevante relacionar las teorías jurídicas con la historia, reconociendo sus influencias recíprocas como lo haremos en este caso, pero también vincularlas con la economía, la ciencia, el arte, la religión, etc.<sup>2</sup>. Nos parece importante que el Derecho no "atrape" a la historia, pero también evitar el extremo inverso.

\* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e investigador del CONICET (Argentina).

1. Pueden v. nuestros "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; asimismo "El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad", en *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario*, N° 3, págs. 33 y ss.

Nos referimos a la historicidad como interrelación de esos tres momentos, y en especial nos interesa la apertura al porvenir. En la temporalidad el tiempo se presenta como oportunidades vitales que comprendemos en el curso de los tres momentos. A nuestro parecer en la historia hay sólo un relativo predominio del pasado y en el Derecho sólo un relativo predominio del porvenir.

2. El Derecho tiene historia; la historia se construye con Derecho.

2. La importancia de nuestro tema se hace particularmente significativa en el tiempo actual, de cambio de *era de la historia*. No se trata, a nuestro parecer, del mero paso de una edad a otra, sino del cambio de era motivado no sólo por la revolución en las comunicaciones, la información y la globalización/marginación<sup>3</sup> y por el debilitamiento del Estado moderno y la posible generación de una estatalidad mundial en etapa hobbesiana, de concentración del poder<sup>4</sup>, sino por el cambio en la aplicación de la ciencia y la técnica sobre la vida humana, que tiene su más alta expresión en las posibilidades genéticas. En el tiempo que conocemos, por primera vez una especie puede decidir su propio porvenir. Sin embargo, quizás en una "astucia de la historia", en nuestros días de la "postmodernidad" que no define sus alcances, la *conciencia histórica* es relativamente baja.

## II. Panorama de las relaciones entre teorías jurídicas e historia

3. Las relaciones entre teorías jurídicas e historia pueden ejemplificarse a través de distintas teorías que se han manifestado a través del tiempo<sup>5</sup>.

En la que luego se llamó *Edad Media*, Edad de la Fe<sup>6</sup>, referida a

3. Es posible v. nuestro artículo "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 24, págs. 41/56.

Cabe c. ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L. (dir.), "El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani", Bs. As., *La Ley*, 2005.

4. Cabe c. nuestro trabajo "El Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

5. Es posible v. nuestras "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4; "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

Cabe c. FASSO, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1978-1981.

6. DURANT, Will, "La Edad de la Fe", trad. C. A. Jordana, Bs. As., Sudamericana, 1956.

la historia de la salvación, hubo una no descartable presencia del pasado, como lo muestran la supervivencia del imaginario imperial romano y la recepción del Derecho romano justiniano al servicio de nuevas condiciones sociales.

La expresión más evolucionada de la medievalidad en sentido estricto es el *tomismo*, en el cual hay una importante referencia a la ley eterna, la ley natural y la ley divina, pero asimismo una apertura, limitada, al nuevo mundo que se iniciaba, a través del desenvolvimiento de la ley humana. Bajo la remisión a los límites surgidos de lo permanente, hay una prudente apertura al cambio histórico.

Desde el Renacimiento y en el desarrollo de la *Edad Moderna*, quizás denominable Edad de la Razón (y de la Experiencia)<sup>7</sup>, comienza a desenvolverse un sentido de la historia humana. En general este tiempo, crecientemente dirigido a un futuro ideal, tiene relevante expresión en la "ahistoricidad" del *racionalismo* alemán del siglo XVIII, cuando Nettelbladt presentó un "Derecho Feudal Natural", dando a la contingencia del feudalismo características de despliegue exhaustivo pretendidamente natural. La Edad Moderna concluye con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de pretensión "supratemporal" y "supraespacial"<sup>8</sup>.

La *Edad Contemporánea* contiene un tenso diálogo entre razón e historia que se expresa también en las vinculaciones de las teorías jurídicas con la historia. La *escuela de la exégesis* propone un "salto" sobre la historia que, para defender las conquistas de la codificación burguesa, fractura la temporalidad pretendiendo encauzar fuertemente al porvenir. Por el contrario, la *escuela histórica* somete el Derecho a su expresión histórica a través de la costumbre<sup>9</sup>. Puede decirse que en ésta la historia absorbe al Derecho.

