

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 15 | 2018 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 15 | 2018 | Buenos Aires



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

- a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.
- b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.
- c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.
- d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 15, junio 2018

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, ofic. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4011-1312 - info@aafder.org - URL: <http://www.aafder.org/ideasderecho/>

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de junio de 2018.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Juan Pablo Alonso

VICEPRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

SECRETARIA

María Gabriela Scataglini

TESORERA

María Claudia Torrens

VOCALES TITULARES

Eduardo Barbarosch

Martín F. Böhmer

Hernán G. Bouvier

Jorge Eduardo Douglas Price

Diego Duquelsky Gómez

Juan B. Etcheverry

Daniel Alejandro Herrera

Eduardo Méndez

Claudina Orunesu

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTES

Eugenio Bulygin

Carlos Cárcova

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORES DE CUENTAS

Eloy Emiliano Suárez (titular)

Luciano Laise (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Juan Pablo Alonso (UBA) - Jorge Douglas Price (UNComa)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Natalia V. Gutierrez (UBA)

Diego Luna (UBA)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Claudina Orunesu (UNMdP)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Eduardo Soderó (UNL)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

José Calvo González (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIOS

Gonzalo Ana Dobratinich

Silencio, murmullo, ruido: derecho, lenguaje y literatura en Borges 3

Lilia María del Carmen Calderón Vico de Della Savia

Principios generales en derecho internacional privado 25

Daniel Alejandro Herrera

La politicidad del derecho y la juridicidad de la política en clave ius-naturalista 47

Hugo José Francisco Velázquez

Lógica jurídica y su denominación: una crítica al planteo cossiano 61

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Eduardo Barbarosch

Algunas reflexiones sobre las críticas de Jeremy Waldron a la concepción de la democracia constitucional de John Rawls..... 71

RESEÑAS

Alfredo Fernando Ronchetti

Libro: CHAUMET, MARIO E., *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, Buenos Aires, Astrea, 2017 83

Normas de publicación para los autores 87

Declaración de originalidad 95

ESTUDIOS

SILENCIO, MURMULLO, RUIDO: DERECHO, LENGUAJE Y LITERATURA EN BORGES

GONZALO ANA DOBRATINICH*

Resumen. Desde la lectura de cuentos y poemas, esta investigación analiza los vínculos que existen entre el espacio jurídico y el literario en la obra de JORGE LUIS BORGES. También pretende dar cuentas de las múltiples colaboraciones que sus consideraciones e ideas conceptuales aportan a la filosofía del derecho para cuestionar, deconstruir, atomizar y comprender el mundo jurídico en su complejidad.

Palabras clave: lenguaje, literatura, derecho, transversalidad, complejidad.

SILENCE, MUTTER, NOISE: LAW, LANGUAGE AND LITERATURE IN BORGES

Abstract. From reading stories and poems, this research analyzes the links that exist between the legal and literary space in the work of JORGE LUIS BORGES. It also aims to account for the multiple collaborations that their considerations and conceptual ideas contribute to the philosophy of the right to question, deconstruct, atomize and understand the legal world in its complexity.

Keywords: language, literature, law, transversality, complexity.

* Investigador Conicet (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho, UBA). Docente (UBA-UNPAZ). Maestrando en Filosofía del Derecho (UBA). Doctorando en Derecho (UBA-UMA, España). Correo electrónico: gonzaloanadobra@gmail.com.

SILÊNCIO, MURMULLO, RUÍDO: DIREITO, LINGUAGEM E LITERATURA EM BORGES

Resumo. De ler histórias e poemas, esta pesquisa analisa as ligações entre o espaço legal e literário a obra de JORGE LUIS BORGES. Também pretende dar conta das múltiplas colaborações que suas considerações e idéias conceituais contribuem para a filosofia do direito de questionar, desconstruir, atomizar e entender o mundo jurídico em sua complexidade.

Palavras-chave: linguagem, literatura, direito, transversalidade, complexidade.

INTRODUCCIÓN

§ 1. *PLANTEO DEL PROBLEMA*

El derecho se despliega en la cultura social compartiendo el espacio con todo el complejo de disciplinas que la representan desde diferentes ópticas, lo que delimitará sus formas de representación. Entre ellas encontramos el arte de la literatura, introducida oblicuamente en los diferentes saberes, entre ellos el derecho. La multiplicidad de relaciones culturales permite hablar de una transversalidad entre las diferentes formas de estudiar los fenómenos sociales, como lo es la vinculación entre derecho y literatura.

El espacio jurídico es un despliegue de la cultura íntimamente vinculado con el resto de ella entre los cuales se destaca el arte. Si se observa el binomio propuesto parece difícil entenderlos de manera conjunta. Tal como lo expusiera AMALIA AMAYA en *Derecho y literatura*, el mundo jurídico se caracterizará por su formalismo plasmado en codificaciones y severos tratados de complejas estructuras normativas, mientras que el mundo literario se mostrará como intento de conservación de la realidad, de ruptura de las formas o la creación de nuevos espacios cuya originalidad permitirá salir de los marcos normativos y articulaciones numeradas, las certezas, los rigores de la lógica y los convencionalismos. Sin embargo, esta dualidad es un testimonio que permite conocer mejor la relación entre el derecho y la realidad social, ya que las representaciones de las problemáticas jurídicas plasmadas en los textos literarios permiten engrandecer las

fronteras jurídicas repensándolas desde la interdisciplinaridad, lo que lleva a la construcción de nuevos espacios críticos capaces de cuestionar fundamentos, principios, validez e instituciones.

La temática que vincula el derecho y la literatura ha ido ganando un profuso desarrollo. Esta perspectiva es pasible de ser diseccionada en líneas o categorías de investigación más específicas, a los fines de poder producir un mayor y detallado desarrollo de análisis. La misma idea de vincular ambos espacios nos comunica que no se puede pensarlos como saberes reducidos a sus posibles objetos de estudio. Diferentes y numerosos autores, desde las más disímiles posturas iusfilosóficas, tratan la relación derecho y literatura, sea para estimular esta correlación entre ambos espacios o bien para socavarla.

En este amplio, profuso e inacabado contexto teórico es que nos proponemos trabajar y destacar los insumos y símbolos que la literatura argentina puede aportar en el espacio de lo jurídico. Nuestro punto de análisis se centrará sobre algunas áreas temáticas que se trabajan desde el área de la filosofía del derecho en vinculación con la obra literaria (que comprende tanto sus cuentos como poemas) de uno de los autores más importantes del siglo xx y cuya actualidad mantiene su vigencia, JORGE LUIS BORGES.

Pretendemos analizarlo desde la perspectiva derecho-literatura que se viene desarrollando incipientemente. Pensar en los constantes pliegues conceptuales que BORGES indica a cada trazo invita de un modo u otro a replantearse los modos de concebir el fenómeno jurídico. Sin ánimo de forzar sus postulados, conscientes de toda la discusión que engloba esa tensión texto-contexto, sostenemos que desde los cuentos de BORGES es posible pensar en torno a los elementos que componen el derecho, los cuales no han sido agotados en su examen.

§ 2. **OBJETIVO**

Es en el marco de estas ideas que la presente investigación se propone, desde la lectura de los cuentos y poemas de BORGES, un estudio jurídico de ciertos aspectos tratados por la iusfilosofía, para luego emprender el estudio interdisciplinario entre el derecho y la literatura. La originalidad que propone el presente trabajo radica en que desde la iusfilosofía no hay ninguna investigación que se aboque al análisis de los vínculos entre el espacio jurídico y el literario en la obra de JORGE LUIS BORGES, y que dé cuentas de las múltiples colabora-

ciones que sus consideraciones e ideas conceptuales pueden aportar para cuestionar, deconstruir y atomizar el derecho.

El escritor reconocido por BORGES, PAUL VALÉRY, sostuvo que no se puede gobernar con la pura coerción, hacen falta fuerzas ficticias. Es en este sentido que consideramos que desde la ficción de BORGES podemos ir desarticulando las diferentes capas que constituyen el fenómeno jurídico. Ya no es solo capricho divino, coerción humana o puro hecho social, sino que se requiere de otras intersecciones, otros espacios y otros lenguajes en apariencia ficcionales capaces de provocar la reflexión sobre intersecciones, espacio y lenguajes en apariencia reales.

§ 3. **DERECHO Y LITERATURA**

BORGES es el otro, el mismo. Nos ha dicho todo, pero no nos ha dicho nada. Sus textos tienen esa característica tan emparentada con la filosofía de generar más preguntas que respuestas. Esa pregunta que más allá de su dificultad es creación del misterio y al mismo tiempo del germen de su destrucción, todo ello en esa búsqueda constante de orden o centro dogmatizándose y atomizándose. Las letras borgeanas dejan en su trayecto un sinnúmero de claves e instrumentos capaces de ampliar el espectro de lo pensable y construir una base de pensamiento fundada.

El escritor RICARDO PIGLIA sostiene que en la figura de BORGES hay una búsqueda de la totalidad, de un orden capaz de regir y explicar la realidad. Esa oscilación se nos dará en el plano conceptual, sea en *El Aleph* en donde “lo que vieron mis ojos fue lo simultáneo: lo que transcribiré, sucesivo, porque el lenguaje lo es”¹, en un libro de arena que puede estar en una infinita biblioteca babilónica o una moneda capaz de introducirnos en una obsesión que parece responder a cuestiones sobrenaturales imposibles de olvidar, haciendo que no se tenga otra cosa en mente y ocupando toda la realidad de lo pensable.

Pero también en el plano de lo formal, cuando nos enfrentamos a esos textos cuya idea apuntan a la búsqueda de la totalidad, BORGES lo expone en un encabezado libre de todo adjetivo calificativo, en contraposición con otros textos como ciertos subtítulos de *Historia universal de la infamia*, en donde el personaje ha sido descripto desde

¹ BORGES, *Cuentos completos*, p. 285.

sus letras iniciales. En *El Aleph* o en *El Zahir* en cambio, nos enfrentamos ante objetos asépticos desde su forma, espesos en su contenido. A la métrica libre de *La Rosa*, cuya percepción conjunta y simultánea se nos representa en una imagen cargada de libre albedrío y caos estético, se le opone una creación signada por el orden, determinada por las formas ideales y armazones numéricos invisibles. *El Golem*, desde su formación rítmica, con setenta y dos versos agrupados en dieciocho estrofas (trece serventesios y cinco cuartetos), será una primera impresión de una construcción poética bien constituida, desde sus primeros endecasílabos, pasando por su rima consonante para así amalgamarse en una ondulante cadencia.

Un título que cae rotundo, pero cuyo interior es casi asfixiante e incontenible. Esta capacidad de la palabra por constituir realidades, por querer explicarlas y darles una entidad aprehensible. Esa búsqueda de características esencialista a sabiendas, que será indeterminada e inacabada, es la que nos obliga a pensar en la complejidad de los fenómenos a los que nos enfrentamos. El hecho de nombrar determinado suceso o aspecto de la realidad, parte de una determinada posición epistemológica. No consideramos a esta fundada en la idea kantiana de que el conocimiento se genera desde el ámbito de la razón e independiente de la experiencia sensible. Esa naturaleza lógica capaz de catalogar y organizar mediante las articulaciones de la razón. Las categorías trascendentales al sujeto y desde la cuales el sujeto conocerá, el conocimiento independiente de la experiencia. Por el contrario, y siguiendo la propuesta foucaultiana, los modos de saber son inescindibles del sujeto que conoce. En palabra de JACQUES DERRIDA: “No hay más que contextos, sin un centro de anclaje absoluto”², que en clave literaria BORGES lo expresará en el cuento *Pierre Menard, autor del Quijote*. Mismos textos, diferentes contextos, y por ende diferentes textos.

No hay un *a priori* que ordene y califique el saber, sino que entendemos que en todo proceso de conocimiento hay un conjunto de relaciones que unen determinadas prácticas discursivas capaces de generar una epistemología particular y específica. No es posible sostener una única forma o una determinada racionalidad totalizante y estable, sino que se piensa como un sistema ilimitado de relaciones discursivas en donde participará activamente el sujeto en un entramado espacio de continuidades y discontinuidades. La enunciación

² DERRIDA, *Márgenes de la filosofía*, p. 369.

de un discurso estará condicionada por el contexto en el cual se desarrolla, y no solo sus contornos estructurales tendrán características circunstanciales sino que su contenido también se verá marcado por ese corte contextual. La forma en que pensamos no son explicitadas desde las mismas teorías que sostenemos, estas son el resultado de reglas invisibles que forman las prácticas discursivas. No pensamos en el conocimiento puro y estandarizado, sino que nos parece importante introducir el papel que cumple la subjetividad como operadora y producto del conocimiento. Esta constante actividad encuentra su correlato con las pretensiones de verdad que todo sistema de pensamiento pretende alcanzar. Ahora bien, esta necesidad que MICHAEL FOUCAULT llamará la voluntad por la verdad, responde a prácticas de poder. Inescindible la relación poder-saber, lo pensable obedece a determinadas reglas para llevarlo a cabo. Pensar es una cosa, pero pensar “correctamente” es otra. FOUCAULT expone que “no se está más en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una ‘policía’ discursiva que se debe reactivar en cada uno de los discursos”³. En otras palabras, la noción de verdad necesita de prácticas discursivas que la apunten y mantengan como tal. Ejemplos varios nos ha dado la historia de cómo se han dado cambios paradigmáticos de lo que se pensaba era incontrastable e indubitable, propio de un pensamiento universalista apriorístico.

Cualquier postulado discursivo que intenta desarrollar nuevos objetos de análisis exige “nuevos instrumentos conceptuales y nuevos fundamentos teóricos”⁴. Este andamiaje que va a permitir construir toda una disciplina se encuentra en interacción constante. En estas instancias del saber es donde el poder, entendido como una estrategia procedimental, pretende instalarse para desde allí establecer las categorías de pensamiento. Las disciplinas deben ser analizadas a la luz de este proceso metodológico si se pretende dar cuenta de las reales condiciones de su existencia, función y finalidad. Los saberes son espacios de lucha, no pueden escindir el carácter ideológico y contextual que contienen sus postulados. La asepsia metodológica, la delimitación de los contornos del objeto, las acciones del investigador permitidas desde la obligatoriedad y la reglamentación del marco teórico juegan en el espacio de lo que está permitido y lo que está prohibido desde las lógicas del control. Posición que decanta en una

³ FOUCAULT, *El orden del discurso*, p. 38.

⁴ FOUCAULT, *El orden del discurso*, p. 37.

postura resaltada por la filosofía de la modernidad de corte cartesiano, y su intención por un fundamento absoluto del conocimiento científico. Un fundamento único, monista, seguro e invariable, lo que en términos hegelianos se expresaría en una racionalidad totalizante y totalizadora⁵. Sin embargo, esta pretensión no puede ignorar las posibilidades de elaboración de un determinado saber. En un interesante intercambio con el pensador NOAM CHOMSKY, FOUCAULT da cuentas de las múltiples posibilidades de elaboración de una teoría científica: “Yo diría que hay muchos modos distintos de posibilitar en forma simultánea pocos tipos de saber”⁶. Estas múltiples posibilidades de poder encarar y pretender explicar los fenómenos a los cuales nos enfrentamos, trae necesariamente consigo esa fuerza volitiva por establecer la verdad. Pero dado la atomización de la cual pueden ser objeto sus formas, se nos instala la pregunta y la respuesta nietzscheana sobre: “¿qué es entonces la verdad?”⁷.

§ 4. **NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL ESTUDIO DEL DERECHO**

Frente a este panorama, se pretende un cambio en el estudio de los fenómenos sociales. Ya no se pondrá el foco únicamente en la estructura de las disciplinas, sino también en la función que estas cumplen. En su funcionalidad y las vinculaciones que se pueden establecer entre ellas, es donde se puede articular y dar cuentas de las diferentes herramientas que participan en la construcción del saber. Dentro de esta posición metodológica que intenta comprender de manera interdisciplinaria, es donde pretendemos repensar el derecho. Disciplina que oscila entre múltiples consideraciones teóricas con el fin no solo de delimitar su objeto de estudio, sino también una metodología que establezca el modo en que debe ser analizado dicho objeto. Y vaya si existen múltiples formas de encarar dicha empresa. Habrá quienes expresen una necesaria vinculación del derecho con espacios de matriz metafísica como la moral o la teología; algunos verán solo pura normatividad, otros solo hechos mientras que otra postura hará hincapié en el derecho como un producto social en contante transformación. La lista no se acaba allí y ello nos

⁵ CÁRCOVA, *Relativismo epistemológico*. “Ideas y Derecho”, año V, vol. 5, p. 15 a 23.

⁶ FOUCAULT - CHOMSKY, *La naturaleza humana: justicia versus poder*, p. 39.

⁷ NIETZSCHE, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, p. 25.

vuelve a remitir a las consideraciones nietzscheanas en torno a la verdad. Podríamos pensar entonces que debemos indagar cuál postura nos permite un acceso sistémico al conocimiento jurídico. Proceder en estos términos nos llevaría sostener la idea reduccionista que venimos rechazando. En este sentido es que debemos considerar aquellas posiciones que mantengan una visión integradora del fenómeno jurídico, capaces de dar cuenta de todos los insumos que participan en su formación y entiendan que los fenómenos jurídicos están en constante cambio sin posibilidad de catalogarlos en términos de verdades fundamentales.

Adentrarse en el estudio del universo jurídico puede implicar una tarea nada sencilla. El lenguaje específico, los usos concretos, los modismos característicos y las diferentes categorías emergentes distan de ser un espacio fácilmente asequible, no solo a quienes participen activamente en el ejercicio del derecho en sus múltiples formas sino también para aquellos que nunca han tenido un acercamiento directo con estos espacios.

Pensar en la totalidad del derecho lleva consigo conocer las áreas que lo conforman como tal y lo constituyen como un conjunto sistémico. Esta comprensión holística, a modo del *Aleph* borgeano, no solo se logra mediante el ejercicio de la práctica judicial, cuyas situaciones exigen una comprensión integrada de todo el universo jurídico, sino también a través del desarrollo de consideraciones teóricas. La necesidad de entender el derecho como un saber integral y completo requiere necesariamente partir de bases epistemológicas y metodológicas capaces de dar estabilidad y precisos insumos que permitan comprender y llevar a cabo su desarrollo. Sea en el ejercicio de la práctica abogadil de manera independiente, la función pública en instituciones judiciales, la formación académica, la actividad docente, el aprendizaje universitario o el interés general, se hace imperioso tener un conocimiento claro y global de la materia en la que se trabaja. El espacio epistemológico sobre el cual se ubica este conocimiento ayudará al desarrollo no solo teórico de la materia sino además a un significativo aporte para su aplicación en torno a las versátiles interacciones humanas.

En este orden de ideas, el derecho signado por la complejidad y la fragmentación de los fenómenos que lo conforman, no se puede sostener en un único método de análisis. Lejos de ser explicado de una forma pretendidamente unívoca, es una realidad constituida socialmente que parte de la suma y articulación del conjunto de mi-

radas de los diferentes actores intervinientes. En palabras del pensador austríaco ALFRED SCHÜTZ, será esa realidad constituida desde la intersubjetividad, entendida como el intercambio entre los sujetos como productor de un espacio común. En este orden de ideas, es que las teorías jurídicas pospositivistas que proponen el estudio del derecho desde la interdisciplinariedad, permiten la intersección de otras disciplinas, tales como la sociología, la antropología, la economía, la política o el arte. El derecho no es un instrumento neutral en la organización de la vida social; por el contrario se enmarca en un contexto concreto, es una práctica social específica. Esta perspectiva intenta atomizar y decodificar la trama que constituye al derecho. Ya no solo es una cuestión conceptual (fondo) sino también una cuestión procedimental (forma). No solo es deconstruir las definiciones signadas por una pretendida estabilidad sino que también es la ruptura de los procedimientos que permitieron llegar a esos estamentos.

Es en este contexto, en el cual se permite y se insta a la aparición de la literatura⁸, como espacio importante para comprender o desandar ciertas estructuras adjudicadas al derecho. Sea que hablemos de la norma como enunciado discursivo, del sujeto, la verdad la ficción o el pluralismo jurídico, creemos que la literatura nos permite romper con el aislamiento al cual se han visto sometidos los estudios clásicos del derecho. En palabras de ANA LONGONI: “El arte, dentro y fuera del circuito artístico, capaz de generar una resonancia como factor de conciencia o un dispositivo pedagógico”⁹.