7. DURANT, Will – DURANT, Ariel, "La Edad de la Razón", trad. Miguel de Hernani, Bs. As., Sudamericana, 1964.

8. Embajada de Francia en la Argentina, [http://www.embafrancia-argentina.org/article.php?id\\_article=320](http://www.embafrancia-argentina.org/article.php?id_article=320), 10/10/2006.

9. Es posible v. nuestro trabajo "Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones", en *Dos estudios tridimensionalistas*, Rosario, 1967.



La historicidad del Derecho, que radicalizó la escuela de Savigny, se atenúa en las referencias racionales dialécticas, idealistas o materialistas, del pensamiento de Hegel y de Marx<sup>10</sup>. Cabe interrogarse si en sus análisis históricos la historia es verdaderamente tal.

Al final del siglo XIX y el comienzo del siglo XX el Derecho positivo como objeto científico era "acosado" por una parte por las disciplinas causales que habían adquirido nuevos desenvolvimientos o se habían fundado recientemente, sean biológicas, sociales o humanas (Biología, Economía, Sociología, Historia, Antropología, Psicología, etc.) e incluso por las pretensiones jusnaturalistas. En ese marco, Hans Kelsen procuró "purificar" el objeto de la ciencia jurídica rechazando los dos ataques. La "simplicidad pura" con que Kelsen buscó salvar al objeto jurídico significa una relativa ahistoricidad, pero estimamos que la formalización que "juridiza" lo que suceda supone un fuerte *optimismo*, abierto radicalmente a lo que ocurra en el porvenir<sup>11</sup>. El optimismo kelseniano es mucho más "realista" que el del racionalismo alemán.

La apertura de la "teoría pura" al futuro no deja de ser atractiva en tiempos de una nueva era histórica, en que poco sabemos de lo que ocurrirá y poco podemos opinar acerca de su valor<sup>12</sup>.

Sin embargo, consideramos que, dado que las sorprendentes *oportunidades* del nuevo tiempo van acompañadas de grandes *riesgos*, es importante superar las posiciones referidas, incluso la apertura de la simplicidad pura kelseniana, mediante la integración de una *complejidad*

10. Cabe c. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, "Lecciones sobre la filosofía de la historia universal", trad. José Gaos, 2ª ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982.

11. En una expresión de aspiración didáctica podría decirse que la teoría de Kelsen firma un "cheque en blanco" a la historia. En esa actitud lo acompaña el positivismo excluyente.

12. Sin desconocer la importancia de trabajos relacionados con el tiempo, la estática y la dinámica, como los de Herbert Lionel Adolphus Hart, Eugenio Bulygin, Carlos Alchourrón, Kazimierz Opalek, Antonio Martino, Pablo Navarro, etc. y en general la corriente italiana, a menudo referida a la dinámica, cabe afirmar que la relativa "ahistoricidad" de la teoría pura es considerablemente acompañada por la filosofía analítica.

*pura* donde el objeto jurídico abarque no sólo normas, sino también realidad social y valores<sup>13</sup>.

### III. La teoría trialista del mundo jurídico y la historia

4. Pensamos que es importante contar, dentro de la gran corriente integrativista y en particular tridimensionalista<sup>14</sup>, con los aportes de la teoría trialista del mundo jurídico<sup>15</sup>. Como hemos señalado, cada teoría jurídica significa una toma de posición ante la evolución histórica y consideramos que la actitud más satisfactoria es la del trialismo.

13. Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. XVII. Es posible v. nuestro estudio "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en *El Derecho*, t. 126, págs. 884 y ss.; c. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), "La sfida della complessità", trad. Gianluca Bocchi - Maddalena Rocci, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997.

Entre los mayores fundadores de la Filosofía, podría decirse que al fin Platón se encamina más a la simplicidad y Aristóteles a la complejidad (en cuanto a la posición de Aristóteles, cabe recordar ATIENZA, Manuel, "Entrevista a Aleksander Peczenik, en "Doxa", 22, págs. 661 y ss., esp. pág. 670, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_30.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_30.pdf), 10-10-2006). En profundidad el idealismo es simplificador.

14. En relación con la conciencia histórica en el tridimensionalismo realcano puede v. por ej. REALE, Miguel, "Pluralismo e liberdade", San Pablo, Saraiva, 1963, págs. 74 y ss.

15. En cuanto a la necesidad de la tridimensionalidad en general, puede v. por ej. ALEXY, Robert, "El concepto y la validez del derecho", trad. Jorge M. Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, v. gr., págs. 21 y ss., 94, etc.

Respecto a la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "La ciencia de la justicia (Dikeología)", Madrid, Aguilar, 1958; *Introducción ... cit.*; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Cabe c. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://200.58.112.82/~grcentr/index.htm>, 10-10-2006.

Dentro del trialismo, las diferentes dimensiones pueden resultar más o menos abiertas a la historia, generándose desde la complejidad de la teoría un interesante diálogo con la complejidad de la historia.

5. En la *dimensión sociológica*, la teoría trialista incluye adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la vida, que se desenvuelven, como la historia, en la *causalidad* y la *finalidad*, sea ésta la que "encontramos" en los sucesos o la que pretendemos realizar (finalidad "objetiva" y "subjetiva")<sup>16</sup>. Causalidad y finalidad entrelazan los despliegues de la temporalidad.

Las adjudicaciones jurídicas son repartos, originados en la conducción de seres humanos determinables que actúan espontáneamente, y distribuciones, que son originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Según la construcción que adoptamos, también la historia se desenvuelve en términos de conducción y del despliegue de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Es más, historiar es repartir potencia e impotencia.

Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos, en los primeros se realiza el valor poder y en los segundos el valor cooperación. La construcción de la historia es en gran medida un despliegue del poder. Los repartos se desenvuelven en relaciones de orden y desorden (anarquía) y lo propio sucede con la historia.

6. Según la propuesta trialista la *dimensión normológica* es referida en gran medida a la realidad social, sea en la normatividad "prescriptiva" en sentido amplio, que capta los repartos proyectados desde el punto de vista de los protagonistas (debe ser), o en la normatividad "promisoria" (será) que los capta desde la perspectiva de terceros. La historicidad de la dimensión sociológica se refleja en la dimensión normológica.

16. Es posible v. nuestro trabajo "Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales", Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1965 (reimpresión en *Revista del Centro de Investigaciones ... cit.*, N° 28, págs. 105/112).

El antecedente y la consecuencia jurídica de las normatividades pueden ser comprendidos como referencias a momentos de la temporalidad.

7. En la *dimensión axiológica*, encabezada por las referencias a la *justicia*, al punto que se la denomina *dikelógica*, la realidad de la dimensión sociológica y sus captaciones normativas encuentran posibilidades de encauzamiento. El trialismo se abre al porvenir, pero con límites valorativos. En el planteo originario, elaborado por Werner Goldschmidt, la justicia es "objetiva" y por lo tanto los límites para el cauce histórico son más enérgicos. A nuestro parecer, no es acertado entrar al debate sobre la objetividad o la subjetividad de la justicia y por eso vale sentar, por consenso, principios básicos en relación con los cuales es posible también un debate riguroso. De esto surge que los límites al curso histórico son menos rígidos.

Las maneras de pensar la justicia constituyen *clases* de la misma, entre las que cabe señalar la justicia "de partida" y la justicia "de llegada"<sup>17</sup>. La primera expande lo existente, la segunda produce la adecuación al porvenir. Ambas muestran tensiones de la temporalidad.

La justicia es pensada con referencia a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, es decir, es "*paniónoma*" (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Esa pantonomía es afín al desenvolvimiento de la temporalidad.

Aceptamos la propuesta trialista de tener como *principio supremo* de justicia la exigencia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para personalizarse. El desarrollo de la persona es histórico. Los regímenes que satisfacen las ideas de justicia de su tiempo son considerados regímenes de Derecho, los que satisfacen los actualmente sostenidos son regímenes de justicia.

Para que un régimen sea justo ha de proteger a cada individuo contra todas las amenazas. En este sentido, hay que ampararlo contra la historia y mediante la historia (esto último, por ejemplo, en lo que se denomina *historiografía dikelógica*, es decir, reelaborar la historia con

17. Puede v. nuestro artículo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en *El Derecho*, t. 123, págs. 715 y ss.

referencia a la justicia y la injusticia, para tratar de compensar las injusticias).