Se nos presenta así una intersección de dos saberes o podríamos llamarles universos como metáfora capaz de plasmar la ausencia de límites epistemológicos, la cual siempre exige en su postulado la explicación de por qué es posible su unión. No encuentra contenido ni asidero esta perspectiva interdisciplinaria ante otras perspectivas iusfilosóficas. Ciertos trabajos que tratan la temática derecho-literatura no lo hacen desde una posición cómoda y superada, sino que por el contrario entre sus líneas se deja ver una necesidad de justificación y de defensa para luego justificar sus postulados. Ello no es un dato menor; tampoco es renunciabile. Todo trabajo exige indicar el espacio en el cual ingresa no solo a nivel institucional-material sino

⁸ Es importante destacar los vínculos interdisciplinarios que la literatura mantiene con otros múltiples tipos de saberes (v.gr., filosofía, política, física, psicología, sociología, antropología, economía, matemáticas, teología).

⁹ LONGONI, *Vanguardia y revolución: arte e izquierdas en la Argentina de los sesenta-setenta*, p. 11.

en estrato epistemológico que pretende romper y posteriormente instalar. Pero también esta necesidad o justificación nos permite dar cuentas del estado de la cuestión en lo que hace al análisis y forma en que se concibe al derecho.

Una tradición iusfilosófica se inserta en el área del derecho y desde sus producciones parece expresarnos la imposible e innecesaria tarea por relacionar el espacio que “le corresponde” al derecho con el espacio que siempre “le correspondió” a la literatura. Esta distinción de los tiempos verbales no es arbitraria, si tenemos en cuenta que esta separación fue considerada necesaria por determinadas posturas. Casi como si fuese capaz de ser definido desde su negativa, *el movimiento derecho y literatura* aparece como instancia de superación de una concepción y postura iusfilosófica. Sin embargo, este posicionamiento con pretensiones de superación no rechaza dichas posturas sino que intenta adoptar aquellos insumos que permitan una mejor comprensión del derecho. El derecho, y más puntualmente la filosofía del derecho (área desde la cual pretendemos indagar nuestro trabajo) no solo encuentra su justificativo en la pregunta y el cuestionamiento constante sino también en la apertura a las diferentes estructuras epistemológicas sobre las que se apoyan los modos de indagar el universo jurídico.

§ 5. **DERECHO EN LA LITERATURA ARGENTINA**

Hablar de literatura argentina involucra un profundo análisis sobre sus orígenes y los aspectos que dicho espacio genera. Textos provenientes desde Europa leídos en la Argentina, textos producidos en la Argentina pero cuyos autores no eran argentinos, textos que se producían en la Argentina pero que hasta principios del siglo XIX se atribuían al Virreinato del Río de la Plata. Estos interrogantes que nacen de lo que se podría considerar el “período colonial” nos invitan a indagar en torno a los orígenes de la literatura propiamente argentina. La misma palabra “literatura” encuentra sus inconvenientes semánticos ante la dificultad para poder encausar conceptualmente la diversidad de producciones traducidas en crónicas de viajes, cartas, poemas. RICARDO ROJAS da cuenta de ello en su obra *Historia de la literatura argentina*, en tanto expone que toda esa enorme producción no tiene una referencialidad directa con lo que sucede en los territorios locales salvo algunas obras que tratan la cultura azteca y la incaica. Más allá de eso, es difícil poder marcar el *pomœrium* de lo que se puede llamar literatura propiamente argentina.

Profusos análisis y numerosas discusiones marcan el territorio de la literatura argentina. Hay una transformación que se va desarrollando a lo largo de sus producciones. Lo interesante de estos cambios a nivel literario guardan una estrecha vinculación con las circunstancias epocales. No podemos entender la configuración interna del texto literario sin tener en cuenta las circunstancias contextuales que lo acompañan.

Es en torno a todo este contexto que la temática del derecho en la literatura puede ser sostenida y exige un análisis profundo. La vinculación entre estos espacios es más estrecha e inmediata de lo que se piensa, y dicha cercanía debe ser profundizada y alentada a los fines de comprender el espacio de lo jurídico. El mismo MACEDONIO FERNÁNDEZ en su tesis de cuarenta y nueve páginas, *De las personas*¹⁰, que le otorgó el título de abogado, se hace eco de esta situación; quizá por ello su figura, sus pensamientos y sus producciones oscilaron entre el derecho y la literatura:

“Muchas razones me invitaban a escoger el estudio teórico y positivo del sujeto del derecho como asunto de la tesis que tengo el honor de someter a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a pesar de los obstáculos insuperables –por mi manifiesta insipiencia–, tras los cuales el vasto problema oculta envidiosamente su propia solución; tan grandes estos que han limitado desde el principio mis pretensiones a solo la conquista de un poco de luz para mi espíritu, sin esperanza de aumentar la de los que, más internados en el mundo jurídico, han podido apreciar de cerca las exigencias de una solución”.

§ 6. **DERECHO EN LA LITERATURA DE JORGE LUIS BORGES**

Bienaventurados los que no tienen hambre de justicia, porque saben que nuestra suerte, adversa o piadosa, es obra del azar, que es inescrutable.

Fragmentos de un evangelio apócrifo

La locución “yo soy un hombre totalmente ilegal; no poseo el sentido ni la necesidad del derecho”¹¹, atribuida al artista sajón GEORG FRIEDRICH PHILIPP FREIHERR VON HARDENBERG, más conocido como NOVALIS, dista de parecernos escandalosa y por fuera de los límites socialmente establecidos; muy por el contrario, incluso podríamos arribar

¹⁰ Tesis inédita del año 1897 que posee el coleccionista de cuestiones vinculadas a JORGE LUIS BORGES y presidente de la Sociedad Argentina de Escritores (SADE), Alejandro Vaccaro. Adolfo de Obieta (hijo de MACEDONIO) ha indicado que la tesis de MACEDONIO “disiente discretamente con SAVIGNY y con VÉLEZ SÁRSFIELD” y formula una defensa de la autonomía individual como fundamento jurídico de la sociedad.

¹¹ MAGRIS, *Literatura y derecho*, p. 24.

a una latente empatía con su autor. Cuando de temas del arte se trata, parecería ser que las fronteras categóricas entre bueno y malo, correcto e incorrecto, y la equilibrada belleza frente a la fealdad, no están claramente delimitadas y tampoco parecen haber perspectivas serias y concertadas de establecer esas fronteras.

Adentrarnos en el mundo de BORGES es movernos en un plano poco delineado, anómico. El laberinto que presumiblemente podemos ver desde afuera y del cual es posible formar una imagen tentativa de su inicio y su salida, no es tal cuando ingresamos en él. El cuadro que nos hacemos de las primeras pinceladas de un determinado fenómeno no nos permite conocer la obra pictórica final. *El Minotauro* (1896) de GEORGE FREDERICK WATTS, mediada e intervenida por la mano de BORGES en *La casa de Asterión*, nos mostrará una imagen poco relatada y coincidente con el mito que debemos a Minos, hijo de Licasto.

El lenguaje modeliza nuestra forma de hablar y por ende nuestra forma de pensar. Los recortes, los enunciados y las categorías nominales forman el mundo, siguiendo esa idea expresada en *El idioma analítico de John Wilkins*, que luego el mismo MICHEL FOUCAULT tomará como puntapié inicial para hablar sobre el modo en que se vinculan las palabras y las cosas. Entrecruzados, estos temas lingüísticos tendrán una estrecha vinculación con otros, entre los cuales aparece el derecho. Pensar desde la literatura el universo jurídico nos exige un análisis previo de las bases epistemológicas desde las cuales se analiza, y BORGES es experto en ponernos al descubierto un gran número de interrogantes capaces de dejarnos sin ningún tipo de respuesta posible, o al menos instalarnos una incerteza en terrenos en los cuales supuestamente caminamos con paso firme.

Como prólogos, las microscópicas pero densas consideraciones internas darán innumerables insumos a los lectores para que pasen a ocupar el espacio de autores, no solo de la misma obra de BORGES en el acto de sus múltiples interpretaciones al estilo de *Pierre Menard, autor del Quijote*, sino también con nuevas producciones que intentan indagar y desarrollar los tópicos introducidos por BORGES.

Si “antes de ser escritas, las bromas y las especulaciones de MACEDONIO fueron orales”¹², BORGES está en sus escritos. La condensa-

¹² Palabras de BORGES ante la tumba de MACEDONIO FERNÁNDEZ (marzo-abril de 1952). En este mismo sentido BORGES expone: “Y en el caso de Macedonio, creo que quienes no, bueno, quienes no oyen su voz al leerlo, no lo leen realmente. Y yo puedo, yo recuerdo muy precisamente la voz de MACEDONIO FERNÁNDEZ, y puedo, bueno,

ción conceptual en la que BORGES se introduce permite comprender la totalidad de implicancias que se pretenden tratar. Al estilo de un “Aleph”, el análisis escueto se ve contradicho por un completitud enorme a nivel semántico. No solo es la concentrada escritura de BORGES sino también aquella que dicha brevedad omite. Los silencios, la no-escritura, lo no-expresado, no son decisiones arbitrarias sino que acompañan y complementan el entramado global del texto y toda la obra de BORGES para concluirse en un universalismo inasible. Esa concentración que implica la producción, explícita e implícita, de BORGES, será la indagación inicial desde las cuales surgirán numerosas producciones y desde las más diversas perspectivas y posiciones epistemológicas.

La mirada de análisis interdisciplinarios desde los cuales es abordada la obra de JORGE LUIS BORGES es enorme. No se puede hacer una simple clasificación, dado que los trabajos permiten categorizaciones desde diferentes espacios. BORGES es objeto de análisis, no solo desde su país de origen sino en todas las latitudes, *verbi gratia*: *Borges en Japón. Japón en Borges* de GUILLERMO GASÍÓ. Sumado a ello, diferentes disciplinas han analizado desde sus insumos teóricos los aportes e interesantes perspectivas que ofrecen las obras borgeanas. Sin embargo, de modo lógico se ubica en una primera instancia en el plano literario, no solo por sus entramados formales característicos de las letras sino por su erudita confección. El conocimiento teórico aplicado en la construcción y elección de aplicación de cada palabra o el juego adusto con la métrica en sus poemas hacen que BORGES no sea solo objeto de estudio desde la teoría literaria, sino activo generador de la misma. Pensar literariamente a BORGES exige comprender previamente la teoría literaria de BORGES.

Sin posibilidad alguna de agotarse en el plano de las letras, surgen otras instancias de análisis que encuentran en BORGES insumos importantes para indagar en torno a sus propios espacios de análisis¹³. La lista no es taxativa ni logra agotar los numerosos trabajos que lo han tratado. El examen se dará no solo desde cada disciplina sino

retrotraer esa palabra escrita a su palabra oral. Y otros no, no pueden, lo encuentran confuso o incomprensible directamente” (BORGES - FERRARI, *En diálogo*, vol. 1, p. 65).

¹³ BORGES y la filosofía, BORGES y la física, BORGES y las matemáticas, BORGES y la ciencia, BORGES y la psicología, BORGES y la matemática, BORGES y la religión, BORGES y el arte, BORGES y la política, BORGES y la arquitectura, BORGES y la medicina, BORGES y la antropología, BORGES y la música, BORGES y la ciencia ficción, BORGES y la cábala, BORGES y el amor, BORGES y la amistad, BORGES y el periodismo.

que, incluso internamente en cada una de ellas, coexisten diferentes posiciones epistemológicas, algunas contradictorias entre ellas, desde las cuales se abordarán los textos. Las materiales que cada texto de BORGES ofrece tan solo en un par de páginas son suficientes para la germinación de un libro que intenta repensar determinados espacios teóricos a partir de las breves pero cargadas consideraciones borgeanas.

Es en este orden de ideas que JORGE LUIS BORGES también es pasible de ser analizado desde el derecho. El recorrido al cual nos invita a través de sus cuentos, poemas y ensayos está invadido de elementos que nos permiten fragmentar el andamiaje que forma el espacio jurídico. Partimos de la constatación de que numerosos autores provenientes de diferentes espacios del derecho han establecido relaciones entre BORGES y el derecho. Pero si bien estos trabajos han dado interesantes y fructíferos aportes, hasta el momento no se ha realizado un trabajo que analice de manera sistemática y holística su obra, más puntualmente todos sus cuentos y poemas, en clave de derecho¹⁴.

Desde su literatura, el autor argentino nos permite repensar determinadas categorías del derecho. Pero BORGES es un autor que permite una permeabilidad conceptual enorme; por ello no se agota en su obra y permite la interdisciplinariedad desde sus letras.

Constantemente BORGES se está introduciendo, expresa e implícitamente en el mundo jurídico, sin pretensiones de universalidad o de imponer un contenido acabado, sino por el contrario con la intención de fragmentar en varios puntos de vista un mismo fenómeno. Desde su poema *Los justos* se podría inferir su concepción de justicia, que reviste cierto tinte de conformismo y posicionamiento en el espacio atribuido al iusnaturalismo. Sin embargo, en su diálogo con el escritor OSVALDO FERRARI no se podría sostener esta misma perspectiva, al exponer que “basta echar un vistazo sobre el universo para advertir que, ciertamente, no reina la justicia”¹⁵, ilustrando sus palabras con un verso de ALMAFUERTE que “dice: ‘Solo pide justicia, pero será mejor que no pidas nada’. Porque ya pedir justicia es pedir mucho, es

¹⁴ En una entrevista que hemos realizado el día 14 de julio de 2016 a Alejandro Vaccaro, presidente de la Sociedad Argentina de Escritores (SADE) y uno de los mayores coleccionistas del mundo de libros y objetos relacionados a JORGE LUIS BORGES, nos ha indicado: “No hay ninguna investigación sistemática que haya indagado determinadas temáticas jurídicas desde la producción literaria de BORGES”.

¹⁵ BORGES - FERRARI, *En diálogo*, vol. 1, p. 91.

pedir demasiado”¹⁶. Así la literatura de BORGES se nos escapa, invisible; deja el interrogante sin resolver. Esta situación nos permite entender la función del lector para BORGES: “Que otros se jacten de las páginas que han escrito; / a mí me enorgullecen las que he leído”¹⁷; abundan los significados en constante movimiento, la múltiple y necesaria intertextualidad, las capas textuales sobre las cuales se superponen y conviven los saberes (*Tlön, Uqbar, Orbis Tertius*), el recorrido caótico, arbitrario e incierto que vinculan sus obras y las posteriores consideraciones que se pueden examinar sea en torno al arte, al derecho o cualquier otro ámbito.

BORGES posee esa capacidad de traspasar las fronteras físicas, lo desconocido, de darse a entender con lo extraño, de no posicionarse bajo ninguna estructura pétrea y jugar con los textos. Cada poema, cada cuento y cada expresión de BORGES, permiten analizar y repensar una multiplicidad de saberes e ideas. Hay quienes, escépticos, dirán que la literatura es solo literatura y allí el corte. Otros, entre los cuales pretende ubicarse el presente trabajo, expondrán que en BORGES hay una *mise en abyme*, hay relatos que contienen otros relatos. La obra no solo es exposición de conocimientos literarios, también es filosofía, antropología, cosmología o derecho; en resumen, intertextualidad y multidisciplinariedad¹⁸. Los trazos, las oraciones y los pentagramas exponen (al mismo tiempo que ocultan) toda una percepción del sentido contextual, y la obra de BORGES no es ajena a este espacio.

Nos parece importante resaltar en estas instancias de análisis que BORGES no es abogado, ni tampoco tuvo una formación directa o indirecta en torno a dicha disciplina¹⁹. Tampoco ha realizado, al

¹⁶ BORGES - FERRARI, *En diálogo*, vol. 1, p. 91. En otro pasaje, OSVALDO FERRARI le pregunta a BORGES si podría haber una ética solo con sentido jurídico, a lo que el escritor responde en sentido negativo, dado que “la ley es una tentativa, bueno, de codificar la justicia; pero muchas veces falla, como es natural” (*En diálogo*, vol. 2, p. 290).

En el texto “Dante y los visionarios anglosajones” de *Nueve ensayos dantescos*, BORGES expresa que investigar sobre los precursores de la *Divina comedia*, “no es la miserable tarea de carácter jurídico o policial; es indagar los movimientos, los tanteos, las aventuras, las vislumbres y las premoniciones del espíritu humano” (BORGES, *Obras completas*, p. 18).

¹⁷ BORGES, *Poesía completa*, p. 331.

¹⁸ Al igual que *El retrato de Giovanni Arnolfini y su esposa* (VAN EYCK, 1434), *Las Meninas* (VELÁZQUEZ, 1656) o *El entierro del Conde de Orgaz* (THEOTOKÓPOULOS, 1586-1588), las obras artísticas nos dicen más de lo que muestran.

¹⁹ El padre de BORGES, Jorge Guillermo Borges, fue abogado. Estudió la carrera de derecho junto a su amigo MACEDONIO FERNÁNDEZ. Su gusto por la filosofía

igual que sobre otros espacios de la cultura, comentarios claros y directos sobre el ámbito jurídico. No se pretende con ello hacer hablar a BORGES; él mismo dirá que “el hombre olvida que es un muerto que conversa con muertos”²⁰; así como tampoco entrar en disquisiciones sobre las posiciones ideológicas que el autor tenía en torno a las diferentes temáticas de la sociedad. Por el contrario, pretendemos analizarlo desde la perspectiva que se viene desarrollando cada vez más incipientemente en el espacio jurídico llamado *movimiento derecho y literatura*. Es pensar en los constantes pliegues que BORGES indica a cada trazo e inciden de un modo u otro en los modos de pensar el fenómeno jurídico. Sin ánimo de forzar el texto –aunque sometemos a futura discusión esta tensión texto/contexto–, consideramos que las lecturas desde BORGES permiten pensar en los ya establecidos elementos que componen el derecho y exigen un análisis profundo.

El aporte en estos términos es dual. Por un lado, la perspectiva del *derecho en la literatura* es un primer paso para ir despuntando y desenterrando qué insumos literarios analizan el derecho. Ese primer análisis nos permite el paso a una segunda perspectiva estrechamente vinculada, la del *derecho como literatura*. Las apariciones de lo jurídico en la literatura nos llevan posteriormente a su análisis crítico. No es solo dar cuentas de dónde aparecen temas jurídicos en la obra de BORGES (*derecho en la literatura*), sino que implica un análisis contextual, deconstructivo y atomizador sobre esas piezas (*derecho como literatura*). Se trata aquí de postular unir esos segmentos, entender quién los dice, cómo los utiliza, los motivos por los cuáles los emplea y en qué espacio los extiende.

Los fragmentos tanto de los cuentos como de los poemas dan insumos diferentes, aun perteneciendo a un mismo libro, verbigracia *La noche de los dones* y *El soborno*. Ambos unidos en una misma matriz (*El libro de arena*), ambos con perspectivas iusfilosóficas diferentes. El tema no es plantearse si BORGES piensa de un modo u otro –ello implicaría hacerlo hablar desde nuestro tiempo–, sino de indagar cómo su literatura nos da herramientas para entender el universo jurídico. Aspectos jurídicos tratados en los textos borgeanos, a saber, la norma, el poder, la formación del discurso legal, el determinismo, la delación, la infamia, el derecho paralelo y por ende ex-

influyó en la formación literaria de su hijo, quien recuerda: “Si tuviera que señalar el hecho capital de mi vida, diría la biblioteca de mi padre. En realidad, creo no haber salido nunca de esa biblioteca” (*Obras completas*, p. 24 y 25).

²⁰ BORGES, *Cuentos completos*, p. 378.

traoficial, la construcción de sujetos (orilleros, gauchos, malevos, arrabal, compadritos), la idea de encierro, la pena, el desconocimiento de la ley, entre otros.

La manera aparentemente desintencionada en la que BORGES nos introduce en un mundo paradójico, es la que nos permite repensar y atomizar las estructuras desde las cuales proyectamos nuestros saberes. Desde el plano de análisis que se pretenda abordarlo, encontraremos un mosaico de elementos útiles capaces de introducirnos en disquisiciones de todo tipo. El autor argentino permite pensar el lenguaje y por ende el discurso, la norma, la ley, el derecho en su totalidad. Los espacios, los personajes, sus actos y posturas, las formas externas, esa métrica panóptica, tendrán la misma necesidad participativa que los que actúan internamente, dicen, esconden, obligan y permiten esos diálogos. Las palabras y sus sentidos, resultan constructores de realidades minadas de categorías, tales como el gaucho, el traidor, el héroe, que de un modo u otro desencadenan en conjuntos axiológicos la valentía, el honor, la traición y que de un modo u otro decantan en los modos de participación del derecho. *Hombre de la esquina rosada*, dibuja a un grupo de hombres que no tienen las mismas normas, que no hablan el mismo lenguaje jurídico, que viven en un espacio diferente en el cual no participa la palabra estatal y por ende oficial. El cuento nos expone ante las leyes extraoficiales, en tanto la concepción ideológica de los personajes actúa desde un sistema normativo paralelo al oficial, y no hay nadie que se oponga; solo reina un solo enunciado, una única ley; a saber: “Era la policía. Quien más, quien menos, todo tendrían su razón para no buscar ese trato, porque determinaron que lo mejor era traspasar el muerto al arroyo”²¹. Suficientes líneas para despuntar un largo canto en torno a una temática jurídica que latente existe desde hace tiempo, la pluralidad jurídica.