8. La riqueza tridimensional del trialismo permite un mejor desenvolvimiento de la *Teoría General del Derecho* no sólo en cuanto a lo común sino a lo "abarcativo", comprendiendo la historicidad diferenciada pero complementaria de las *ramas del mundo jurídico*<sup>18</sup>. Así, en el complejo de dichas ramas, puede reconocerse el papel que cumple cada una en la historia del Derecho e incluso es posible el desenvolvimiento de la *estrategia* al respecto<sup>19</sup>. El complejo de las ramas muestra el complejo de la historia. Quizás pueda señalarse v. gr. que, sin perjuicio de sus distintas concepciones, el Derecho Penal clásico suele referirse en alguna medida mayor al rechazo del pasado y el resguardo del presente, en tanto el Derecho Comercial tiene más sentido de porvenir<sup>20</sup>.

El nuevo mundo hace especialmente necesario el planteo de *nuevas ramas jurídicas*, como el Derecho de la Salud<sup>21</sup>,

18. Es posible v. nuestro estudio "Lecciones de Teoría General del Derecho", en *Investigación y Docencia*, N° 32, págs. 33/76.

Cabe c. nuestro trabajo, "La vida de la división "pentárquica" del Derecho Civil en la cultura argentina actual", en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-I, fasc. 5, págs. 3/14.

19. Cabe c. v. gr. nuestros trabajos "La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas", en *Investigación... cit.*, N° 32, págs. 25/6; "Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)", en *Investigación... cit.*, N° 36, págs. 21/31.

20. La comprensión de la *prescripción* y de su desenvolvimiento en las distintas ramas jurídicas es un punto de referencia significativo para reconocer la historicidad de un régimen (es posible v. nuestros artículos "Comprensión jusfilosófica de la prescripción", en *Investigación... cit.*, N° 17, págs. 23 y ss.; "Aportes para la comprensión de los plazos de prescripción del Código Civil", en *El Derecho*, t. 144, págs. 899 y ss.).

21. Puede v. nuestro artículo "Filosofía trialista del Derecho de la Salud", en *Revista del Centro de Investigaciones... cit.*, N° 28, págs. 19/32. Hemos promovido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el dictado del Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Salud, que dirige la doctora Lily Flah, [http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/prog\\_actua\\_der\\_salud\\_flah.php](http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/prog_actua_der_salud_flah.php), 14-4-2006).

el Bioderecho<sup>22</sup>, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología<sup>23</sup>, el Derecho del Arte<sup>24</sup>, el Derecho de la Educación<sup>25</sup>, etc., llamadas a enriquecer, no a negar, los planteos de las ramas jurídicas tradicionales. En cuanto al Derecho de la Salud, por ejemplo, estimamos que los médicos y los enfermeros de los hospitales y los sanatorios no son empleados comunes; los enfermos ("no firmes") no son usuarios ordinarios; el instrumental médico y las medicinas no son cosas de significado común; el cierre de un hospital no es igual al de cualquier otra oficina administrativa y la quiebra de un sanatorio no es una quiebra ordinaria. Creemos que la a menudo tensa relación entre capitalismo y vida requiere nuevos despliegues humanistas para evitar que el primero termine aprisionando totalmente a la segunda.

#### IV. La teoría de las respuestas jurídicas y culturales y la historia

9. La consideración del conjunto de las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho "abarcativa" permite aprovechar el desenvolvimiento de una rama para comprender mejor a las demás.

22. Es posible c. nuestro trabajo "Introducción general al Bioderecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 22, págs. 19 y ss., (y en *Bioética... cit.*, N° 2, págs. 11 y ss.).

23. Cabe c. nuestro estudio "Derecho de la Ciencia y protección del investigador", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1992-III, págs. 851 y ss.

24. Hemos promovido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el dictado del Programa de Actualización en Derecho del Arte y Legislación Cultural, que dirige el doctor José Miguel Onaindia ([http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/prog\\_actua\\_der\\_leg\\_cultural.php](http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/prog_actua_der_leg_cultural.php), 14-4-2006).