CONCLUSIONES

Complacerse desde afuera, analizarlo desde adentro. BORGES nos obliga a pensar no solo sistemáticamente (en tanto comprenderlo requiere leerlo en su totalidad) sino a indagar fuera de los límites. La paradoja de BORGES es que un cuento o un poema puedan jugar con nuestras ideas e invertirlas, o romper las reglas ofreciendo

²¹ BORGES, *Cuentos completos*, p. 56.

percepciones distintas en el paso de un texto a otro. Las normas y sus contradicciones son las reglas de juego que permiten la aventura (y, por ende, como todo juego, la autonomía de elección y recorrido, la paradoja de sentirse atado a nada). Eso que el escritor examinado Herbert Quain con una idea traspoleable a su obra y la de BORGES (son la misma cosa), dirá sobre *April March*, “Yo reivindico para esa obra’, le oí decir eso, ‘los rasgos esenciales de todo juego: la simetría, las leyes arbitrarias, el tedio’”²².

En el momento en que BORGES haya abandonado el texto cerrando sus pequeñas obras con una dedicatoria o una fecha que vaya a saber si es cierta, él ya no está más en el texto, deja lugar al individuo que hará su propia obra, de modo eterno y en constante movimiento. Allí está el punto final y al mismo tiempo el inicial, vuelve esa paradoja en tanto la aparición del lector viene a finalizar su existencia. El autor ha muerto, al mismo tiempo que viene a iniciar la aparición de un nuevo autor, introduciéndose, creando e interpretando nuevas formas y lecturas posibles. Un movimiento circular e inacabado tan presente en la obra borgeana.

Las constantes interpretaciones del lector dependen de sus limitaciones para poder correr más allá de los límites que el contorno le obliga. Todo ello en pos de intentar conocer nuevas formas de pensar y ubicar el fenómeno jurídico en la realidad, aunque se nos oponga la idea estática de ALEJANDRO FERRI, “noto que estoy envejeciendo; un síntoma inequívoco es el hecho de que no me interesan o sorprenden las novedades, acaso porque advierto que nada esencialmente nuevo hay en ellas y que no pasan de ser tímidas variaciones”²³.

Desde estos términos, si se quieren ficcionales aunque no tengan solo la intención de quedarse en dicho plano, se nos insta a indagar sobre aparentes realidades constituidas. Todo ello hace necesario a BORGES, quien con el solo hecho de escribir, ha dejado toda una enorme tarea al lector. Esa idea de ser y no ser, el otro que se sienta en la otra punta frente al río Charles²⁴ y nos muestra y oculta, nos dice y nos calla. El espacio por excelencia para las letras de BORGES es el paradójico, aquel en donde no hay pretensiones de verdad, ni principios rectores autoevidentes. Solo hay letras, dispuestas a ser abandonadas en el mismo momento en que dejaron de ser propias, libradas al azar. Un azar para nada arbitrario, sino que paradójico-

²² BORGES, *Cuentos completos*, p. 111.

²³ BORGES, *Cuentos completos*, p. 365.

²⁴ BORGES, *Cuentos completos*, p. 353.

mente, se ve interpretado, contenido y expresado en mundos finitos, en términos borgeanos, determinados.

Es en este marco que estas primeras líneas intentan aproximar-se lentamente a la obra de BORGES y sus posibles puntos de contacto con los espacios del derecho. Autor, interpretación, discurso, ley, pena, norma son algunas de las tantas realidades que se nos presentan a lo largo de sus textos. Ese BORGES que reúne en su figura un aspecto real al mismo tiempo que ficcional, cuyo espacio seguro es el inseguro ámbito de la paradoja, en breves palabras, es “el otro, el mismo”; que al mismo tiempo hace que nosotros desde y después de interactuar con él, seamos “los otros, los mismos”.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, AMALIA. *Derecho y literatura*. “Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México”, n° 13, 2012, p. 1 a 13.
- ANITUA, GABRIEL. I. - TEDESCO, IGNACIO F. (coords.), *La cultura penal: Homenaje al Profesor E. Hendler*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009.
- ARAMAYO, ROBERTO R., *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, Buenos Aires, Edaf, 2001.
- AUGÉ, MARC, *Los no lugares. Espacios del anonimato (una antropología de la modernidad)*, Barcelona, Gedisa, 2009.
- BAJTÍN, MIJAIL, *Problemas de la poética de Dostoievski*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- BARTHES, ROLAND, *El susurro del lenguaje*, Buenos Aires, Paidós, 2013.
- BERGER, PETER - LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1993.
- BORGES, JORGE L., *Cuentos completos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2012.
- *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé, 1974.
- *Obras completas, vols. 1, 2, 3 y 4*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011.
- *Poesía completa*, Buenos Aires, Debolsillo, 2013.
- *Textos recobrados, vols. 1, 2, y 3*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011.
- BORGES, JORGE L. - DI GIOVANNI, NORMAN T., *Autobiografía*, Buenos Aires, Ateneo, 1999.
- BORGES, JORGE L. - FERRARI, OSVALDO, *En diálogo, vol. 1-2*, Madrid, Siglo XXI, 2005.
- BORGES, JORGE L. - GUERRERO, MARGARITA, *El Martín Fierro*, Buenos Aires, Alianza, 1999.
- BOYD WHITE, JAMES, *The legal imagination*, Boston, Little, Brown & Co., 1973.
- CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ (ed.), *BORGES en espejo de juristas derecho y literatura borgeana*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *¿Hay una traducción correcta de las normas?*, “Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones ‘Ambrosio L. Gioja’”, n° 4, 2009, p. 33 a 42.
- *Cine, ficciones y derecho*, “Revista Asociación de Abogados de Buenos Aires”, 2000, www.sajj.gob.ar/doctrinaprint/dacf010069-carcova-cine_ficciones_derecho.htm.

- *Complejidad y derecho*, “Doxa”, n° 21, vol. 2, 1998, p. 65 a 78, DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.05>, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10348/1/doxa21-2_05.pdf.
- *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 2007.
- *Las teorías postpositivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- *Los derechos fundamentales en la constitución: interpretación y lenguaje*, n° 9, 2014.
- *Relativismo epistemológico*, “Revista Ideas y Derecho”, año V, vol. 5, 2005, p. 15 a 23.
- CÁRCOVA, CARLOS M. - DOUGLAS PRICE, JORGE - RUIZ, ALICIA E. C., *La letra y la ley*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- CARDOZO, BENJAMIN N., *Law and literature*, Connecticut, Yale Law Review, 1925.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *El trialismo, una apertura jurídica al mundo del arte*. “Revista de Filosofía Jurídica y Social”, n° 36, 2015, p. 225 a 274.
- *Filosofía, literatura y derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- CORBATTA, JORGE LINA, *Las narrativas de la guerra sucia en Argentina: Piglia, Saer, Valenzuela, Puig*, Buenos Aires, Corregidor, 1999.
- DERRIDA, JACQUES, *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Anthropos Editorial del hombre, 1989.
- *Márgenes de filosofía*, Madrid, Cátedra, 1998.
- DOUGLAS PRICE, JORGE, *La decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- DREYFUS, HUBERT L. - RABINOW, PAUL, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1982.
- FOUCAULT, MICHEL, *De lenguaje y literatura*, Barcelona, Paidós, 1996.
- *Dits et écrits*, París, Gallimard, 1994.
- *El orden del discurso*, Madrid, La Piqueta, 1996.
- *El pensamiento del afuera*, Valencia, Pre-Textos, 2004.
- *Esto no es una pipa*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2012.
- *Hermenéutica del sujeto*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- *La gran extranjera. Para pensar la literatura*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Octaedro, 2003.
- *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.
- *¿Qué es un autor?*, Buenos Aires, El cuenco de plata, 2010. *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- *Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano*, Barcelona, Tusquets, 2006.
- FOUCAULT, MICHEL - CHOMSKY, NOAM, *La naturaleza humana: justicia versus poder*, Madrid, Katz, 2006.
- FUCITO, FELIPE, *La crisis del derecho en la argentina y sus antecedentes literarios. Un enfoque sociológico*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- GARAPON, ANTOINE - SALAS, DENIS, *Imaginar la ley. El derecho en la literatura*, Buenos Aires, Jusbares, 2015.
- GOTI, JAIME M., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

- GUTIÉRREZ, JOSÉ - SILVA ECHETO, VÍCTOR M., *La construcción de la identidad y la alteridad en JORGE LUIS BORGES y Nathaniel Hawthorne*, "Espéculo. Revista de Estudios Literarios", n° 17, 2001, https://webs.ucm.es/info/especulo/numero17/borg_haw.html
- HEGEL, GEORG W. F., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1968.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2008.
- KRISTEVA, JULIA, "Bajtín, la palabra, el diálogo y la novela", en NAVARRO, DESIDERIO. (ed.), *Intertextualité: Francia en el origen de un término y el desarrollo de un concepto*, La Habana, UNEAC, 1997.
- LONDON, EPHRAIM, *The world of law. The law in literature*, New York, Simon & Schuster, 1960.
- LONGONI, ANA, *Vanguardia y revolución: arte e izquierdas en la Argentina de los sesenta-setenta*, Buenos Aires, Ariel, 2014.
- LUDMER, JOSEFINA, *El cuerpo del delito. Un manual*, Buenos Aires, Perfil, 1999.
- MAGRIS, CLAUDIO, *Literatura y derecho*, México, Sexto Piso, 2008.
- MARESCA, MARIANO, *Destino del sujeto en las paradojas de la cultura jurídica*, "Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM", p. 144, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/viewFile/3139/2939>.
- MARÍ, ENRIQUE, "Moi, Pierre Rivière..." y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales, "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", n° 59, 1980, p. 81 a 110.
- *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.
- *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa", n° 3, 1986, p. 93 a 111, DOI: 10.14198/DOXA1986.3.07, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10972>, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10972/1/Doxa3_07.pdf.
- MARÍ, ENRIQUE - RUIZ, ALICIA E. C. - CÁRCOVA, CARLOS M., ENTELMAN, RICARDO, OST, FRANÇOIS, VAN DE KERCHOVE, MICHEL - KELSEN, HANS, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- NAVARRO, DESIDERIO (ed.), *Intertextualité: Francia en el origen de un término y desarrollo de un concepto*, La Habana, Uneac, 1997.
- MARTYNIUK, CLAUDIO, *Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia*, Buenos Aires, Coyoacán, 2006.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, Madrid, Tecnos, 1990.
- NUSSBAUM, MARTHA, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.
- OST, FRANÇOIS, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de jueces*, "Academia, Revista sobre enseñanza del derecho", año 4, n° 8, 2007, p. 101 a 130.
- PIGLIA, RICARDO, *Respiración artificial*, Buenos Aires, Debolsillo, 2013.
- POQUET, ALEJANDRO, *Borges y la criminología. Una criminología literaria crítica*, "Derecho Penal y Criminología", año IV, n° 9, 2014, p. 65 a 74.
- POSNER, RICHARD, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- REST, JAIME, *El laberinto del universo. Borges y el pensamiento nominalista*, Buenos Aires, Librerías Fausto, 1976.
- ROGGERO, JORGE (comp.), *Derecho y literatura. Textos y contextos*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

- ROJAS, RICARDO, *Historia de la literatura argentina*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- RORTY, RICHARD, *El giro lingüístico*, Barcelona, Paidós, 1990.
- RUIZ, ALICIA E. C., *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- *Notas en torno a los fundamentos sociales del discurso democrático*, “No hay Derecho”, año 2, n° 5, 1991.
- SANSONE, ARIANNA, *Diritto e Letteratura. Un'introduzione generale*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.
- VIGO, RODOLFO, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.
- WIGMORE, JOHN H., *A list of legal novels*, Illinois, Illinois Law Review, 1908.
- ZIZEK, SLAVOJ, *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, *Elementos de teoría del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

PRINCIPIOS GENERALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LILIA MARÍA DEL CÁRMEN CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA*

Resumen. El presente trabajo tiene como finalidad repasar de modo panorámico el tema los principios generales del derecho en el ámbito del ordenamiento de fuente interna de las relaciones privatistas internacionales, a la luz de los debates que se han producido y que persisten en la actualidad, la naturaleza y alcances de aquellos desde el advenimiento de la modernidad en el derecho internacional público y en la posmodernidad, en el denominado modelo pospositivista constitucional que se ha trasladado al Código Civil y Comercial en su Libro Sexto.

Palabras claves: derecho internacional privado, derechos humanos, orden público.

GENERAL PRINCIPLES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Abstract. The purpose of this paper is to review in a panoramic way the topic general principles of law in the field of ordering the internal source of international private relations, in the light of the debates that have taken place and that persist in the present, nature and scope of those from the advent of modernity in public international law and post-modernity, in the so-called constitutional post-positivist model that has been transferred to the Civil and Commercial Code in its Sixth Book.

Keywords: law private international, human rights, public order.

* Abogada (1977). Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL (1984). Profesora titular de Derecho Internacional Privado, UCA (de 1996 a 2016). Profesora adjunta de Derecho Internacional Privado, UNL (1985-1995). Investigadora docente Categoría 3 (Ministerio de Educación, Argentina). Correo electrónico: jeronima@fibertel.com.ar.

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Resumo. O objetivo deste artigo é revisar de forma panorâmica o tema princípios gerais do direito no campo da ordenação da fonte interna das relações privadas internacionais, à luz dos debates ocorridos e que persistem no presente, a natureza e o alcance daqueles advindos da modernidade em direito internacional público e pós-modernidade, no chamado modelo pós-positivista constitucional que foi transferido para o Código Civil e Comercial em seu sexto livro.

Palavras-chave: direito internacional privado, direitos humanos, ordem pública.

§ 1. **CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

El ordenamiento de las relaciones internacional-privatistas de fuente interna ha quedado incorporado formalmente en el Libro Sexto, *Disposiciones comunes a los derechos*, Título IV, *Disposiciones de Derecho Internacional Privado*, del Código Civil y Comercial, introduciéndose los *usos* (art. 2649), con lo que se abriría la puerta a la denominada *lex mercatoria*, a la que un sector de la doctrina califica históricamente como continuación de la *lex mercatoria* medieval en tanto que otros, en alusión a la globalización y a escala transnacional sostienen que debería quedar fuera del ámbito de derecho internacional privado.

Al receptarse los *usos* mercantiles en el último libro, así como los esfuerzos realizados por las organizaciones internacionales y mundiales, verbigracia, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional, se revela también una dinámica del codificador con marcada tendencia a la *uniformidad* en detrimento de la *universalidad*.

En torno a los *principios generales del derecho*, se debe reconducir al Título Preliminar dada la falta de autonomía normativa del derecho internacional privado (de ahora en más D.I.Pr.).

Respecto al *orden público*, que en el Código Civil y Comercial (art. 2600) opera como cláusula de exclusión de las disposiciones de derecho extranjero cuando conduzcan a soluciones incompatibles con los *principios fundamentales* de orden público que inspiran el ordena-

miento jurídico argentino, se presenta una norma indeterminada respecto de su contenido así como también respecto de lo que el instituto *es*.

De otra parte, el art. 2599 titulado “*Normas internacionalmente imperativas*” (o de aplicación inmediata del derecho argentino) se erigen en un valladar sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyendo la aplicación del derecho extranjero indicado, elegido por las partes o por las normas de conflicto, al par que se ordena la aplicación *in totum* del derecho extranjero, cuando este último contiene tales disposiciones internacionalmente imperativas. Finalmente, se amplía la fórmula al reconocerse efectos a disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso, cuando vengan exigidas por *intereses legítimos*.

§ 2. **LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO**

Los principios generales del derecho fueron receptados en el art. 16 del Código velezano con una función supletoria (si el juez no podía resolver una cuestión ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley se debía atender a los principios de leyes análogas y, en defecto de estos, a los *principios generales del derecho*). A ello debemos agregar el límite del *orden público* y las *buenas costumbres* que configuraban en el Código Civil argentino, el valladar a las convenciones particulares (art. 17).

El Código Civil y Comercial (de ahora en más C.C.y C.), en el art. 1, “*Fuentes y aplicación*”, prevé que los casos por él regidos, deben ser resueltos según la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte; los usos, prácticas y costumbres serán vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no reguladas legalmente, *siempre que no sean contrarios a derecho* (lo que no se ha definido). Además, se ha sostenido en los Fundamentos de Elevación del Proyecto de Código Civil y Comercial que los valores jurídicos no se enumeran, dado su carácter *mudable*¹.

El debate respecto de los principios generales del derecho en las dos corrientes tradicionales *iusnaturalismo* vs. *iuspositivismo*, se

¹ HIGHTON DE NOLASCO - KEMELMAJER DE CARLUCCI - LORENZETTI, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 15.

remonta precisamente a la época de la codificación coincidente con la modernidad y, así se ha dicho que, con la planificación política y cultural del movimiento ilustrado y liberal en el siglo XVIII en Europa, se produjo una euforia codificadora que enarboló la fe en la *voluntad general* de los pueblos fundada en una *razón* que se yergue al nivel de ser fuente central del derecho y, específicamente, que el Código de Napoleón sería la consumación de la Revolución Francesa. Sostenía FERNÁNDEZ ROZAS que el Código Civil francés fue la expresión de la voluntad política de Bonaparte, para quien los *individuos* debían gozar de derechos y acatar las mismas reglas, pero completamente separadas de las prescripciones religiosas. El Estado laico se hace patente al suprimirse cualquier referencia a la divinidad, en tanto que los principios de libertad, igualdad, libre mercado, seguridad y estabilidad monetaria fueron incorporados en el Código que también adoptaban los políticos de los primeros años del régimen republicano².

Como bien explica GROSSI, el derecho moderno está marcado por su vinculación esencial con el poder político, como el mandato de un superior a un inferior que se concreta en un sistema legislativo que es producto de un voluntarismo político y en el que se produce simultáneamente la pérdida de la dimensión *sapiencial*, la pérdida de su carácter *óntico*, el abandono de un orden objetivo escrito en las cosas por una Suprema Sabiduría, que está dentro de la naturaleza de las cosas y es donde se puede y se debe descubrir y leer: “*Ordinatio* es la palabra que desplaza el eje de la definición del sujeto al objeto; ordenar significa aplicar un orden objetivo preexistente e ineludible dentro del cual aparece el contenido de la *lex* y precisamente por esto, la función de ordenar se identifica con la razón... el conocimiento es el mayor acto de humildad que un sujeto puede realizar en su relación con el cosmos y con la sociedad más allá de su propia individualidad para descubrir en la realidad exterior la verdad en ella contenida... es la racionalidad de la *lex*, es decir, la determinada y rígida correspondencia de su contenido a un modelo que ni el Príncipe ni el pueblo ni el estamento de los juristas crean, sino que son llamados simplemente a descubrir en la ontología de lo creado”³.

El movimiento denominado *constitucionalización del derecho* en el siglo XX, que consistió en el reconocimiento de los derechos fun-

² FERNÁNDEZ ROZAS, *El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del segundo centenario; El derecho internacional en tiempos de globalización*, p. 151.

³ GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, p. 22 y 23.

damentales y libertades públicas ocurrido en España con la entrada en vigor de la Constitución en 1978, análogo al de los países democráticos del bloque occidental –explica CASTÁN TOBEÑAS–, surgió en el contexto del derecho natural racionalista y en estrecha vinculación con las teorías contractualistas sobre el poder político y la idea de pacto social de GROCIO, PUFENDORF, HOBBS, LOCKE y ROUSSEAU, que recogieron las declaraciones de derechos del siglo XVIII.

Con ello concurre la corriente ideológica originaria del mundo anglosajón, que defiende una particular concepción de los derechos humanos cuya nota fundamental es su individualismo, remarcando que en la doctrina política se brinda a los derechos del hombre un ámbito legal más limitado, viniendo a ser los derechos humanos fundamentales los que se hallan constitucionalmente enunciados como tales y da cuenta que la tendencia propia de las Constituciones de nuestro siglo ha borrado de los derechos humanos todo asomo de derechos absolutos⁴.