Es posible v. nuestros trabajos "El Derecho y el Arte", en *Boletín del Centro de Investigaciones... cit.*, N° 14, págs. 37 y ss.; "Perspectiva filosófica del Derecho Internacional Privado acerca de la titularidad del derecho de autor en las relaciones entre el autor de la obra de arte y el propietario de su soporte y entre el autor, quien encarga su obra y quien paga su salario", en *Boletín del Centro de Investigaciones... cit.*, N° 19, págs. 97 y ss.; "El Derecho y el Arte", en *Investigación... cit.*, N° 31, págs. 85 y ss.

25. Puede v. nuestro artículo "Derecho de la Educación", en *Academia*, año 3, número 5, págs. 135/154.

Así, en base a la parte general del Derecho Internacional Privado clásico, ha sido posible elaborar la *teoría de las respuestas jurídicas y culturales* señalando los alcances, la dinámica y las situaciones de las ramas jurídicas<sup>26</sup>.

10. En cuanto a los *alcances*, cabe reconocer ámbitos espaciales, temporales, personales y reales, que en nuestro caso permiten pensar mejor el desenvolvimiento histórico del Derecho.

En lo *espacial* es viable apreciar fenómenos de regionalización, nacionalización, internacionalización, integración y globalización; de "estatización", "desestatización" y "reestatización"; de originalidad y recepción, con asimilación o rechazo, etc.<sup>27</sup>. La época actual vive la crisis de la estatalidad tradicional, quizás quepa decir de desestatización, con avances de la regionalización, la integración y la globalización. En lo *temporal* pueden señalarse despliegues de temporalidad, transtemporalidad y transición. El propio nombre postmodernidad es una expresión de relativa transición.

En lo *personal* cabe indicar fenómenos de "culturalidad" relativamente pura, "multiculturalización", "multiculturalidad" y "reculturalización". Brasil es un país multicultural; en Europa se está

26. Cabe v. nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en *Investigación ... cit.*, N° 37, págs. 85/140).

27. Acerca del tema de la recepción, especialmente importante para países como los latinoamericanos, es posible v. por ej. nuestros trabajos "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en *Revista de Direito Civil*, 8 (año 1979), págs. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones ... cit.*, N° 9, 1987, págs. 33 y ss.; "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado" (con colaboración), Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, 1978; "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; "El Derecho Universal" cit.; "La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era", en *La Ley*, 26-5-2006, págs. 1/ 4; "Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina", en *Revista del Centro de Investigaciones ... cit.*, N° 29, págs. 49/61. Cabe recordar por ej. PAPACHRISTOS, A. C., "La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique", Paris, L. G. D. J., 1975. Pueden c., entre los nuevos trabajos referidos a la recepción, WATSON, Alan, "Legal

produciendo una multiculturalización. En lo *real* hay despliegues de "materialización", "desmaterialización" y "rematerialización". La propiedad material fue superada, en nuestro tiempo, por la propiedad inmaterial, pero ésta se "rematerializa" en la transferencia de riqueza Sur-Norte que implica su desenvolvimiento.

11. La *dinámica* de las respuestas puede ser de *avance* ("plusmodelación"), *retroceso* ("minusmodelación") o *sustitución*, en lo conceptual y lo fáctico. Buscando denominaciones para estos fenómenos cabe expresar que la plusmodelación conceptual y fáctica consituye expansión de la respuesta; el avance sólo conceptual es idealización (en sentido positivo) e inflación (en sentido negativo) y el avance sólo fáctico es "sobreactuación". El retroceso conceptual y fáctico puede expresarse como reducción; cuando es sólo conceptual es deflación y si es sólo fáctico se produce el vaciamiento de la respuesta<sup>28</sup>.