En rigor, como enseña LEGAZ Y LACAMBRA nunca puede ser un *Estado de derecho* aquel que suponga una organización racional de la vida social que *no sea valiosa*, ya que todo Estado contiene y realiza derecho y está sometido a la limitación *inmanente* del derecho positivo o a la limitación *transcendente-inmanente* de los derechos individuales, o a la limitación *transcendente* por el derecho natural⁵.

PRIETO SANCHÍS señala que en la actualidad lo que se verifica es el fenómeno del constitucionalismo europeo de posguerra, que aparecería en el continente dando lugar a aquel denominado *neoconstitucionalismo* que, señalamos más arriba, resulta contradictorio con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de derecho decimonónico, ya que estas Constituciones *garantizadas* presentan un contenido sustantivo formado por *normas de diferente denominación: valores, principios, derechos o directrices*, que organizan los poderes del Estado, cómo adoptarán sus decisiones y qué es lo que deben decidir, como si se tratara de una Constitución material opuesta a la Constitución formal, concluyendo en que de lo que se trata es de fórmulas conocidas, aunque desarrolladas en tradiciones diferentes como lo fueron las declaraciones de derechos en el siglo XVIII en Francia⁶.

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, p. 8.

⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, *El Estado de derecho*, “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, Madrid, vol. 17, nº 69, 1934, p. 842, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4580355>.

⁶ PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, p. 47 y 48.

ALEXY sostiene que los *derechos fundamentales* son valores tales como la *dignidad*, la *libertad* y la *igualdad*, los que sumados a los conceptos de los fines del Estado, democracia y Estado de derecho así como las exigencias de los movimientos sociales de los siglos XIX y XX, y su recepción por la Constitución configuran un sistema de conceptos centrales del derecho racional. Así pues, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes, por lo que los denomina mandatos de optimización que pertenecen al ámbito deontológico. En tanto que los valores deben ser incluidos en el nivel axiológico⁷, y se interroga sobre la posibilidad de *derechos humanos libres de metafísica*, que plantea como *problema de fundamentabilidad*, siempre que sea *fundamentado* frente a cada uno que participe en una justificación racional, ya que si bien su positivación les daría más fuerza, esta no es *respuesta definitiva* sino intentos de darles una expresión institucional⁸.

No cabe olvidar que en el sentido aristotélico los *principios son lo que los axiomas* en las matemáticas⁹, que cronológicamente los principios son el *origen* o el *comienzo* en tanto que la doctrina clásica los considera el *fundamento y razón* sobre la cual se procede¹⁰.

Para FERRAJOLI el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista de la modernidad, según la cual las constituciones son contratos sociales fundantes de la convivencia civil (HOBBS), de la que surge a su vez un hipotético sujeto internacional; señala la necesidad de una *garantía* de los derechos fundamentales para solucionar la crisis del derecho que viven los países democráticos¹¹, que se manifiesta en primer término en la crisis de la legalidad ante la ausencia de controles del poder.

Esto abarca a la política, las finanzas y la economía, habiéndose desarrollado una especie de Estado paralelo, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios y, en segundo término, por la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho y propone que los derechos fundamentales, al pertenecer *a cada uno*, ya que los derechos fundamentales corresponden univer-

⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 138 y siguientes.

⁸ ALEXY, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, p. 239.

⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica - Libro Cuarto - III*.

¹⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, p. 604.

¹¹ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 14.

salmente *a todos* los seres humanos, que los titulares o sujetos legítimados son los ciudadanos o personas con capacidad de obrar conforme una norma jurídica positiva.

Aparece al menos incoherente, por cuanto quedarían excluidos de tales derechos universales el resto de las personas que no tienen la *ciudadanía*, que *no tienen capacidad de hecho*, aquellos que, con justicia señala MASSINI - CORREAS¹², son los más *vulnerables* y, para peor, toda vez que FERRAJOLI sostiene al mismo tiempo que, en aquellos ordenamientos donde tales derechos fueran alienables como acontecería en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, estos *no serían universales ni fundamentales*¹³.

Adherimos igualmente a la expresión de MASSINI - CORREAS, en cuanto a que toda vez que el indicador de la titularidad de los derechos fundamentales deja de ser de pertenencia de la especie humana y concedida al mero arbitrio de los órganos estatales –sean estos constitucionales o legislativos– su suerte está echada, los *titulares* variarán de conformidad con las ideologías del momento, resultando *incluidos* o *excluidos* de la “*titularidad de derechos, los no nacidos, los recién nacidos, los seniles, los comatosos y todos aquellos que no militen en las filas de los adultos sanos de cierta capacidad intelectual y económica. Resulta claro que, desde esta perspectiva, los derechos humanos resultarían algo tan variable, contingente y caprichoso, que será prácticamente lo mismo tenerlos que no tenerlos*”. Cualquier intento de trascender el análisis puramente exegético de los textos legales remite necesariamente a *finés y valores*, que solo pueden ser aprehendidos desde una perspectiva filosófica por cuanto es en esta última donde podrá conocerse qué valor es el que debe encarnar el derecho y cuáles son los criterios primeros de la ordenación de la convivencia, ya que los *finés* cumplen el papel de *principios*¹⁴.

Advierte ZAMBRANO que toda vez que se trata de los *principios de derecho fundamental* se debe hacer *referencia inmediata y exclusiva a los principios morales de justicia*, lo que constituye el núcleo de la teoría iusnaturalista del derecho y *si se trata de deducir*

¹² MASSINI-CORREAS, *El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli*, p. 241 y 242.

¹³ FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 38.

¹⁴ MASSINI, *Acerca de la necesidad y significado, para el jurista del estudio de la filosofía del derecho*, p. 10 y 11.

el carácter concluyente de los principios de derecho fundamental como el carácter absoluto de los derechos que reconocen, absteniéndose de nombrar expresamente cual es el derecho protegido, limitándose a enunciar las conductas prohibidas respecto del derecho protegido estamos ante un uso oblicuo del lenguaje.

No sería casual sino intencional, porque tendría por fin excluir o exceptuar de las limitaciones generales el reconocimiento de derechos, además *si tales principios se conciben como absolutos e inalienables su campo de referencia no puede quedar enteramente determinado por el significado de los enunciados y ese último a su vez, por los usos sociales.* El objeto (proposición normativa) al que se refieren no puede ser pura construcción social, sino que debe tener alguna consistencia propia, ya que, de otra forma, dejarían de ser incondicionales¹⁵.

Debemos reconocer siguiendo a ZAMBRANO¹⁶ que, si se pretenden justificar racionalmente los derechos humanos fundamentales, se debe aceptar que deba existir una instancia más allá del derecho positivo, un criterio objetivo que provea de un contenido esencial de los derechos.

Así, VIGO ha señalado que siendo los principios exigencias o atribuciones en favor de todo hombre cualitativamente distintos de los que comprobamos en el derecho positivo, pone en crisis las posiciones que rechazan toda objetividad o universalidad de la ética y permite seguir hablando con firmeza y “en serio” de los derechos humanos o principios del derecho; ello lleva a reconocer a BULYGIN que, si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles. Es indudablemente prác-

¹⁵ ZAMBRANO, “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, en ETCHEVERRY, JUAN B. (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales*, 1ª ed., 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 94.

¹⁶ ZAMBRANO, “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, en ETCHEVERRY, JUAN B. (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales*, 1ª ed., 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 114.

tico aquel saber que procura desentrañar el contenido de los principios del derecho, sea que se los llame “exigencias morales”, “valores”, o derechos humanos y estos últimos contenidos en los principios del derecho legitiman intrínsecamente la creación jurídica y reclaman un efectivo reconocimiento y respeto, cuando se dirimen los conflictos que convocan a los intérpretes¹⁷.

Por su parte, HERVADA enseña que el derecho es el conjunto de los componentes del orden jurídico que tienen su origen en la naturaleza, por lo que se denomina derecho natural y, si se hace referencia a este, es porque hay cosas que *a cada uno son debidas en virtud de la naturaleza humana*, debiendo entenderse que el ordenamiento jurídico forma *una* unidad que existe, por ser *una* la realidad social regulada; además, que la noción de *orden* presupone una pluralidad unificada que no se limita a afirmar la existencia de derechos naturales y de algunos principios de ley natural, sino que todo el ordenamiento jurídico se edifica sobre un fundamento de derecho natural que es *base, cláusula-límite y principio informador del ordenamiento jurídico*¹⁸.

MARITAIN refiere, en relación con el *bien común*, que la racionalización de la vida política moral comporta el reconocimiento de los fines humanos esenciales y que tiene sus raíces en la *justicia*, la *ley* y la *mutua amistad*; el modo de racionalizarla nos lo enseñó ARISTÓTELES, que una de las *claves* es la consideración de que la *jerarquización de los medios corresponda al de los fines* y si los fines del hombre se persiguen por medios no menos dignos, lo que exige la positiva voluntad de poner en juego medios no solo buenos *en general* sino proporcionados a su fin en los cuales debe hallarse encarnada la justicia, lo que pertenece al bien común, y que cuando el grupo social se halla en un proceso de *regresión* o *perversión* y desciende su nivel moral, los preceptos de la moral no cambian, sino que lo que varía es la manera en que se aplican, que desciende a un nivel más bajo¹⁹.

A pesar de lo indicado en los *Fundamentos*, en el Código Civil y Comercial de la Nación, la historia muestra de qué modo las diferentes naciones que conformarían el *bloque latinoamericano* fueron

¹⁷ VIGO, *Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual*, p. 80 y 93.

¹⁸ HERVADA, *Síntesis de la Historia de la ciencia del derecho natural. Segunda Edición*, p. 14.

¹⁹ MARITAIN, *El hombre y el Estado*, 3ª ed., p. 75 y 79.

beneficiarias del Código de Napoleón y, siguiendo el hilo conductor TAU ANZOÁTEGUI²⁰, si bien el movimiento codificador se desarrolló especialmente en torno a Buenos Aires en donde estaban concentradas la *fuerza política*, el *poder económico* y el *brillo intelectual* y que el Código de Comercio redactado por EDUARDO ACEVEDO y DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD empezó a regir antes que el Código Civil para el Estado de Buenos Aires, habiendo sido advertido la diferencia entre el Código de Comercio y los demás códigos, reconociéndose que por su índole y por el campo de aplicación, los negocios, debía nutrirse en fuentes universales.

En contraposición con los restantes códigos, ACEVEDO y VÉLEZ SÁRSFIELD señalaron que habían tenido cuidado de elaborarlo conforme al estado de la sociedad y previendo los progresos ulteriores del comercio, así como también aquel vigente en el mayor número de naciones que comerciaban con Buenos Aires.

TAU ANZOÁTEGUI²¹, refiriendo al derecho en América, explica que en Europa se inició a finales del siglo xvii y comienzos del siglo xviii el movimiento que se denominó despotismo ilustrado, que trajo como consecuencia una sustitución de la “*perimida continuidad tradicional*” por una “*cuidadosa ordenación racional*”, un orden dispuesto por voluntad del legislador advirtiendo un pronunciado desarrollo del regalismo que implicó una honda crisis, colocándose por encima de todo una *fe en la razón y en la ciencia* con la pauta rectora de la *utilidad* que preconizara VOLTAIRE.

Se explica así el proceso histórico-político en esos siglos, ya que España debió mantener a los borbones en el trono, por lo que recurrió a Francia para atender el comercio con las Indias; en consecuencia, los barcos franceses llevaron a cabo un comercio activo, exceptuados de todo gravamen y, en Buenos Aires, mientras la compañía de Guinea con asiento en Francia se benefició con la trata de negros y las mercaderías importadas abarrotaron los mercados americanos con la consiguiente ruina de las industrias y los comerciantes locales que aparentemente terminó con la paz de Utrecht que puso fin a la guerra de sucesión.

MARILUZ URQUILJO sostiene que el *filósofo ilustrado* del siglo xviii, pone su empeño en demostrar que la razón es patrimonio común de

²⁰ TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*. *Mentalidad social e ideas jurídicas*, p. 310.

²¹ TAU ANZOÁTEGUI - MARTIRÉ, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, p. 156 y 157.

todo el género humano, minimizando la trayectoria romanista de Occidente y exaltando otros sistemas jurídicos que confirmen la universalidad e inmutabilidad de la *razón*²².

Por su parte, DE LOS MOZOS demuestra la decisiva influencia de los *principios generales del derecho*, el *derecho natural* y la *tradición jurídica común*, que tiene como base en América el derecho castellano-indiano, un sistema jurídico idéntico con el existente en Europa continental en la época del derecho común anterior a las codificaciones y que debe su origen al universalismo romano de la corona española y a la obra misionera de la Iglesia Católica. Y expresa: “Lo que tiene su origen en aquella mentalidad ilustrada que se olvidó, por completo, de repente o gradualmente, de los fundamentos del derecho indiano, no siendo capaz de sustituirlo por otra cosa, hasta que el azote del marxismo y del progresismo –en buena medida fruto de la ignorancia de los que se tienen por cultos– ha venido a echar el resto. Lo que ahora hace quinientos años, castellanos y portugueses, trasladaron a América, investidos de la autoridad pontificia, como lo muestra la Bula de Alejandro VI, cuestión que para algunos ignorantes de la historia será negativo, o para otros indiferente, pero no así para los que quieran entenderla y, además, vivirla. Para nada hay que confundir con un sistema ‘judicial’, como el propio del common law. Es evidente que, las normas y las regulaciones cuando se hallan formuladas correctamente, responden a unos principios... actúan por la propia fuerza de la naturaleza de las cosas”²³.

§ 3. **LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL LIBRO SEXTO, TÍTULO IV DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

La reglamentación de las relaciones privadas internacionales se ha insertado en el Código Civil y Comercial en el Libro Sexto, Título IV, no habiéndose producido la ansiada independencia normativa como se hubiera debido abordar; esto es mediante una ley especial, un libro independiente del resto de los que comprende el Código o en un Código de derecho internacional privado como expresa en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y

²² MARILUZ URQUIJO, *Una utopía jurídica española del siglo XVIII*, Separata de la Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1981, disponible en www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000290, p. 304 y 305.

²³ DE LOS MOZOS, *Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho*.

Comercial²⁴. Por tanto se debe seguir en cuanto a los principios generales del derecho, lo establecido en el Título Preliminar del C.C.yC., que en el art. 2° establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los *tratados sobre derechos humanos*, los *principios y los valores jurídicos*, de modo coherente con todo el ordenamiento y en el Capítulo 3, *Ejercicio de los derechos*, lo establecido en los arts. 9° y 10.

La ley no ampara el *ejercicio abusivo de los derechos*, considerándose tal al que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la *buena fe, la moral y las buenas costumbres*. A su vez, en el art. 11 se prevé que lo establecido en los arts. 9° y 10 se aplicará al *abuso de posición dominante*, remitiendo a las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales. Finalmente, el art. 12 titulado “*Orden público. Fraude a la ley*” establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto leyes en cuya observancia está interesado el orden público. En la segunda parte encontramos una norma que prohíbe el amparo en un texto legal, que persigue un resultado sustancialmente análogo al que prohíbe una norma imperativa, que se considera otorgado en fraude a la ley, debiendo someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

La norma contenida en el art. 2598 titulado “*fraude a ley*” es muy similar, ya que establece que para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto.

En el Libro Sexto, dentro del Título IV, Disposiciones de derecho internacional privado, el art. 2600 establece que deberán ser excluidas las disposiciones de derecho extranjero aplicables cuando conduzcan a soluciones incompatibles *con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino*. ¿Cuáles son ellas? Si bien la mencionada previsión ha sido adoptada en el art. 5° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado no se enuncian tampoco.

²⁴ HIGHTON DE NOLASCO - KEMELMAJER DE CARLUCCI - LORENZETTI, *Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 233, disponible en www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf.

La norma contenida en el art. 2599 “*Normas internacionalmente imperativas*”, establece la prioridad de las normas de policía o de aplicación inmediata en tres supuestos: a) las normas imperativas del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes; b) cuando resulte aplicable un derecho extranjero también serán aplicables las disposiciones internacionalmente imperativas de ese ordenamiento extranjero, y c) también se reconocerán los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros países que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes cuando intereses legítimos lo exigen.

BOGGIANO ha señalado que las nuevas disposiciones de D.I.Pr. auspician la vuelta de la Argentina al mundo de las naciones y que la unidad del género humano y los valores inspirados en ella responden a la universalidad de la vida social; esos mismos seres humanos son conscientes de pertenecer a una comunidad mundial fundada en la misma dignidad natural de la que surgen los derechos humanos, por lo que, la armonización de los ordenamientos constituye una exigencia del bien universal. Pero también denuncia: “*Hoy se presentan nuevos fenómenos de uniones extramatrimoniales hétero y homosexuales, de fecundaciones con nuevos métodos, de filiaciones con paternidades de donantes de espermatozoides anónimos e irresponsables y maternidades que excluyen la presencia del padre de la vida de la madre y de los hijos. También puede principio de confianza mutua. Cuando la base de la confianza se fractura, lo jurídico y lo social pierden consistencia*”²⁵.

Los Estados, en consecución del interés general, intervienen en el comercio internacional con sus normas de policía o internacionalmente imperativas por lo que el reconocimiento de un núcleo firme de objetividad es indispensable para la paz: “*Es una contradicción escandalosa sostener a la vez un relativismo ético y la existencia de delitos de lesa humanidad. Para nosotros no hay norma jurídica sin fundamento “en la norma moral basada en la naturaleza de las cosas*”²⁶.

²⁵ BOGGIANO, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, 7ª ed. Actualizada, p. XIII.

²⁶ BOGGIANO, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, 7ª ed. Actualizada, p. XIII.

Siempre dentro del Libro Sexto, en el Capítulo 3 Parte Especial del Título IV del C.C.yC., se divide la regulación de los contratos en dos secciones, correspondiendo a la Sección 11ª titulada “Contratos”, las normas de jurisdicción y del derecho aplicable a los contratos que no son para consumo, los que encuentran su regulación en la siguiente Sección.

El art. 2650 refiere a la jurisdicción internacional, en el caso de no existir acuerdo válido de elección de foro y el art. 2651 titulado “*Autonomía de la voluntad*” capta tanto la autonomía conflictual como material y dentro de esta última se señala en el inc. *c* que las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido. Asimismo, en el inc. *d* se regula la aplicación de los *usos y prácticas comerciales* generalmente aceptados, las *costumbres* y los *principios del derecho comercial internacional* cuando las partes los han incorporado al contrato. Sin embargo, el inc *e* dice que operan como límites los *principios de orden público* y las *normas internacionalmente imperativas del derecho argentino* cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato las *normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso*, por lo que abordaremos por separado panorámicamente los principios generales que rigen los contratos del Instituto para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional.

§ 4. **LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

LIPSTEIN²⁷ explica que el derecho internacional público provee al D.I.Pr. (ordenamiento interno) de seis reglas generales que este debe respetar: 1) todos los Estados deben tener un sistema de derecho internacional privado de fuente interna; 2) los Estados no deben excluir la aplicación de un ordenamiento extranjero; 3) los Estados pueden excluir un ordenamiento extranjero en materia de política pública; 4) ningún Estado puede imponer sus propias reglas referidas al estatuto personal cuando se trata de residentes temporarios; 5)

²⁷ LIPSTEIN, *General Principles of Private Internacional Law*, Recueil des Cours, Academie de Le Haye, 1972-I, p. 169.

los inmuebles son regidos por la ley del lugar de su situación y deben respetarse los derechos adquiridos en virtud de la aplicación previa a esos últimos, de la ley de lugar de situación, y 6) la forma se rige por la ley del lugar donde se celebra el acto.

Ha sido en el ámbito del derecho internacional general donde se han debatido los principios generales del derecho y así podemos observar que el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de resolver las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar las Convenciones Internacionales, la costumbre internacional (esto último siempre y cuando se trate de una práctica *generalmente* aceptada como derecho), los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*, las decisiones judiciales, las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (este último como medio auxiliar para *determinar las reglas de derecho*) y por último, con carácter facultativo para la Corte y si las partes lo convinieren, *ex aequo et bono*.

Al momento de plantear el barón Deschamps la necesidad de incorporar a los principios generales del derecho se interrogó sobre estos a lo que se respondió que se trataban de *máximas* del derecho romano y, según un sector de la doctrina se los incluyó como una fórmula de compromiso; no obstante que Deschamps había puesto énfasis en que ellos constituían *la ley fundamental de lo justo y lo injusto, profundamente grabada en el corazón de todo ser humano*.

La otra discusión que se genera es si se incorporan solamente los principios que emergen del ámbito propio internacional, por ejemplo la prohibición del uso de la fuerza, la no ingerencia en los asuntos internos de las naciones, la autodeterminación de los pueblos o si por el contrario, deben partir de los ordenamientos internos de los Estados nacionales tales como la *prohibición del abuso del derecho* o la *pacta sunt servanda*.

La *equidad* es una fuente en el Estatuto de la Corte de Justicia Internacional, valor del que no se ha hecho aplicación no obstante ser como enseñó ARISTÓTELES: “Hay prescripciones de la justicia fundadas sobre convenciones y sobre la utilidad, absolutamente del mismo modo que hay medidas para apreciar los objetos. Lo mismo sucede con los derechos que no son naturales, y que son puramente humanos; no son en todas partes idénticos. Las constituciones tampoco lo son... Las acciones realizadas pueden ser muy numerosas; y sin embargo, cada una de las leyes que las arreglan es una, porque el

principio es general... en lugar del término general de bueno, empleamos el término de equitativo; y hablando de una cosa, decimos que es más equitativa, en lugar de decir que es mejor. Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún”²⁸.

FRANCISCO DE ARCAYA Y COMPLUDO (FRANCISCO DE VITORIA) es el padre del derecho de gentes y antecedente genuino de los documentos internacionales sobre derechos humanos, quien en consideración primordial a la conservación de la vida humana y a su dignidad de criatura racional en su *relectio De potestate civili* estableció las bases teóricas del *derecho Internacional de gentes* proponiendo una comunidad de todos los pueblos fundada en el derecho natural, y en su *relecciones teológicas* con fundamento en la tesis iusnaturalista. Sintetizó los valores humanos fundado en el *ser* del hombre y en su dignidad como persona inteligente y libre a imagen y semejanza de Dios y titular de derechos originarios en su misma naturaleza universal y aplicable a todos los pueblos, a lo largo del tiempo y para todo el orbe.

En *De potestate civil*, analizó la cuestión del poder y su relación con la comunidad, señalando que la comunidad otorga al rey la autoridad pero no el poder, pues este, de origen divino, no implica que el soberano pueda utilizarlo con libertad ilimitada y a todo rey que gobernase como un tirano la República podría deponerlo, pues aunque la República le ofreciera su autoridad, permanece inherente el derecho natural a defenderse; y si no pudiera hacerlo de otro modo, puede rechazar al rey quien no puede por ninguna causa dar una ley para que se mate a inocentes, ni siquiera contra los infieles, porque esto está contra el precepto de derecho natural, dado que tanto en el orden interno como internacional, la actuación del Estado tiene límites morales.

En *De indis*, expresó su tesis sobre el modo en que se efectuaba la conquista en el Nuevo Mundo advirtiendo que los indios no son seres inferiores, sino que poseen los mismos derechos que cualquier ser humano y son dueños de las tierras descubiertas por los colonizadores y mientras Lutero afirmaba que “*a los cristianos les es lícito hacer la guerra*”, DE VITORIA explicó los límites del uso de la fuerza para dirimir las disputas entre pueblos, que la úni-

²⁸ DE AZCÁRATE, *Obras de Aristóteles, Moral a Nicómaco*, Libro Quinto, Capítulo X, disponible en www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm.

ca guerra justa y legítima es aquella que se hace para la autodefensa contra agresiones tanto a la comunidad como a sus integrantes, añadiendo que todos los conflictos bélicos son siempre “*terribles y crueles*”, tanto si son ofensivos como defensivos²⁹.

De otro lado resulta imposible obviar que el Doctor Eximio³⁰ enseña que el *jus gentium* es aquel que la razón natural constituyó entre todos los hombres y es guardado entre todos en la existencia de múltiples reinos, que es más apto para la conservación de los hombres y es la misma regla de la razón natural, la vida de los hombres en comunidad. Es en la universalidad y la comunidad, *connatural* a las gentes, común a todos, está en las costumbres de todas las gentes y a todas las gentes obliga y supone una unidad cuasipolítica y moral, pero no constituye *strictu sensu* derecho natural porque sus preceptos son conclusiones deducidas de un discurso puesto por el hombre.

En virtud del objeto y contenido del derecho internacional público se ha sostenido que es a este a cuyo dominio debe someterse el denominado en la actualidad derecho económico internacional.

§ 5. **EL INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (UNIDROIT) Y LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS 2016**

En D.I.Pr. uno de los trabajos que ha venido realizando en forma preponderante el Instituto para la Unificación del Derecho Privado desde 1980 es una compilación de reglas referidas a los contratos internacionales, de manera similar a un *restatement*, que no constituye un tratado internacional, por lo que su obligatoriedad se encuentra en la voluntad de las partes (autorizada en el Libro Sexto del C.C.yC.), así como en laudos arbitrales, por lo que se suele incluir bajo el título de *principios* en el *soft law* o en la *new merchant law*, a fin de solucionar los problemas que crean las normas de conflicto oriundas de los ordenamientos nacionales aplicables a los contratos internacionales, coadyuvando así al desarrollo del orden económico mundial, objetivo este para el cual se creó el Instituto en 1926³¹.

²⁹ DE VITORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Tercera edición.

³⁰ P. SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, t. I.

³¹ OVIEDO ALBÁN (comp.), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010*. *Black Letter Rules*, p. 11.

OVEDO ALBÁN explica que desde hace varias décadas se viene hablando en el mundo de la conformación de una nueva *lex mercatoria*, con la que se quiere rememorar la *lex mercatoria* medieval constituida por un conjunto de costumbres surgidas de las transacciones entre comerciantes y por la insuficiencia del derecho preexistente que dio origen al derecho comercial contemporáneo, al margen de la voluntad de los Estados cuyas fuentes se pueden clasificar en tres categorías: *a)* principios generales del derecho; *b)* usos y costumbres del comercio internacional, y *c)* principios que emergen de la jurisprudencia arbitral internacional³².

Cabe observar que se alude expresamente a *principios generales del derecho*, pero aun cuando constan especialmente desde la primera versión en 1994: *buena fe*, prohibición del abuso del derecho, lo que en realidad hacen es concretar tales valores universales para un sector muy particular, se trata de *reglas puestas por el hombre* o de un *producto cultural*, permitidas en el C.C.yC., pero que también previó el límite inexcusable de las normas internacionalmente imperativas a dichos contratos internacionales, que en realidad pertenecen al ámbito público (v.gr., derecho administrativo), que por sus contactos pertenecerían a distintos ordenamientos y constituirían cuestiones propias del derecho internacional público.

§ 6. *A MODO DE CONCLUSIÓN*

El *jus-derecho* natural es *lo justo* y su medida o *reg(u)la*: la ley fundada en la *naturaleza humana* criatura racional y los principios generales del derecho son el inicio (comienzo en el orden cronológico), la base (sobre la que se *cultiva*: cultura), el fin último del derecho. Los principios generales: *vivir honestamente, no dañar, dar a cada uno lo suyo* (ARISTÓTELES, GAYO, CICERÓN, JUSTINIANO) no nacieron en Grecia, sino que –como lo sostiene el Doctor Angélico–, nacieron con la *humanidad*.

No es conveniente confundirlos con los valores: honestidad, equidad, solidaridad, igualdad, dignidad, prudencia, templanza, que son entes reales y no meros *ideales* a cumplir (mañana nunca llega).

La cultura es todo lo que el hombre cultiva, construye, en vista de algo *bueno, bello y verdadero*. Estos últimos son valores objeti-

³² OVEDO ALBÁN (comp.), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010. Black Letter Rules*, p. 23.

vos que deben ser concretados o efectivizados en los comportamientos humanos.

El conjunto de principios generales del derecho conforma el *orden público* como *bien común*, como lo dijese SAN AGUSTÍN: *Ius est Pax in Ordinata Concordia*, pero que no se sigue, y ello es patente, en el Código Civil y Comercial.

En el Libro Sexto, Título IV se incorpora como cláusula de reserva al *orden público internacional*, pero es como si no existiese más que “en el papel”, dada su ambigüedad en él, porque no se expresa –como sí lo hacía el Código Civil argentino en el art. 14– lo que fuera criticado tantas veces, diferenciándose en las normas internacionalmente imperativas, no solamente como aquellas que refieren a normas de derecho público sino a la situación de las personas jurídicas surgidas de los movimientos de integración como el supuesto del Mercado Común del Sur, de carácter acentuadamente mercantil y económico.

Igualmente, en una bienvenida a la denominada globalización, respecto de la cual se ha visto también como una organización intergubernamental a la Organización Mundial del Comercio, con vocación de globalidad; así se han clasificado los principios generales del derecho en los actuales estudios de derecho administrativo internacional cuyo impacto –en definitiva– se produce en función de los pueblos y naciones. Tomamos como ejemplo, aquella nombrada más arriba, nominada por sus siglas OMC y la Organización Mundial de la Propiedad (OMPI).

En torno a los alcances de la *justicia* en D.I.Pr., no es dable reconocerla como *instrumental*, porque se desnaturaliza. Lo que se deberá hacer positivamente es reglamentar las relaciones jurídicas que se conecten con varios ordenamientos en virtud de elementos personales, reales, conductuales, localizarla en un ordenamiento jurídico acorde la naturaleza de la relación y, teniendo en miras, al momento de solucionar una eventual controversia, que aquella localización en el espacio efectuada por el legislador puede ser distante, no acorde con la naturaleza de la relación quebrada y, sometida a controversia, merecer un trato equitativo.

Es por esto último que los *principios* que podrían devenir del derecho internacional público son pautas o directivas a los Estados para que al *poner* la ley, tengan hacia ellos consideración.

Los restantes también denominados *principios* como la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y abuso de posición dominan-

te, son estándares, pautas, directrices o criterios generales a los que resulta conveniente, en los supuestos específicos, *ponerlos por el legislador* con el título consiguiente del tema en el que operan *in extenso*.

Como producto cultural, el D.I.Pr., es el que más cercano se encuentra a la discusión filosófica, en virtud de la expansión de los elementos a través de varios Estados-Naciones, por lo cual se ha preconizado frente a la *universalidad* (para la que es necesario el *nodo de valores comunes*) y, en el extremo opuesto, la *uniformidad* que logra un *mecanicismo* en función de la *utilidad*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, ROBERT, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, trad. E. R. SODERO, "Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho", nº 30, 2007, p. 237 a 248, en www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-humanos-sin-metafisica/; 24/III/2018, URL: www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7p9h0.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. GARZÓN VALDÉS, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.
- ARISTÓTELES, *Metafísica - Libro Cuarto - III*.
- BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado y derechos humanos*, 7ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Los derechos del hombre*, 4ª ed., revisada y actualizada por M. L. MARIN CASTÁN, prólogo de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1992.
- DE AZCÁRATE, PATRICIO, *Obras de Aristóteles. Moral a Nicómaco*, www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm
- DE LOS MOZOS, JOSÉ L., *Codificaciones latinoamericanas, Tradición jurídica y principios generales del derecho*, "Revista di Diritto dell'Integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America", nº 1/1996, <http://derechogeneral.blogspot.com.ar/2008/01/codificaciones-latinoamericanas.html>, blog creado por Iván Oré Chávez abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- DE VITORIA, FRANCISCO, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra. Tercera edición*, Colección Austral, nº 618, Madrid, Espasa-Calpe, 1946.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ C., *El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del segundo centenario; El derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Universidad de los Andes, Mérida, en el Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid, http://eprints.ucm.es/6554/1/CODIGO_DE_NAPOLEON_Y_SU_INFLUENCIA.pdf.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, introd. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Madrid, Trotta, 2001.
- GROSSI, PAOLO, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. M. MARTÍNEZ NEIRA, Madrid, Trotta, 2003.
- HERVADA, JAVIER, *Síntesis de historia de la ciencia del derecho natural*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1991.

- HIGHTON DE NOLASCO E. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - LORENZETTI, R.L., *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf fecha de última consulta: 08/VI/2018, p. 233.
- LEGAY Y LACAMBRA, LUIS, *El Estado de derecho*, “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, Madrid, vol. 17, n° 69, 1934, p. 842, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4580355>.
- *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1975.
- LIPSTEIN, KURT, *General principles of private international law*, Recueil des Cours, Académie de Le Haye, 1972-I.
- MARILUZ URQUIJO, JOSÉ M., *Una utopía jurídica española del siglo XVIII*, separata de la Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1981, www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000290.
- MARITAIN, JACQUES, *El hombre y el Estado*, 3ª ed., Bs. As. Guillermo Kraft Ltda., 1952.
- MASSINI, CARLOS I., *Acerca de la necesidad y significado, para el jurista del estudio de la Filosofía del Derecho*, “Revista de la Universidad de Mendoza”, en www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/RUM/article/download/369/385, p. 10 y 11.
- *El fundamento de los derechos humanos*, www.corteidh.or.cr/tablas/r27937.pdf.
- MASSINI-CORREAS, CARLOS I., *El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi FERRAJOLI*, “Persona y Derecho”, n° 61, 2009, 227 a 247, Universidad de Navarra, <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17720/1/51917937.pdf>.
- OVIDIO ALBÁN, JORGE (comp.), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010. Black Letter Rules*, Colección principios y normas de derecho global, Bogotá, Ibáñez, 2012, en <https://oviedoalban.files.wordpress.com/2014/07/10-20principios20unidroit202010-compressed.pdf>.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *El constitucionalismo de los derechos*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 24, n° 71, may.-ago. 2004, p. 47 y 48.
- SUÁREZ, FRANCISCO, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. D. J. TORRUBIANO RIPOLL, Madrid, Reus, 1918.
- TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Imprenta de la Universidad, 1977.
- TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR - MARTIRÉ, EDUARDO, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005.
- VIGO, RODOLFO L., *Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual*, “Persona y Derecho”, vol. 44, 2001, Universidad de Navarra, n° 65 y 102, p. 80 y 93, en <http://hdl.handle.net/10171/14175> y <http://dadun.unav.edu/handle/10171/14175?mode=full>.
- ZAMBRANO, PILAR, “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, en ET-CHEVERRY, JUAN B. (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

LA POLITICIDAD DEL DERECHO Y LA JURIDICIDAD DE LA POLÍTICA EN CLAVE IUSNATURALISTA

DANIEL ALEJANDRO HERRERA*

Resumen. Este trabajo tiene el propósito de analizar la relación entre política y derecho en el Estado de derecho actual. Desde el marco teórico iusnaturalista, la investigación está dividida en dos partes. En la primera, más descriptiva, se realiza un breve desarrollo de los distintos modelos de Estado de derecho, desde la modernidad hasta la actualidad. La segunda, más valorativa, propone una justificación filosófica, en la cual, ambos, el Estado y el derecho, la politicidad y la juridicidad, son dimensiones que expresan simultáneamente la misma naturaleza del hombre (política y jurídica porque es racional) y el mismo fin: el bien común.

Palabras clave: política, derecho, naturaleza humana, bien común.

POLITICITY OF LAW AND JURIDICITY OF POLITICS IN IUSNATURALIST CODE

Abstract. This paper aims to analyze the relationship between politics and law in the state of current law. From the iusnaturalista theoretical framework, research is divided into two parts. The first, more descriptive, is a brief development of the different models of rule of law from modernity to the present. The second proposes a philosophical justification, in which both the State and law, the political nature and legality,

* Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor de Filosofía del Derecho y Decano de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: daniel_herrera@uca.edu.ar.

are dimensions that simultaneously express the very nature of man (political and legal because it is rational) and the same purpose: the common good.

Keywords: politics, law, human nature, common good.

A POLITICIDADE DO DIREITO E A JURIDICIDADE DA POLÍTICA NA CHAVE IUSNATURALISTA

Resumo. Este trabalho tem como objetivo analisar a relação entre a política e a lei no estado de lei atual. A partir do referencial teórico iusnaturalista, a pesquisa é dividida em duas partes. A primeira, mais descritiva, é um breve desenvolvimento dos diferentes modelos de Estado de direito, desde a modernidade até o presente. A segunda, mais injusta, propõe uma justificação filosófica, em que tanto o Estado e direito, a natureza política e legalidade, são dimensões que expressam, simultaneamente, a própria natureza do homem (política e jurídica, porque é racional) e o mesmo fim: o bem comum.

Palavras-chave: política, direito, natureza humana, bem comum.

§ 1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho y se habla de la vinculación o separación entre moral y derecho, entre el obrar ético y el obrar jurídico. Esta ha sido la gran división de aguas entre el positivismo y el iusnaturalismo. En cambio, voy a abordar otra relación también sumamente importante, la relación entre lo político y lo jurídico, entre el Estado y el derecho, como sucede –por ejemplo– con la noción misma de Estado de derecho o *rule of law* en la versión angloamericana (no voy a entrar en la discusión respecto de si son versiones equivalentes o si no lo son, las voy a usar como sinónimos). Esta relación ha sido abordada desde distintas visiones del derecho, pero sin perjuicio de esta variedad de concepciones voy a circunscribirme a una lectura en clave iusnaturalista.

§ 2. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

En la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado, que históricamente aparece en Europa como resultado de la

desmembración del imperio y la concentración del poder en los reyes y desde allí se expande a los otros continentes¹. Estado que sobre la base del *principio de soberanía* (BODIN), monopoliza las funciones de *imperio y normativas* sobre un cierto territorio a él subordinado. La politicidad se convierte básicamente en estatalidad, confundándose solo con el accionar del Estado y la juridicidad progresivamente se va a reducir de manera exclusiva a la positividad, al solo derecho positivo producido por el Estado, como luego va a proclamar el positivismo. Para autores como MAX WEBER: “El Estado moderno es una agrupación que con éxito e institucionalmente organiza la dominación, y ha conseguido monopolizar, en un territorio determinado, la violencia física legítima como medio de dominio”².

Todo esto no quiere decir que antes de la modernidad no existieran ciertas organizaciones o unidades políticas equivalentes al Estado, como las *polis, ciudades, reinos o imperios* que respondan a un concepto universal de lo político. Como dice BOBBIO: “El problema real del que debe preocuparse quien tenga interés por entender el fenómeno del ordenamiento político no es si el Estado existe como tal únicamente de la época moderna en adelante, sino más bien si encuentra semejanzas y diferencias entre el llamado Estado moderno y los ordenamientos anteriores, si deben resaltarse más unas que otras, cualquiera que sea el nombre que quiera darse a los diferentes ordenamientos. Quien considere que solo puede hablarse de Estado cuando se hace referencia a los ordenamientos sobre los que trataron BODIN, HOBBS o HEGEL, se comporta de esta manera porque observa más la discontinuidad que la continuidad, más las diferencias que las semejanzas; quien habla indiferentemente de Estado tanto en referencia al Estado de BODIN como en el caso de la polis griega, contempla más las analogías que las diferencias, más la continuidad que la discontinuidad”³.

Al respecto podemos decir junto con JOSÉ MARÍA MEDRANO, que las notas esenciales del Estado (territorio, población, autoridad, orden) pueden hallarse en múltiples entidades políticas, que serían especies análogas o partes subjetivas de un concepto común universal de uni-

¹ AYUSO, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, p. 33 y 36.

² WEBER, “Política y ciencia”, en *Obras selectas*, Max Weber, p. XX a XX.

³ BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, p. 92.

dad política que se ha conocido con distintos nombres a lo largo de la historia y que hoy llamamos Estado⁴. Término que se impuso con MAQUIAVELO en el siglo XVI, cuando en *El Príncipe* comienza la obra diciendo: “Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados”⁵. Esto no quiere decir que MAQUIAVELO inventó la palabra, pues él mismo no hubiera podido utilizarla si ella no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI⁶. Ahora bien, semejanza o similitud no quiere decir igualdad, por ejemplo, que los regímenes de la polis griega y del moderno Estado de derecho sean iguales. Entre ambos encontramos semejanzas y diferencias. La cuestión es si prevalecen más las primeras que las segundas.

Luego de esta introducción al tema voy a concentrarme en la relación entre política y derecho en el Estado de derecho actual. Para eso voy a dividir mi exposición en dos partes. La primera, más descriptiva, donde realizaré un breve desarrollo de los distintos modelos de Estado de derecho desde la modernidad hasta la actualidad. La segunda, más valorativa, desde una justificación filosófica en clave iusnaturalista (las otras justificaciones no las voy a abordar porque exceden el marco del presente trabajo, aunque voy a realizar algunas menciones a título comparativo).

§ 3. **ESTADO DE DERECHO. DISTINTOS MODELOS**

El Estado de derecho tal como lo conocemos hoy es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo jurídico, pero que se da de una forma nueva, pues confluye la moderna realidad política (*Estado*), como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (*derecho*) que pasa del *ius comune* al derecho nacional o estatal (que actualmente se extiende al derecho internacional como derecho interestatal). En *teoría*, el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al derecho entendido sobre todo como ley. Dicho en otras palabras, es el *gobierno de la ley*, por lo cual todo, absolutamente todo, incluido el poder político está regulado y por lo tanto subordinado a la ley. Ahora bien, en la

⁴ MEDRANO, *Para una teoría general de la política*, p. 215.