En nuestros días se perciben, por ejemplo, fenómenos de avance conceptual en la idealización de los derechos humanos y, en nuestro medio mercosureño, de inflación de normas de integración carentes de sustrato fáctico. Asimismo cabe mencionar el retroceso fáctico ("vaciamiento") que suelen sufrir el Estado, por el avance de la

Transplants", 2ª. ed., Athens, University of Georgia Press; MEROI, Andrea A., "Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica", en *Revista del Centro de Investigaciones ... cit.*, N° 29, págs. 83 y ss.; en cuanto a los debates terminológicos acerca del tema, es posible v. por ej., ÖRÜCÜ, Esin, "Law as transposition", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, esp. págs. 206 y ss. Suele decirse que la historia del Derecho es en gran medida una historia de transposiciones legales (v. ÖRÜCÜ, op. cit., pág. 222). Una bibliografía sobre el tema puede v. en *Comparative Institutional Economics 2*, CEU Economics Department, Spring 2006, [http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter\\_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf](http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf), 4-7-2006 (trabajos de Richard Posner, Daniel Berkowitz, Otto Kahn-Freund, Hideki Kanda, Jonnathan M Miller, Sharun W. Muskand y otros). Asimismo cabe c. por ej. EJCL, vol. 9. 3., Jaakko Husa, Esin Örücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), vi + 242 pp., ISBN 90-04-13989-3, EUR 74, <http://www.ejcl.org/93/review93.html>, 9-9-2006.

28. Quizás convenga mencionar al retroceso conceptual positivo como "develación".

contractualidad, la *lex mercatoria* y el arbitraje, y el matrimonio, por la disminución de este tipo de uniones en el campo heterosexual.

12. Las *situaciones* de las respuestas jurídicas y culturales pueden ser de *aislamiento, coexistencia, integración, desintegración y dominación*. En ellas se muestran distintas situaciones históricas. Esas situaciones se concretan principalmente en cuanto a la calificación, la fijación de los alcances y la posibilidad de influencia de una en la otra. Por ejemplo: el matrimonio suele ser dominado por el contrato, que lo califica (con deterioro del sentido institucional tradicional), a menudo lo excluye y también lo penetra en las contrataciones entre cónyuges <sup>29</sup>.

Un nuevo mundo, pleno de oportunidades y riesgos, requiere teorías jurídicas adecuadas. La idoneidad para resolver satisfactoriamente la relación con la historia es uno de los *títulos* que tenemos en cuenta para jerarquizar a las teorías jurídicas.

29. En la relación entre teorías jurídicas e historia pueden señalarse situaciones de *aislamiento* conceptual y fáctico en el racionalismo abihistórico; de *aislamiento* conceptual, no fáctico, en la teoría pura, que se abre a lo fáctico en el marco de posibilidades interpretativas, la habilitación y la norma hipotética fundamental "logicizando" lo que ocurra, en cierto tipo de "parahistoria"; en la *desintegración* de la historia provocada por la escuela de la exégesis, generando una criptohistoria; en la *dominación* de la historia sobre la teoría, en lo fáctico y conceptual, producida en la escuela histórica (aunque al final se aísla en el conceptualismo) y en la *infrahistoria* del realismo, y en la *integración* procurada en el trialismo.

## INQUIETUDES PERSISTENTES RESPECTO A LA ENSEÑANZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO \*

JESÚS ESCANDÓN ALOMAR \*\*

Algunas inquietudes, y con ellas preguntas, persisten por mucho tiempo respecto a la enseñanza de la filosofía del derecho. De una u otra manera nos acompañan durante años y parecen no querer abandonarnos. Impertinentemente nos siguen a todas partes. En nuestro campo iusfilosófico hemos visto pasar a muchos autores y temas relevantes, casi todos han suscitado nuestro respeto y veneración, pero en muchos casos su brillo parece atenuarse con el tiempo hasta casi desaparecer. Da la impresión que ya no tienen una presencia vital entre nosotros, que ya no suscitan la curiosidad y el entusiasmo que nos llevan a reflexionar y discutir acerca de ellos. Simplemente a modo de ejemplo, y obviamente sin el ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar algunos de tales autores y temas que ya no se encuentran tan presentes en las preocupaciones actuales de quienes se dedican a la filosofía jurídica. Así, entre aquellos que hasta hace algunos años tenían muchísima presencia y que hoy la tienen menos, sin que hayan

\* Este trabajo se elabora en el marco del proyecto de investigación número 203.055.006-1.0, de la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción.

\*\* Facultad de Derecho, Universidad de Concepción.