⁵ MAQUIAVELO, *El Príncipe*, p. 1.

⁶ BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, p. 86.

práctica no siempre es así, pues justamente al arrogarse el Estado moderno el monopolio de la producción jurídica, al ser fundamentalmente la política y específicamente el poder político el artífice de la ley, muchas veces se ha producido el sometimiento del derecho al poder político de turno y paradójicamente dicho sometimiento se hacía en nombre de la ley y por medio de la ley (históricamente tenemos muchos ejemplos, incluso hoy día).

En cuanto a su origen histórico, este se da con los procesos revolucionarios en los Estados modernos (siglos xvii y xviii), que van a reemplazar a los Estados absolutos que surgen en Europa a los que me referí anteriormente (no al régimen medieval anterior, sin perjuicio del mantenimiento del Estado jurisdiccional estamental en todo lo que no se oponía a la centralidad monárquica y su burocracia estatal). A su vez, posteriormente se da el paso del *Estado legal de derecho* con epicentro en la ley, según el clásico modelo francés posrevolucionario, al *Estado constitucional de derecho*, que surge en Europa en la segunda posguerra (cabe decir que en los Estados Unidos de América y América en general ya existía un Estado constitucional bajo el modelo constitucional liberal americano), con epicentro en la Constitución, que deja de ser una carta política para transformarse en la norma fundamental con jerarquía supralegal y directamente operativa en especial en materia de derechos humanos que declara y garantiza. Derechos humanos a su vez, internacionalizados e internalizados en las distintas constituciones, que abarca no solo la dimensión normativa (constituciones y tratados internacionales) sino también jurisdiccional (tribunales constitucionales e internacionales). Este modelo nace paradójicamente en los países europeos derrotados en la segunda guerra, con la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental alemana de 1949, extendiéndose luego al resto de Europa, a América y a otras latitudes.

Al respecto, dice MAURIZIO FIORAVANTI: “como se ve claramente, las transformaciones que se han producido a lo largo del siglo xx no son de escasa importancia. Por ello, las hemos tomado como auténticos pasos de una forma de Estado a otra, *del Estado de derecho al Estado constitucional*, de un tipo histórico de Constitución a otro, *de la Constitución liberal a la Constitución democrática*. Y no existe duda que se trata del paso de una situación en la que la ley (en cuanto expresión de la voluntad general y en cuanto necesario y casi exclusivo instrumento de garantía de derechos) es sustancialmente incontrolable, a una situación en la que el control de constituciona-

lidad de esa ley se hace práctica común, caracterizando de manera ordinaria la vida de las democracias contemporáneas, también para tutelar los derechos que están ahora fundados directamente en la Constitución”⁷. A decir verdad, a diferencia del modelo europeo al que se refiere el autor citado, hay que decir que el control de constitucionalidad ya existía en el modelo estadounidense desde 1804, a partir de *Marbury v. Madison*.

§ 4. ***ALGUNAS REFLEXIONES EN CLAVE IUSNATURALISTA***

“¿Qué es más útil, ser gobernado por el mejor de los hombres o por la mejor de las leyes?”. He aquí la cuestión central de la relación entre política y derecho. Ahora bien, esta pregunta no surge recién en la modernidad con la aparición del Estado de derecho al que hicimos referencia, sino que la realiza ARISTÓTELES para referirse al gobierno de la *polis*. Y lo más sorprendente (contrariamente a lo que uno pudiera imaginar por la época en que fue dicha) es que se inclina por el gobierno de las leyes, dado que, por ser general, “la ley no tiene pasiones, cosa que necesariamente se encuentra en cualquier alma humana”⁸. En el mismo sentido podemos mencionar al último PLATÓN, que luego de ver la imposibilidad de alcanzar el ideal de que el rey se haga filósofo o el filósofo se haga rey (incluyendo varias experiencias personales en política que casi le cuestan la vida) se inclina por el gobierno de las leyes, como lo señala en su última gran obra que se llama justamente *Las leyes*: “En efecto, allá donde la ley está sometida a los gobernantes y carece de autoridad, veo pronto la ruina de la ciudad; y donde, por el contrario, la ley es señora de los gobernantes y los gobernantes son sus esclavos, veo la salvación de la ciudad”⁹. Acaso no estamos aquí frente a claros ejemplos de preferencia por el Estado de derecho realizados hace veinticinco siglos.

Ahora bien, al respecto se plantea el mencionado BOBBIO: “¿ya que las leyes generalmente son puestas por quien detenta el poder, de donde vienen las leyes a las que debería obedecer el propio gobernante? Las respuestas dada por los antiguos a esta pregunta abrieron dos caminos. El primero: por encima de las leyes puestas por los gobernantes hay otras leyes que no dependen de la voluntad de los gober-

⁷ FIORAVANTI, *El Estado moderno en Europa*, p. 38; ARISTÓTELES, *Política*, p. XX.

⁸ ARISTÓTELES, *Política*, p. XX.

⁹ PLATÓN, *Las leyes*, p. XX.

nantes, y son las leyes naturales, derivadas de la propia naturaleza del hombre que vive en sociedad; o bien, las leyes cuya fuerza obligatoria proviene del estar arraigadas en lo que es la tradición. Una y otras son leyes ‘no escritas’ o ‘leyes comunes’, como aquellas a las que obedeció ANTÍGONA violando el mandato del Tirano, o aquellas a las que obedeció SÓCRATES que rechazó huir de la prisión para salvarse del castigo. El segundo: al inicio de un buen ordenamiento de leyes hubo un hombre sabio, el gran legislador, que dio a su pueblo una constitución a la que los futuros regidores se deberán apegar escrupulosamente”¹⁰.

Por eso, conforme a la tradición central de Occidente *la politicidad del derecho y la juridicidad de la política*, tiene que ver con la naturaleza propia tanto de lo político como de lo jurídico. Efectivamente, ARISTÓTELES, luego de dividir la justicia en general y particular, la concreta encarnándola en la justicia política, donde lo justo político parte es natural y parte convencional¹¹. Lejos está el estagirita de concebir lo justo natural como lo justo en un estado de naturaleza individual y presocial, al modo como lo hacen los contractualistas modernos (HOBBS, LOCKE y ROUSSEAU) o algunos sofistas antiguos, que distinguían entre la *physys* y el *nomos*. Esto es así, porque para ARISTÓTELES la naturaleza del hombre es política (*zoom polytykon*) porque es racional (*zoom logotykon*), donde justamente *el logos* y *la palabra* son lo que distinguen al hombre de los animales, incluso de los más gregarios, término que ha sido concedido –según ARISTÓTELES– para expresar el bien y el mal, lo justo y lo injusto. Así el hombre, conforme a su naturaleza, se agrupa en distintas comunidades, empezando por la familia, siguiendo por las aldeas hasta terminar en la *polis* como comunidad de comunidades, como una *unidad de orden*¹². Así es también en el derecho romano propio de la *civitas* romana, como en la *ciudad* medieval. Como dice JOAQUÍN GARCÍA HUIDOBRO: “La existencia misma del lenguaje nos remite a la de los otros hombres. Sin esa dimensión social es impensable el hecho mismo de la constitución de la identidad individual. Por eso no es paternalismo ni colectivismo atender al papel de la comunidad en la

¹⁰ BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, p. 132.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. XX.

¹² ARISTÓTELES, *Política*, p. XX.

configuración del individuo, sino la consecuencia de ver qué sucede en la realidad”¹³.

En consecuencia, podemos ver en el hombre la equivalencia entre naturaleza y razón. Todo obrar humano (entre los que encontramos tanto el obrar político como jurídico) se orienta a un fin que tiene razón de *bien*. Naturaleza que no se identifica con el mero hecho (*factum*) sino que fundamentalmente es fin (*telos*). Que descubrimos por la razón en la propia naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin, cuyo despliegue es justamente todo el obrar cultural libre que el hombre (porque es naturalmente racional) desarrolla a partir de ella (en el que ubicamos también al derecho positivo), por lo que la cultura es una segunda naturaleza.

Esto se mantiene hasta la modernidad. Al respecto dice INNERARITY: “La ruptura moderna entre razón y naturaleza se hace también visible en el nuevo orden político, cuyo principio constitutivo continúa siendo el *primado de la subjetividad* que discurre en paralelo con una concepción mecanicista de la naturaleza. Este antagonismo queda planteado en el esquema típico para la justificación del poder: *el binomio estado de naturaleza-estado de sociedad*. Para los modernos, la historia humana puede entenderse como el tránsito de la naturaleza a la cultura, del instinto a la razón, del individuo a la sociedad. En virtud de tal explicación, los pares mencionados son entendidos en radical oposición: el caos de la naturaleza frente al orden cultural, la particularidad sensible frente al universalismo abstracto de la razón, el egoísmo individual frente a la solidaridad política. En el plano concreto de la teoría política, ello *supone el abandono del viejo principio de la sociabilidad natural*. El hombre no debe ser entendido en adelante como ‘animal político’, sino como individuo soberano. La situación y condición humanas (lo que aquí hemos llamado su contexto social) no entran ya en la definición del hombre, sino a la manera de un añadido externo y circunstancial. El individuo es indiferente al lugar social. No es extraño que la moderna filosofía política haga del conflicto (natural) y no de la armonía social su punto de partida. Este planteamiento concuerda con la visión mecanicista de la naturaleza. La política es huida de la condición natural”¹⁴.

El hombre ya no es considerado un *zoom polytykon* (ARISTÓTELES), sino que conforme a esta visión mecanicista de la naturaleza

¹³ GARCÍA HUIDOBRO, *Simpatía por la política*, p. 53.

¹⁴ INNERARITY, *Dialéctica de la modernidad*, p. 30.

(que la reduce solamente a sus causas materiales y eficientes, negando la formalidad y finalidad del orden natural), es considerado un individuo naturalmente aislado que solamente se junta con los demás individuos aislados para escapar de esa limitada condición natural, evitando los riesgos vitales y garantizando los derechos individuales a través del pacto, fruto de la autonomía de la voluntad.

Es aquí justamente donde encontramos *la clave de la cuestión*, en un viraje del objetivismo ético-político-jurídico a un subjetivismo, en un viraje de una concepción armónica de la comunidad a otra basada en el conflicto de partes. En este plano se produce la sustitución del concepto con fundamento *in re* de esencia o naturaleza humana (*natura hominis*), por la moderna noción ficta de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder, como sucede en HOBBS o en ROUSSEAU. Cabe aclarar que, en el caso de LOCKE, pretende armonizar ambas¹⁵. En este cambio de perspectiva encontramos la cuna del individualismo ético, político, jurídico y económico que es coronado en el origen del estado social (como sucedáneo del estado individual) como fruto del contrato o pacto social resultante del principio de autonomía de la voluntad. Como contrapartida del individualismo surgen los colectivismos o totalitarismos de distinto signo ideológico, como los que proliferaron en el pasado siglo, que reconociendo la misma raíz en el atomismo de los individuos consideran a estos como piezas o engranajes de un sujeto colectivo representado por el Estado al que le reconocen personalidad como una unidad sustancial (como si fuera un ser en sí) y no de orden como veíamos en ARISTÓTELES. La concepción clásica se opone tanto al individualismo como al colectivismo o totalitarismo.

Volviendo a la versión actual de Estado constitucional de derecho, constituirían los principios de racionalidad y eticidad o ejes del nuevo paradigma: 1) los *derechos humanos* constitucionalizados e internacionalizados directamente operativos por encima de las leyes y aplicados por los jueces; 2) la *democracia* entendida especialmente como *procedimental*, abarcativa de los *procedimientos* jurídico-políticos que establecen la forma de las decisiones normativas constitucionales y legales; 3) habría que agregar en el plano judicial la decisión conforme a derecho en el marco del debido proceso. Para

¹⁵ LEOCATA, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", en ALTERINI [et. al], *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, p. XX a XX.

algunos autores como FERRAJOLI los derechos humanos constituyen una instancia de *democracia sustancial* que como esfera de *lo indecidible* (al estar decidido en la instancia constituyente) tiene prioridad sobre la democracia formal o procedimental en el plano de los poderes constituidos¹⁶.

Ahora bien, por un lado podemos señalar que la inclusión de contenidos sustanciales es superador del puro formalismo anterior, como también resaltar la importancia que tienen en el sistema los jueces como intérpretes naturales de la Constitución y las leyes; pero por otro lado, en este último punto existe el peligro de la extralimitación de algunos jueces (no todos) llamados o conocidos como “activistas”, que por medio de normas particulares (como son los fallos) y amparados en la textura abierta de los principios o normas constitucionales directamente operativas (derechos humanos), en algunos casos interpretan libremente el derecho y “crean” la norma *ex post factum*, “a piacere” de sus preferencias ideológicas o de lo que consideran “políticamente correcto”, aunque no sea justo o conforme a derecho. De esta manera, el riesgo es modificar el Estado de derecho pasando de un *gobierno de la ley o de la Constitución* como norma general según el caso, a un *gobierno de los jueces* (como una nueva versión de la supremacía del gobierno de los hombres sobre el gobierno de la ley).

Respecto al primer eje de los *derechos humanos*, autores neoconstitucionalistas como DWORKIN, ALEX, HABERMAS, ZAGREBELZKY o el mencionado FERRAJOLI, entre otros (utilizando la categoría neoconstitucionalista en sentido muy amplio, incluso algunos niegan serlo), tienen dificultades para la justificación o fundamentación de los derechos humanos entendidos como principios. Mayoritariamente apelan al consenso, que es bueno que exista para la concreción de los derechos en el espacio y en el tiempo, pero que no puede ser su fundamento último porque constituye una justificación o fundamentación débil y revocable por la misma vía (no tengo tiempo, ni es mi objeto analizar cada una de estas posturas). Por eso sin adherir al neoconstitucionalismo como teoría, voy a referirme en clave iusnaturalista clásica al Estado constitucional de derecho como sistema jurídico-político actualmente vigente (porque una cosa es la realidad del sistema y otra son las teorías que tratan de explicarlo, por lo que no es necesario ser neoconstitucionalista para hablar del Estado constitucional de derecho actual). Para que no quede lugar a equívocos

¹⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, p. 80.

desde esta perspectiva iusnaturalista clásica hay que decir, en primer lugar que los *derechos humanos* existen (lo mismo que sus correlativos deberes). En segundo lugar, que existen, no con una mera existencia contingente como sería para quienes los consideran como un producto histórico en una época determinada, o resultado del mero consenso como señalé anteriormente, sino como una dimensión esencial del ser humano. Y en tercer lugar, que como tales deben ser reconocidos y protegidos por el Estado y el ordenamiento jurídico. Ahora bien, luego de señalar con firmeza esto, hay que señalar también que *no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados* (caso contrario no tendría sentido plantearse el problema del fundamento de los derechos humanos). O en todo caso solo pueden ser fundantes y por tanto considerarse principios del obrar humano posterior, en la medida que se fundan en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico) y política del hombre en virtud del principio que dice que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*).

Derechos (y deberes) que no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad, por eso una de las notas esenciales del derecho y de los derechos y deberes es su referencia a otro (alteridad). Tanto al otro entendido como particular, como al otro entendido como común (el Estado). En este sentido, *los derechos son dimensiones de la justicia distributiva* (según la tradicional división de la justicia de ARISTÓTELES) que el Estado debe reconocer y garantizar a cada una de las partes (personas y comunidades menores) que lo integran, que como contrapartida tienen las obligaciones de justicia legal con la comunidad política. Ambas (justicia distributiva y legal) con norte en el bien común.

Lo mismo sucede con el segundo eje de los *procedimientos*, que tampoco son en sí mismo fundantes, dado que el solo y mero procedimiento no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material (como son justamente los derechos humanos) lo que constituiría un típico caso de *falacia procedimentalista*, como sostiene KAUFMANN, al referirse a autores como RAWLS o HABERMAS, al que podemos agregar a FERRAJOLI¹⁷, sino que más bien estos procedimientos (que también son importantes y hay que valorar y no menospreciar) son válidos en tanto y en cuanto se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar en sus

¹⁷ KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, p. 48.

distintas manifestaciones (general y particular) y en su diferente origen (natural y convencional) en orden al bien común. Principios de justicia que también se apoyan en la misma naturaleza racional y política del hombre. Caso contrario tendríamos un Estado de derecho puramente formal pero vacío de contenido de justicia y ordenación al bien común.

Tampoco puede ser la *fuerza* el fundamento último del poder, del Estado, del derecho y de los derechos (puede ser un hecho pero no un criterio de justificación). Porque si fuera así, como decía SAN AGUSTÍN: “Desterrada la justicia ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios? Y estos ¿qué son sino pequeños reinos?”¹⁸, afirmación realizada en la *Ciudad de Dios* cuando cita la respuesta del pirata a Alejandro Magno, al que le dice que por sobresaltar el mar con un barco a mí me llaman pirata, mientras que a ti por hacerlo con una flota te llaman emperador. Esta dicotomía entre el poder como dominación del más fuerte por una parte y como servicio a la justicia y al bien común por otra, la encontramos ya en el diálogo de SÓCRATES con Trasimaco que PLATÓN refleja en el Libro I de la República, o en el mencionado alegato de ANTÍGONA frente al Tirano Creonte, donde PLATÓN y SÓFOCLES muestran la superioridad moral de la concepción de SÓCRATES y ANTÍGONA sobre las de Trasimaco y Creonte.

En suma, para ir terminando vuelvo a referirme a BOBBIO: “Los criterios con los que el buen gobierno se ha distinguido del mal gobierno son, sobre todo, dos: el gobierno para el bien común, distinguido del gobierno para el bien propio; el gobierno según leyes establecidas –ya se trate de leyes naturales o divinas–, o bien las normas de la costumbre o las leyes positivas promulgadas por los predecesores y que se han convertido en consuetudinarias del país, distinguido del gobierno arbitrario, cuyas decisiones son tomadas cada vez fuera de toda regla preconstituida”¹⁹.

§ 5. *A MODO DE CONCLUSIÓN*

Como dice OLGUATI: “En pocas palabras: también para el concepto de derecho, como para cualquier otro concepto es preciso mirar al ser y a sus leyes racionales. La politicidad es una de esas leyes, que

¹⁸ SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, p. XX.

¹⁹ BOBBIO, *El futuro de la democracia*, p. 170.

proceden de la intrínseca naturaleza del ser humano. Ahora bien, si el Estado procede *ex ipsa natura hominis*, lo esencialmente necesario para realizar dicha finalidad, que es el Estado, brotará también de las íntimas exigencias, de la misma naturaleza del hombre. El derecho, por tanto, está en función de la politicidad”²⁰. Por eso, en esta vinculación entre Estado y derecho no es el derecho el que surge del Estado (como sería solamente en el caso del derecho positivo de origen estatal), ni es el Estado el que existe como consecuencia del derecho (pues incluso el derecho o lo justo natural no es prepolítico, pues se da en el marco del Estado o de lo justo político como vimos en ARISTÓTELES), sino que ambos, el Estado y el derecho, la politicidad y la juridicidad son dimensiones que expresan simultáneamente la misma naturaleza del hombre (política y jurídica porque es racional) y en ella se fundamentan. Y justamente es el bien común como fin último, tanto de la política como del derecho, el criterio final que vincula ambas dimensiones y justifica tanto *la politicidad del derecho como la juridicidad de la política*.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L V, 12.

— *Política*, 1286a.

AYUSO, MIGUEL, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

BOBBIO, NORBERTO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, México, FCE, 2010.

— *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2001.

FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

FIORAVANTI, MAURICIO, *El Estado moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

GARCÍA HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Simpatía por la política*, Santiago de Chile, Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, 2007.

INNERARITY, DANIEL, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1989.

KAUFMANN, ARTHUR, *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Themis, 1998.

LEOCATA, FRANCISCO, “Las ideas iusfilosóficas de la ilustración”, en ALTERINI, JORGE [et al], *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003.

MAQUIAVELO, *El Príncipe*, Buenos Aires, Biblos, 2003.

MEDRANO, JOSÉ MARÍA, *Para una teoría general de la política*, Buenos Aires, Educa, 2012.

²⁰ OLGIATI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, p. 230.

OLGIATI, FRANCESCO, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977.

PLATÓN, *Las leyes*, 715d.

SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, libro IV, capítulo 4.

WEBER, MAX, "Política y ciencia", en *Obras selectas*, Max Weber, Buenos Aires, Distal, 2010.

LÓGICA JURÍDICA Y SU DENOMINACIÓN: UNA CRÍTICA AL PLANTEO COSSIANO

HUGO JOSÉ FRANCISCO VELÁZQUEZ*

Resumen. El presente artículo tiene como objeto mostrar que la indistinción entre las expresiones “lógica jurídica”, “lógica deóntica” y “lógica normativa” constituye un gran desacierto, pues, tal confusión provoca graves malentendidos entre lógicos y juristas, lo cual impide fecundos encuentros entre ambos campos disciplinares. Este modo de concebir dichas denominaciones fue sostenido por CARLOS COSSIO, filósofo del derecho argentino, fundador de la Escuela Ecológica del Derecho. En tal sentido, tomando como punto de partida el análisis del planteamiento cossiano y sus problemas, se pretende proponer una solución razonable a la cuestión de la denominación de la lógica jurídica teniendo en cuenta algunos de los más importantes desarrollos y contribuciones en este campo particular.

Palabras clave: lógica jurídica, denominación, Carlos Cossio, críticas, indistinción.

LEGAL LOGIC AND HIS DENOMINATION: A CRITIQUE TO THE COSSIAN APPROACH

Abstract. This article aims to show that the undistinction between the expressions “legal logic”, “deontic logic” and “normative logic” constitute an important mistake, since, such a confusion cause serious misunderstandings between logicians and jurists, which impedes fecund meetings between both disciplinary

* Becario doctoral general, Conicet. Instituto de Epistemología, Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Auxiliar docente graduado en Ética, Facultad de Filosofía y Letras, UNT. Aspirante a la docencia en Filosofía del Derecho Cat. B, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNT. Correo electrónico: hugovelazq@hotmail.com.

fields. This way of conceiving the above-mentioned denominations was sustained by CARLOS COSSIO, argentinian philosopher-of-law, founder of the Egological School of Law. In this sense, taking as starting point the analysis of the cossian approach and its problems, it is tried to propose a reasonable solution to the question of the legallogic's denomination considering some of the most important developments and contributions in this particular field.

Keywords: legal logic, denomination, Carlos Cossio, critics, undistinction.

LÓGICA JURÍDICA E SUA DENOMINAÇÃO: UMA CRÍTICA À PROPOSTA COSSIANA

Resumo. O objetivo deste artigo é mostrar que a distinção entre as expressões “lógica jurídica”, “lógica deôntica” e “lógica normativa” constitui um grande erro, já que tal confusão causa sérios equívocos entre lógicos e juristas, o que impede encontros fértil entre as duas disciplinas. Esse modo de conceber essas denominações foi sustentado por CARLOS COSSIO, filósofo do direito argentino, fundador da Escola Ecológica de Direito. Nesse sentido, tomando como ponto de partida a análise da abordagem cossiana e seus problemas, nós tentamos propor uma solução razoável para a questão da denominação da lógica jurídica, atendendo a alguns dos desenvolvimentos e contribuições mais importantes neste campo particular.

Palavras-chave: lógica jurídica, denominação, Carlos Cossio, crítica, indistinção.

§ 1. *INTRODUCCIÓN*

Sin lugar a duda, la aplicación de la lógica al campo del derecho ha constituido desde los albores de la modernidad, incluso con anterioridad, una cuestión de suma importancia para la filosofía del derecho. Tal interés responde al hecho de que la gran mayoría de los juristas, por no decir todos, concibieron al derecho como un conjunto de normas entre las cuales mediaban estrictas relaciones lógico-inferenciales que conferían al mismo coherencia, sistematicidad y unicidad. De ahí que el desarrollo de una lógica propiamente jurídica se convirtió en una exigencia indispensable, si lo que se pretendía era garantizar la validez y consistencia del sistema.

Dejando de lado estas referencias generales, resulta preciso señalar que ha devenido un lugar común, preocupantemente en ámbitos jurídico-académicos, tratar de forma indistinta las expresiones “lógica jurídica”, “lógica deóntica” y “lógica de normas”. En otros términos, tales formulaciones han sido tomadas, en contextos jurídicos, como si fuesen equivalentes y, por ende, intercambiables. Sin embargo, ¿son la lógica jurídica, la lógica deóntica y la lógica de normas lo mismo? ¿Acaso pueden considerarse expresiones sinónimas sin más o, por el contrario, entrañan alguna diferencia técnica apreciable que permita distinguirlas?

Si bien tal indistinción puede rastrearse desde el iusnaturalismo moderno y demás corrientes iusfilosóficas subsiguientes que no problematizan sobre las relaciones entre lógica y derecho (iuspositivismo decimonónico, silogística tradicional, neokantismo jurídico, entre otras), es posible hallar en CARLOS COSSIO y su escuela egológica del derecho uno de los máximos exponentes a nivel nacional de dicha tesitura. En efecto, la doctrina cossiana pregonaba que tanto “lógica normativa”, “lógica deóntica”, “lógica jurídica” y “lógica del deber ser” son términos equivalentes cuyos significados aluden a una lógica interna que da cuenta de la peculiaridad de todo fenómeno jurídico, la cual surgió como producto de la sustitución de la cópula proposicional del verbo *ser* por la copulación del verbo *deber-ser*¹. COSSIO atribuyó tal descubrimiento al célebre filósofo del derecho HANS KELSEN, quien tomó como punto de partida, a su vez, la distinción entre el ámbito de la naturaleza, regido por la causalidad, y el jurídico, regido por la libertad y la imputación, distinción que puede remontarse hasta KANT².

§ 2. **LA LÓGICA DEL DEBER SER**

No obstante, el señalamiento de una equivalencia entre aquellas denominaciones sostiene que existen algunas diferencias en cuanto a la precisión terminológica de ellas. A este respecto, la que ostenta mayor exactitud léxica –indica COSSIO– es la expresión “Lógica del deber ser”, en razón de su mayor capacidad connotativa, que evita equívocos poniendo de manifiesto con claridad la distinción

¹ COSSIO, *Lógica jurídica y su denominación*, “Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM”, n° 87-88, p. 447 y 448.

² KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 23.

entre el ámbito del deber ser –al cual hace referencia– y el ámbito del ser. Luego, afirma que la expresión que le sigue en menor grado de connotación es la de “Lógica normativa”, pues solamente abarca el deber ser lógico dejando de lado el deber ser existencial (o praxiológico) que la fórmula anterior incluye. Finalmente, sostiene que la designación menos conveniente es la de “Lógica deóntica”, ya que etimológicamente proviene del término “deontología” que acuñó BENTHAM para aludir a la ciencia de lo conveniente, basada en la premisa de que lo bueno consiste en producir placer y evitar el sufrimiento, doctrina moral que –por cierto– deja de lado el concepto de deber. El empleo de la expresión, nos advierte COSSIO, responde a un uso arbitrario por parte de VON WRIGHT pero que, sin embargo, fue receptado por la academia debido a los grandes avances que aportó a la joven disciplina³.

Sin embargo, tales consideraciones nos parecen poco satisfactorias debido a las siguientes razones: 1) estas devienen en superficiales, debido a que se limitan a introducir precisiones que no permiten diferenciar de manera sustancial las distintas expresiones y, por tanto, no zanján el problema de confusión generado por ellas; 2) a su vez, tales consideraciones carecen de sentido, pues, al partirse de la sinonimia, toda diferenciación posterior no responde a ninguna finalidad particular, es decir, tales precisiones no permiten ni confirmar ni rebatir el punto de partida, son un completo sin sentido; 3) algunos de estos miramientos responden a cuestiones etimológicas, lo cual puede resultar enriquecedor, pero no constituye un argumento de peso para adherir a la equivalencia de las expresiones ni para postular su diferenciación. En efecto, empleando la etimología podría, igualmente, legitimarse la expresión “lógica deóntica” como la más adecuada ya que proviene de la expresión griega que alude a “lo debido” o a “el deber”, y 4) por último, dicho planteamiento se basa casi exclusivamente en elementos de la teoría egológica desconociendo enteramente los usos actuales de dichas expresiones. Como relata VERNENGO, hasta 1950 COSSIO sostenía que la lógica jurídica formal era lisa y llanamente la teoría pura del derecho de Kelsen, luego de esa fecha se plegó hacia una lógica jurídica de raigambre husserliana, para luego arribar –en la década del 70– a una postura semejante a la de RECASÉNS-SICHES denominada lógica de lo ra-

³ COSSIO, *Lógica jurídica y su denominación*, “Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM”, n° 87-88, p. 469 y 470.

zonable⁴. A grandes rasgos, esta última postura sostiene que no es posible aplicar la moderna lógica matemática a los asuntos humanos de índole práctica –como los concernientes al derecho–, por lo tanto, para resolver casos jurídicos o cuestiones relativas a las conductas humanas en general –que siempre suponen intereses–, es necesario aplicar una lógica de lo razonable consistente en recurrir a criterios de interpretación y ponderación considerando todas las circunstancias del caso y los argumentos de los interesados para resolver de la manera más razonable y justa la situación social planteada. Así, tal postura distingue entre una lógica formal del derecho y una lógica material del derecho. La formal se identifica con la formulación y análisis de los conceptos jurídicos *a priori*, en tanto condiciones de posibilidad de todo conocimiento jurídico; mientras que la lógica material se identifica con la lógica razonable antes mencionada⁵. Como cabe apreciar, lo que Cossio entiende, en sus diversas posturas, por “lógica jurídica” o “lógica deóntica” –teniendo en cuenta que para él ambas expresiones son sinónimas, aunque con diferencias no esenciales–, dista mucho de los usos actuales empleados por la literatura especializada, tal como pregonaba VERNENGO. En suma, debido a que las precisiones cossianas nos parecen poco satisfactorias, y dado que la literatura actual no se ha puesto, al menos explícitamente, de acuerdo sobre tales denominaciones, será preciso proponer alguna solución a este problema.

§ 3. **NUESTRA RESPUESTA**

Para su elaboración partiremos de la distinción aristotélica entre razonamientos analíticos –pertenecientes a la teoría de la demostración– y razonamientos dialécticos –pertenecientes a la teoría de la argumentación–. Esta última distinción es retomada por PERELMAN en el *Imperio retórico* para subsanar el error de PETRUS RAMUS (ampliación indebida de la dialéctica al punto de desconocer ambas dimensiones) y construir su *nueva retórica*, cuyo objeto de estudio consiste en el discurso no demostrativo (argumentativo) que busca persuadir o convencer a cualquier auditorio sobre la materia de que se trate⁶.

⁴ VERNENGO, *Derecho y lógica: un balance provisorio*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° 4, p. 305 y 306.

⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, *Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° 18, p. 584 a 589.

⁶ Por otra parte, PERELMAN nos dice que la lógica moderna cometió el error inverso al de RAMUS, dado que realizó una restricción indebida al identificar a la ló-

Así, tomando en cuenta esta distinción –que nace con ARISTÓTELES– y redefiniendo nuestro concepto de lógica de una manera más laxa, como estudio de los razonamientos en general, se puede, a su vez, señalar dos ámbitos bien delimitados dentro de él, a saber: el de la lógica formal y el de la lógica informal. El primero se corresponde con el estudio del razonamiento desde un punto de vista formal: aquí los signos están desprovistos de ambigüedad (empleo de lenguaje simbólico) e interesan las inferencias deductivas válidas, es decir, que la finalidad de la lógica formal consiste en verificar que la conclusión se siga correctamente de las premisas. De este modo, la lógica formal puede fácilmente identificarse con la teoría de la demostración. El segundo ámbito –el de la lógica informal– se identifica con la teoría de la argumentación, lo que antiguamente suponía la dialéctica y la retórica, cuya única diferencia era el tipo de auditorio al que se dirigía⁷. En este ámbito se emplea el lenguaje natural, los principios de los que se parte pueden discutirse puesto que son verosímiles (diferente a lo que ocurre con los axiomas), la finalidad consiste en persuadir a un auditorio determinado y muchas veces se busca incitar a la acción⁸.

De este modo, podemos aplicar mediante analogía tal clasificación de la lógica en general para solucionar nuestro problema respecto a las denominaciones en torno a la lógica jurídica, con la finalidad de ganar mayor precisión técnica y evitar posibles equívocos. Siguiendo este orden de ideas, así como hay una lógica general respecto de la cual puede desprenderse una lógica formal deductiva cuyo fin es garantizar la validez de la inferencia, y una lógica informal que versa sobre argumentaciones incompletas o no deductivas expresadas en lenguaje natural, así también podría considerarse que la lógica jurídica puede subdividirse, por una parte, en lógica deóntica (lógica jurídica formal) y, por otra, en argumentación jurídica (lógica jurídica informal). De esta manera, la lógica jurídica versaría sobre el razonamiento jurídico en general, la lógica deóntica sobre las inferencias deductivo-formales entre enunciados prescriptivos o normas, y la ar-

gica con la lógica formal matemática, y puesto que no solo razonamos cuando calculamos sino también cuando argumentamos, la lógica debe concebirse como el estudio del razonamiento bajo todas sus formas (Véase PERELMAN, *El imperio retórico*, p. 19 a 27).

⁷ PERELMAN, *El imperio retórico*, p. 23.

⁸ PERELMAN, *El imperio retórico*, p. 29 a 32; MARAFIOTI, *Los patrones de la argumentación*, p. 31 a 39.

gumentación jurídica sobre los razonamientos jurídicos no formales, incompletos o no deductivos de los juristas, así como también sobre los principios interpretativos que estos emplean en su quehacer cotidiano (como las presunciones, las ficciones, prescripciones, principios valorativos, etc., fijados por la ley, los cuales implican aspectos extra-lógicos)⁹.

No obstante, si bien esta propuesta parece ser más esquemática otorgando mayor exactitud y evitando así la posibilidad de equívocos, ella adolece de un grave problema. En efecto, como dijimos, la lógica deóntica sería aquella rama de la lógica jurídica que estudia las relaciones inferenciales entre normas o enunciados normativos desde un punto de vista formal. Sin embargo, no todas las normas son jurídicas, existen también normas morales, normas técnicas, etc., por lo que la lógica deóntica rebasaría el ámbito de la lógica jurídica, circunscripto únicamente a las normas jurídicas, y de ningún modo podría de ser una rama de esta última.

Una potencial respuesta para salvar la situación, consistiría en decir que la lógica deóntica –que constituye una rama de la lógica jurídica– se refiere exclusivamente a aquella parte de la lógica deóntica que se aplica a las normas jurídicas, es decir, la lógica jurídica no tomaría como rama suya a la lógica deóntica en su totalidad, sino solo a la parte de ella que versa sobre las normas jurídicas en particular. Otra réplica posible radica en sostener que la lógica deóntica no hace diferencia entre los distintos tipos de normas, pues, en definitiva, estudia las relaciones inferenciales entre normas en general. A lo sumo, las que deben considerar tales diferencias son las lógicas aplicadas (lógica jurídica, lógica moral, etc.), es decir, son estas las que deben señalarle a la deóntica el camino a seguir en sus respectivos ámbitos de incumbencia, los cuales, estarán delimitados por el tipo de normas de que se trate.

A pesar de tales objeciones, creemos que nuestra propuesta puede arrojar algo de luz al problema de la confusión entre lógica jurídica y lógica deóntica. Problema que no carece de relevancia como puede parecer a primera vista. La razón radica en los graves mal-entendidos que frecuentemente tienen lugar entre lógicos y juristas

⁹ En suma, la lógica jurídica es la parte de la lógica que estudia las operaciones intelectuales del jurista, así como los productos de tales procesos mentales (conceptos, definiciones, clasificaciones, juicios y raciocinios jurídicos) en tanto vinculadas no solo con la teoría sino con la práctica jurídica (KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, p. 146 a 148).

respecto de estas, lo cual evita encuentros fecundos entre ambas disciplinas. En efecto, cuando los juristas emplean el término “lógica”, tal término rara vez alude a la lógica simbólica o a alguna rama particular como la lógica deóntica –la que la mayoría de los lógicos practican– sino a la lógica jurídica, la cual reviste fundamental importancia para aquellos y que los lógicos casi desconocen absolutamente. En este sentido señala PERELMAN: “Un mejor conocimiento de la lógica formal por parte de los juristas y de la lógica jurídica por los lógicos, favorecerá a una comprensión mutua y facilitará una colaboración fructífera entre estas dos disciplinas”¹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- COSSIO, CARLOS, *Lógica jurídica y su denominación*, “Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de México”, n° 87-88, jul.-dic. 1972, p. 447 a 470.
- KALINOWSKI, GEORGES. *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, trad. J. CASAUBÓN, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, 3ª ed., trad. M. NILVE, Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n° 18, 1975, p. 565 a 594.
- MARAFIOTI, ROBERTO, *Los patrones de la argumentación. La argumentación en los clásicos y en el siglo xx*, Buenos Aires, Biblos, 2003.
- PERELMAN, CHAÏM, *El imperio retórico*, trad. A. GÓMEZ GIRALDO, Colombia, Norma, 1997.
- “Prólogo”, en KALINOWSKI GEORGES, *Introducción a la lógica jurídica*, 1ª ed., trad. J. CASAUBÓN, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- VERNENGO, ROBERTO, *Derecho y lógica: un balance provisorio*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n° 4, 1987, p. 303 a 329.

¹⁰ PERELMAN, “Prólogo”, en KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, p. X.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS CRÍTICAS DE JEREMY WALDRON A LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DE JOHN RAWLS

EDUARDO BARBAROSCH*

§ 1. INTRODUCCIÓN

En una de sus fundamentales obras titulada: *Law and disagreement*, el profesor JEREMY WALDRON controvierte con la concepción de la justicia de la no menos fundamental obra de JOHN RAWLS, estructurada, esta última, con el fin de formular los principios de justicia para una sociedad bien ordenada. RAWLS no considera que su teoría de la justicia tenga un alcance universal, sino que es aplicable a aquellas sociedades con una larga tradición democrática y constitucional. Tampoco su concepción de la justicia supone una concepción del bien, sino que lo es para la estructura básica de la sociedad. Lo que equivale a decir, para las principales instituciones que regulan la cooperación social. Presupone que en un sistema de ese tipo existen identidad de intereses y conflictos de intereses. Estos últimos son remediabiles por medio de las instituciones de la sociedad, que no son otra cosa que la constitución, las leyes, y la actividad jurisdiccional, a las que subyacen ciertos principios de justicia que formula en su teoría de la justicia.

Para RAWLS la justicia es la principal virtud de las instituciones sociales. En una sociedad injusta las instituciones deben ser abolidas, así como la verdad en la ciencia juega un papel principal, donde las teorías científicas refutadas deben ser desestimadas.

* Conferencia del autor en el marco de las XXXII Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho, "Derecho, política y moral", Universidad de Buenos Aires, 2018.

No puedo abundar mucho en la teoría de RAWLS, que de por sí es muy conocida, pero debo agregar que siendo una teoría deontológica, establece una prioridad de lo correcto sobre lo bueno. Afirma, además, que existen dos términos que tienen un papel esencial en ética que son lo correcto y lo bueno. Podemos así suponer que su intención en su concepción de la justicia apunta a lo correcto y no en particular a aquello que se entiende como el bien o lo bueno.

La corrección moral en RAWLS tiene un matiz contractualista. En ese sentido difiere del utilitarismo. Siguiendo a SCANLON se puede sostener que para juzgar la corrección de un acto o una institución legal o jurisdiccional debe considerarse si su ejecución o su realización estaría permitido o prohibido por un sistema de reglas dirigidas a una regulación general de conductas, las cuales no podrían ser razonablemente rechazadas sobre la base de un acuerdo informado y no llevado a cabo por la fuerza. En esto difiere del utilitarismo en donde lo correcto está subordinado a lo bueno y lo bueno es definido como aquello que maximiza la felicidad del mayor número de personas.

La elección de los principios de justicia son el resultado de un procedimiento llevado a cabo en una situación artificial, denominada la posición originaria y ello tras un velo de la ignorancia, que solo hace que los participantes desconozcan qué posición ocuparán en la sociedad vinculada a lo que se denomina la lotería natural y social. El velo cancela el egoísmo de aquellos que participen en la deliberación y por un procedimiento de justicia procesal pura, ellos arribarían a adoptar los principios de justicia que RAWLS formula.

Si uno analiza toda la obra de RAWLS se puede concluir que no define una concepción del bien, y se ha dicho, creo con cierto grado de razón, que su idea del bien es fina y no sustancial. Advierto en tal sentido que a nuestro autor no le place introducir algún término moral sustantivo como fundamento de la teoría que nos propone. Asume eso sí, que los individuos son inviolables y que ninguna concepción del bien o del bienestar de la sociedad debe vulnerar las libertades del primer principio. A las personas las considera como personas libres e iguales. En última instancia afirma en un famoso artículo que su teoría de la justicia como equidad es política, no metafísica, tratando así de separarse de los dualismos kantianos.

En “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, manifiesta que él trata de evitar pretensiones de verdad universal, o de la naturale-

za esencial e identidad de las personas, para centrarse en una concepción de la justicia para una democracia constitucional. En este sentido considera que en el pensamiento político y en el contexto de la discusión política, los ciudadanos no ven al orden social como un orden natural fijo, o como un orden jerárquico justificado por valores religiosos o valores aristocráticos. En lo que hace al tono de discusión que abre el profesor JEREMY WALDRON con la teoría de JOHN RAWLS y dada la extensión limitada de esta exposición considero importante centrarme en el primer principio de RAWLS que tiene una prioridad lexicográfica sobre el segundo.

§ 2. **LA CONTROVERSIA SOBRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN**

El primer principio de la teoría de la justicia atañe a lo que RAWLS denomina después esencias constitucionales. Son las libertades básicas iguales para todos los miembros de la cooperación social dentro de un esquema amplio y compatible con las libertades de los demás. Ese esquema amplio de libertades básicas contempla las denominadas libertades negativas y las libertades positivas. Estos dos tipos de libertades tienen una larga tradición que arranca con BENJAMÍN CONSTANT a lo que denomina la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos y prosigue su itinerario intelectual con ISAIAH BERLIN. En su sentido negativo la libertad consiste en aquella libertad que cada una de las personas gozan cuando otros no interfieren nuestras acciones. Ser libre supone entonces, un ámbito de libertad eximido de toda interferencia ilegítima, que como es social, requiere de la protección frente a la coacción restrictiva. La libertad positiva intenta responder a la idea de autonomía y más explícitamente se compadece con el deseo de cada uno de gobernarse por sí mismo o de participar en el proceso por el que ha de ser controlada la vida de cada uno de nosotros. *No estar libre de algo, sino ser libre para algo.*

De estos dos conceptos se pueden derivar conclusiones que a primera vista pueden no advertirse o que resultan al menos un poco extrañas. Es que *admiten una colisión práctica en la vida social. Las libertades negativas son las libertades civiles*, aquellas que resguardan nuestra vida privada en incluso nuestros intercambios que de todo tipo se dan en la cooperación social frente a la interferencia de terceros y del propio Estado. Las libertades positivas generan deberes positivos generalmente de parte del Estado para favorecer a los sectores rezagados de la sociedad. Pero existe una

libertad positiva que es muy relevante que es la libertad de participación política. La democracia está íntimamente ligada a la libertad positiva. La posibilidad de participar en el gobierno de la sociedad, ya sea elegir y ser elegido como representante del pueblo. La idea misma de democracia significa el gobierno del pueblo que por razones de número se hace por medio de representantes.

El proceso democrático luego de luchas y esfuerzos denodados adquirió características equitativas, donde cada ciudadano cualquiera fuere su género, salvo ciertas restricciones como la edad, etc., quedó habilitado para ejercer el derecho de voto. Cada persona habilitada contaba por uno y nada más que por uno y la ley de cupos avanzó en la equidad de oportunidades.

La colisión entre ambas libertades de la que hablaba genera la controversia entre democracia y constitución a la que pasaré a referirme.

§ 3. **LA DIGNIDAD DE LA LEGISLACIÓN. ¿UN CASO DE JUSTICIA PROCESAL PERFECTA?**

Para el profesor JEREMY WALDRON la libertad positiva o sea el autogobierno, es el paradigma de la democracia representativa con su carácter deliberativo. En tanto tal, su producto legislativo tiene una *especial dignidad*. La libertad positiva es el “derecho de los derechos” y, por ende, adquiere una superioridad frente a las libertades negativas que fundaron la creación de cartas de derechos.

Las cartas de derechos tienen su origen, entre otros motivos, en lo que se ha dado en llamar el “liberalismo del miedo” frente a la posible opresión de gobiernos mayoritarios contra las minorías e incluso contra los individuos en particular a los que la concepción RAWLSIANA los considera inviolables.

La defensa de las libertades negativas en principio ha sido confiada en última instancia a las cortes judiciales. Autores como es el caso del profesor WALDRON, consideran que constituye un poder contra-mayoritario. Pues una mayoría de jueces supremos puede dejar sin efecto las decisiones de la voluntad mayoritaria del pueblo. Lo que para este autor afecta la soberanía popular¹ y la dignidad de las

¹ La noción de soberanía popular parte de una visión subjetivista del mundo político, una decisión tomada por una mayoría se transforma mediante un proce-

personas que han elegido democráticamente a los legisladores de manera directa. En tanto, los jueces no responden estrictamente a la decisión de la voluntad popular representada por los legisladores.

Como he adelantado, uno de los rasgos que presume el profesor WALDRON como característico de la democracia es un valor que parece ser *sustantivo* que es la *dignidad*. En este sentido la democracia no tendría un valor instrumental y su desarrollo, si se respetaran las reglas del procedimiento, podría concebirse en términos de RAWLS, de justicia procesal perfecta. Pues habría un valor sustantivo previo que acompañaría al proceso democrático que es justamente la dignidad. Quizás una virtud que nos garantiza en un alto grado el resultado digno frente a los desacuerdos que imperan sobre los derechos en todas las sociedades plurales. De ahí que el propio WALDRON nos hable de *circunstancias de la política*, modificando así lo que RAWLS llamara *circunstancias de la justicia*.

En una de sus obras principales *Law and disagreement*, el profesor WALDRON reitera su confianza en lo que denomina la *dignidad de la legislación* que le confiere a esta *autoridad y pretensión de respeto*. Sigue diciendo en este sentido: “Nuestro respeto por la legislación es en parte el tributo que debemos pagar por el logro de la acción colectiva, concertada, cooperativa o coordinada en las circunstancias de la vida moderna”.

En su obra *The dignity of legislation*, el profesor WALDRON afirma: “En este volumen trataré de recuperar e iluminar formas de pensar acerca de la legislación que en el presente es una forma dignificada de gobernar y una respetable fuente del derecho. Yo quiero que veamos al proceso legislativo en su mejor luz, y es como sigue: los representantes de la comunidad vienen juntos para establecer solemnemente y de manera explícita esquemas comunes y medidas que pueden establecerse en nombre de ellos y la hacen en un abierto reconocimiento y respeto (sin engaño) sobre las inevitables diferencias de opinión y principios entre ellos. Es la clave del entendimiento de la legislación que yo quiero cultivar”.

Resultaría muy extenso extenderme sobre la mayoría de los destacables argumentos del profesor WALDRON. Aunque seguirán otros,

so de pensamiento metafísico en el algo objetivo e independiente de la conciencia de los individuos. En el ámbito interno de las organizaciones estatales ha servido como un medio de opresión de la población y en el externo para desconocer las reglas del derecho internacional.

un poco más adelante. Admito que no me resulta clara la premisa valorativa de la que parte. Esto es, la de la dignidad de la persona humana y como su derivado la de la legislación. No creo que el profesor desde el punto de vista metaético participe de la tesis del realismo moral. Por lo menos así aparece en uno de sus capítulos de *Law and disagreement*. Hay dificultades en pensar que las personas poseen una dignidad intrínseca similar a lo que sería un hecho moral. Entiendo que tanto la dignidad humana, como la autonomía moral son invenciones, la última de neto corte kantiano y no un descubrimiento ontológico. Por eso en este sentido, RAWLS sostuvo en sus últimas definiciones de su propia teoría del liberalismo político que había que considerar a las personas como seres *libres e iguales*, en tanto esa era una de las primeras intuiciones para fundar su teoría de la justicia.

Si no entiendo mal al profesor WALDRON, la democracia junto con el proceso legislativo que la acompaña, no solo confieren dignidad a la legislación, sino que hacen irrelevantes a las *cartas de derechos*. El liberalismo del miedo debería confiar en la dignidad de la legislación, que con el voto mayoritario podría garantizar democráticamente los derechos de los ciudadanos. A su vez, las minorías deberían confiar cuando hay desacuerdos en torno a los derechos en el voto de las mayorías y conservar la lealtad a las decisiones como opositores a ellas.

En su obra *Political, political theory*, nuestro autor refuerza sus argumentos en torno a reemplazar la idea de RAWLS sobre las *circunstancias de la justicia*, para insistir en las *circunstancias de la política*, que él nos propone, como una instancia más adecuada. Atento a la realidad de los desacuerdos sobre los derechos y las cargas que los ciudadanos soportan como consecuencia de la legislación, que en muchos casos no solo crea derechos sino que impone restricciones y deberes.

No puedo dejar de pensar que WALDRON aunque trata de esquivar una teoría ideal, como puede suponerse que en gran parte podría acontecer con la teoría de RAWLS, sin embargo, recae en un idealismo valorativo. Pero con dificultad, pues ello deviene de principios morales que en cierta medida, a mi entender, se convierten en una *teoría de la justicia para la democracia y la legislación*, mientras que la de RAWLS, solo lo era para la justicia de la estructura básica de la sociedad democrática. Esto es, para las principales instituciones de la sociedad. De ahí que la teoría de RAWLS contiene una con-

cepción débil de bien, y no una fuerte como las visiones comunitarias que lo contradicen.

Si la democracia como gobierno de la mayoría tiene una dignidad que le es propia, y la legislación no requiere un escrutinio más allá de su resultado, entonces, sería posible pensar a las leyes como no contradictorias con las cartas de derechos, de forma que estas podrían dejar de existir sin pérdida alguna. ¿Cuál es la razón, entonces, para formular principios para la legislación como lo hace el profesor WALDRON? ¿Dónde estarían incorporados, ¿acaso en una carta suprallegal con precondiciones para la legislación. ¿Y qué recurso existiría si esos principios no son respetados por el legislador? ¿Sería este momento en el que jugaría un papel el recurso de revisión judicial débil?

El profesor nos propone siete principios que garantizarían el “*debido proceso legislativo*”. Pienso que esto tiene una cierta analogía con el debido proceso judicial. ¿Acaso nos propone el profesor Waldron, transmitir que así el legislador se transforma en un juez imparcial de su propia legislación, sin que ello implique vulnerar de ninguna manera los derechos esenciales? Las circunstancias de la política que son los desacuerdos en una sociedad pluralista, requieren, para el distinguido profesor, de principios que paso a detallar: *a)* el derecho cuando es creado o cambiado por ley *debe ser explícito*. En este sentido afirma que no es así cuando el cambio es por la vía judicial, pues lo es en forma oblicua. Se oculta esa creación o cambio en la decisión judicial de los tribunales que apelan a cláusulas constitucionales; *b)* *el deber de cuidado*, cuando se legisla en vista de la importancia del derecho, de los intereses y las libertades que están en juego; *c)* *el principio de representación*, que requiere que el derecho cuando sea creado, debe serlo en un foro que le dé voz a todos aquellos que hayan reunido información sobre todas las opiniones e intereses de la sociedad; *d)* el principio de respeto por los desacuerdos y concomitante el de la lealtad de la oposición; *e)* el principio de *formalidad legislativa*, lo que significa el derecho a un debate estructurado, enfocado en los textos con propósitos legislativos bajo consideración, y *f)* el principio de igualdad política en las decisiones y respeto a la regla de la mayoría. Me remito a lo que sostuve anteriormente: estamos ante una concepción fundada en principios para un aspecto limitado de las instituciones que es la legislación y sus consecuencias. Si funcionara dentro de lo que RAWLS denominara justicia procesal perfecta, algo hartamente imposible, el recurso de revisión judicial sería innecesario.

§ 4. ***SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y REVISIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES***

¿Cómo juega el recurso de revisión judicial de las leyes y cuál es la razón que lo motiva? El ejercicio de lo que RAWLS denominara la razón pública, exige una serie de requisitos: a) jueces idóneos y competentes; b) que estén en condiciones de poner en suspenso sus prejuicios e ideologías, y c) tener en cuenta que a pesar de que ellas pueden tener un peso inconsciente en sus razonamientos, deben someterse a las evidencias fácticas y superar lo que el mismo autor llamara las cargas del juicio. Lo que presupone que cuando se debe fundar una resolución judicial, el decisorio supera las meras preferencias y los coloca en un lugar de razonamiento que confluye en primer lugar teniendo en cuenta el significado de la prescripción normativa aplicable. No diré más sobre este último tema porque es ajeno al contenido del trabajo y se corresponde con el problema de la aplicación del derecho.

Creo que lleva la razón RAWLS, cuando señala claramente que una teoría de la justicia entraña lo razonable y finalmente la reciprocidad. La función judicial por el contrario permanece con el ejercicio de la razón pública en el ámbito de la imparcialidad y la revisión judicial de las leyes debe existir cuando el poco cuidado del legislador o inexplicables decisiones provocan un apartamiento de los derechos constitucionales. No descarto las nuevas formas del constitucionalismo dialógico, pero no es el tema de esta ponencia.

Finalmente, quiero reproducir una frase del abate Mably refiriéndose a ROUSSEAU: “puede ser mirado como el representante de un sistema que, conforme a las máximas de la libertad antigua, quiere que los ciudadanos estén enteramente sujetos para que la nación sea soberana y que el individuo sea esclavo, para que el pueblo sea libre”.

Concluyo que a pesar de los inteligentes argumentos vertidos en contra del recurso de revisión judicial de las leyes, este debe ser preservado y las libertades de los modernos tienen todavía mucho sentido. El ejemplo de lo que está ocurriendo hoy en día en países de Europa, Estados Unidos de América, e incluso en Latinoamérica, prueba que el principio de las libertades merece el atrincheramiento en las Constituciones nacionales. Pues los sectores populistas y nacionalistas ganan terreno cuando las cartas de derechos son consideradas como papel mojado, descartable mediante el discurso retórico

y artificios persuasivos, contrapuesto a la argumentación responsable con evidencias verdaderas y razonables. Como señalara RAWLS no importa el discurso sino la razón.

BIBLIOGRAFÍA

RAWLS, JOHN, *A theory of justice*, Revised Edition, 1999.

— *Justice as fairness. A Restatement*, 2001.

— *Collected Papers*.

WALDRON, JEREMY, *Derechos y desacuerdos*, 2005.

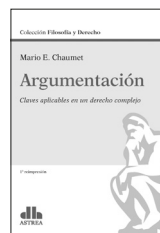
— *The dignity of legislation*, 1999.

— *Political political theory*, 2016.

RESEÑAS

LIBRO:

CHAUMET, MARIO E.,
Argumentación. Claves aplicables
en un derecho complejo
(Buenos Aires, Astrea, 2017)



ALFREDO FERNANDO RONCHETTI*

Todavía subsiste una cierta despreocupación en la filosofía del derecho por despertar el interés en la dogmática y en los operadores jurídicos; son pocas las escuelas que reivindican para sí la tarea de echar algo de luz al proceso de adjudicación judicial y encuentran en la argumentación un territorio en el que se resuelve esa disputa.

La obra que motiva este comentario es un bien logrado intento de comprender el *argumento* del derecho, quién lo escribe, para quién, para qué y por qué.

Un breve repaso de la trayectoria del autor nos encamina por la senda que va trazando en su libro. Estamos ante una obra que es producto de una acendrada elaboración, que consigue reunir una formación profunda, con la exhaustiva actualidad de las teorías de la argumentación.

MARIO EUGENIO CHAUMET es doctor en derecho y ciencias sociales por la Universidad Católica de Rosario. Se tituló de especialista en argumentación jurídica en la carrera que bajo la dirección del profesor MANUEL ATIENZA se dicta en la Universidad de Alicante. A más de profesor titular de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y profesor en la Maestría en Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; ejerce docencia en argu-

* Profesor titular de Introducción al Derecho y de Teoría del Derecho, y vicedirector del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

mentación jurídica en varias maestrías. Su praxis como juez de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, desde hace más de una década, y su experiencia como director del Centro de Capacitación Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe le otorgan el conocimiento de protagonista que le permite enriquecer sus reflexiones sobre la argumentación y la decisión en el mundo jurídico.

Al entender el autor que los cambios de paradigma provocan una crisis de los operadores jurídicos y en tanto “toda argumentación jurídica se realiza desde paradigmas de la argumentación y del derecho insertos en una comunidad jurídica”, desde la *Introducción* expone su hipótesis de que es indispensable instalarse desde un marco teórico que reconozca la complejidad.

“Ello implica –agrega– asumir una noción compleja tanto de la noción de argumentación como de la materia sobre la que se argumenta”. No obstante, plantea postergar la discusión de los presupuestos ontológicos, asumiendo como actitud metodológica la construcción del significado de los términos básicos de este estudio: complejidad, argumentación, derecho.

El desarrollo comienza con la argumentación en general y las teorías de la argumentación. Evidenciando la necesidad de adoptar decisiones teóricas, de establecer prioridades, su opción es la de distinguir dimensiones analíticas, dialécticas (o procedimentales) y retóricas, complementándolas con “un sustrato lingüístico”.

Estas regiones de la argumentación se desenvuelven en ciento treinta páginas de alto valor didáctico en los que se explican los principios lógicos fundamentales, la forma de los argumentos, los criterios de control de los argumentos; las dificultades para diferenciar dialéctica y retórica, las falacias dialécticas, la particularidad del conflicto de intereses y el proceso judicial; el pasado, el presente y la perspectiva de la retórica y las principales teorías de la argumentación: el modelo de TOULMIN, la nueva retórica de PERELMAN, la tópica de VIEHWEG y la pragma-dialéctica de VAN EEMEREN y GROOTENDORST.

El núcleo central de la obra, la tesis del autor, sólidamente fundamentada, es el entrecruzamiento de la complejidad y la argumentación jurídica. Después de sentar las bases en los capítulos anteriores, llega al quinto asumiendo la complejidad en las ciencias sociales, en la argumentación y en el derecho.

La complejidad de la argumentación consiste, simplifícadamente, en entender que ella no solo depende del contenido semántico o de

la estructura lógica de los enunciados, sino también de los contextos lingüísticos, de los contextos sociales.

Resulta muy aconsejable la prolija relectura de la retórica aristotélica, con los estudios filológicos de QUINTÍN RACIONERO que, a la vez que recupera la vigencia de esa obra, le permite justificar la complejidad en la argumentación de la adjudicación judicial.

“Es necesario asimilar un modelo de argumentación jurídica que permita incorporar los desacuerdos como un hecho constitutivo de la argumentación [...] la argumentación jurídica, especialmente la forense de nuestros días, requiere persuasión racional, que no puede ser radicalmente asimilada a los modelos de prueba deductiva o generalización inductiva”, sostiene CHAUMET, planteando la insuficiencia y la crisis de las respuestas deductivistas.

Recorre seguidamente algunas de las teorías estándar de la argumentación jurídica, con relación al razonamiento por principios y la ponderación, y finaliza el capítulo con un detenido desarrollo de los aportes trialistas a la complejidad de la argumentación jurídica, que constituye su respuesta elaborada a los desafíos contemporáneos del mundo del derecho.

Encuentra en la perspectiva del integrativismo trialista, bajo la orientación constructivista y el herramental metodológico de la nutrida obra del profesor CIURO CALDANI, la riqueza conceptual que le permite reconocer las dificultades y tragedias de los casos, para que “quienes estamos vinculados al derecho también asumamos la necesidad de contar con un modelo de argumentación que se haga cargo de la mayor cantidad de aspectos que implica la intersubjetividad”.

El libro culmina con un apéndice, con colaboración de ANDREA MEROI, sobre *Argumentación y constatación de hechos en la decisión judicial*, un tópico de gran relevancia pero que solo hace unos años comenzó a ocupar el interés de la teoría jurídica. Los hechos, las teorías de la verdad y la verdad procesal junto con la motivación son algunos de los puntos de especial interés en este tema.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista Ideas & Derecho publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, filosofía del derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: Las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista Ideas & Derecho tiene como base la norma internacional ISO 690:12^a ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³,...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría

francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) *Libros*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función², seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) *Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, "Res ad ethicam venit", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una *frase* que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o n° o si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEXY, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, año V, n° 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEXY, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, “Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid”, año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) *Libros y documentos publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); Título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

³ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

⁴ Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año en: <http://www.aafder.org/>.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función⁵, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) Artículos de revistas publicados en internet

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del desarrollo", vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4

f) Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o "paper" (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

“presentado en” (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc. antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) Jurisprudencia

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial, ver Anexos 5 y 6 respectivamente.

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaría (si corresponde); fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).

CSJN; fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) Legislación

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor

jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. *INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS*

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS*

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

§ 5. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS*

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

§ 6. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS*

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. *MODO DE REMISIÓN*

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. *CORREO ELECTRÓNICO*

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: <http://www.aafder.org/>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista Ideas & Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista Ideas & Derecho, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la Ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.

