

## SIGNIFICADOS TACTICOS DE LAS TEORIAS JURIDICAS

Miguel Ángel CIURO CALDANI \*

*Resumen:* En relación con la recuperación del pensamiento estratégico jurídico que urge desarrollar en este tiempo y los despliegues del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico se consideran los significados tácticos de la escuela de la exégesis, la teoría pura del Derecho y los neoconstitucionalismos.

*Palabras clave:* Estrategia – Táctica - Integrativismo – Tridimensionalismo – Teoría trialista – Escuela de la exégesis – Teoría pura del Derecho – Neoconstitucionalismos

*Abstract:* In connection with the recovery of strategic legal thinking –that urges to develop at this time-, and the deployments of the tridimensional integrativism of the Trialist Theory of the Juridical World, this paper considers the tactical meanings of the school of exegesis, the pure theory of law and the neoconstitutionalisms.

*Keywords:* Strategy – Tactic – Integrativism – Tridimensionalism – Trialist Theory – School of Exegesis – Pure Theory of Law - Neoconstitutionalisms

### *A) Ideas básicas*

1. Sepámoslo o no, los seres humanos vivimos, de maneras más o menos conscientes, según *estrategias* que responden a *intereses* –no siempre económicos- y se integran con diferentes *tácticas*<sup>1</sup>. También sucede esto en

---

\* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, profesor titular contratado de la Universidad Nacional de Rosario, investigador principal jubilado del Conicet.

<sup>1</sup> De cierto modo, la vida es una gran estrategia. Cabe recordar que, desde el punto de vista militar, la noción de táctica puede referirse a la preparación y conducción de los encuentros; la utilización de las fuerzas armadas en los encuentros. La de estrategia puede edificarse como la combinación de los encuentros para lograr el objetivo de la guerra. La estrategia está más cerca de los objetivos

el ámbito jurídico. Cada teoría jurídica expresa una perspectiva, quizás sólo táctica, de una estrategia. Además de pensar lo que el Derecho “es” o se “construye” como tal, importa exponer cuáles son los intereses y los despliegues tácticos y estratégicos a los que las teorías jurídicas sirven. Es relevante utilizarlas de maneras *conscientes* y *eficaces*.

Como instrumento táctico cada teoría puede servir a distintas estrategias y corresponder a la búsqueda de diferentes resultados. Mucho

y los proyectos vitales. La táctica y la estrategia han de estar integradas y se nutren reciprocamente.

V. CLAUSEWITZ, K. V., “De la guerra”, trad. Francisco Moglia, Bs. As., Need, 1998, pages. 109 y ss. y 153 y ss. En su origen, la estrategia era la ciencia y el arte del general. Asimismo en relación con el tema cabe referir, por ejemplo, MACHIAVELLI, Niccolò (Maquiavelo), “El Príncipe” y “Escritos Políticos” (rec.), trad. Juan G. de Luaces, 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1966; SUN TZU, “Del arte de la guerra”, trad. Manuel Carrera Díaz, 2ª. ed., Madrid, Tecnos, 1995; FERNÁNDEZ, Juan Antonio, “Lecciones de El Arte de la Guerra”, en “Gestión”, vol. 10, núm. 1, en./feb. 2005, págs. 94 y ss.; BEAUFRE (General), “Estrategia de la Acción”, trad. J. T. Goyret, 3ª. ed., Bs. As., Pleamar, 1982; WILLIAMS, J. D., “La stratégie dans les actions humaines”, trad. Mme. Mesnage, París, Dunod, 1962; SAWYER, Ralph D., “El arte de la estrategia. Técnicas No Convencionales para el Mundo de los Negocios y la Política. Sun Tzu”, trad. Ralph D. Sawyer – Mauricio Prelooker, Bs. As., Distal, 1999; CELERIER, Pierre, “Geopolítica y Geo-estrategia”, trad. Jorge E. Atencio, 3ª. ed., Bs. As., Pleamar, 1979, págs. 51 y ss.; COLLINS, John M., “La gran estrategia. Principios y prácticas”, trad. Coronel D. Jorge D. Martínez Quiroga, Bs. As., Círculo Militar, 1975; CROZIER, Brian, “Teoría del conflicto”, trad. Teresa Piossek Prebisch, Bs. As., Emecé, 1977; LEVAGGI, Gero, “Herramientas para análisis de marketing estratégico”, 1ª reimp., Bs. As., Universo, 1998; KARLÖF, Bengt, “Práctica de la estrategia”, trad. Federico Villegas, Barcelona – Bs. As., Granica, 1993, págs. 71 y ss.; ANDREWS, Kenneth R., “El concepto de estrategia de la empresa”, trad. Ramón Forn Valls, Madrid, Orbis, 1984, págs. 11 y ss.; ANSOFF, H. Igor, “La estrategia de la empresa”, Orbis, Madrid, 1985, págs. 123 y ss.; MATUS ROMO, Carlos, “Estrategia y plan”, México, Siglo XXI, 1987; LAMBIN, Jean-Jacques, “Marketing Estratégico”, 3ª. ed., Mc Graw Hill, CARRION MAROTO, Juan, “Estrategia: de la visión a la acción”, 2ª. ed., Madrid, Esic, 2007, [http://books.google.com.ar/books?id=8\\_PwIoGOa6QC&pg=PA24&lpg=PA24&dq=Estrategia+posici%20B3n+dominante&source=bl&ots=B8ZwTmWLTm&sig=0YEh9BawEEDVuYOojNrrQM-p34&hl=es&ei=EKJTMoeGIL\\_8AbB28hV&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=8&ved=0CC4Q6AEwBzgU#v=onepage&q=Estrategia%20posici%20B3n%20dominante&f=false](http://books.google.com.ar/books?id=8_PwIoGOa6QC&pg=PA24&lpg=PA24&dq=Estrategia+posici%20B3n+dominante&source=bl&ots=B8ZwTmWLTm&sig=0YEh9BawEEDVuYOojNrrQM-p34&hl=es&ei=EKJTMoeGIL_8AbB28hV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CC4Q6AEwBzgU#v=onepage&q=Estrategia%20posici%20B3n%20dominante&f=false) (29-5-2012); PARDOS, Valentín Sebastián, “Estrategia jurídica y táctica procesal”, págs. 22 y ss., *Economist & Jurist*, año 2002, vol. 10, n° 60, [http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo\\_busqueda=ANUALIDAD&revista\\_busqueda=10592&clave\\_busqueda=2002](http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=10592&clave_busqueda=2002) (29-5-2012); Rankia, Grandes estrategias: Sun Tzu, <http://www.rankia.com/blog/llinanes/364690-grandes-estrategas-sun-tzu> (29-5-2012); Flacso, Centro Digital de Vanguardia para la Investigación en Ciencias Sociales, Región Andina y América Latina, <http://www.flacsoandes.org/dspace/simple-search?query=estrategia> (29-5-2012); CLACSO, buscar estrategia, <http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/> (29-5-2012); Naciones Unidas Consejo Económico y Social, Qué es el examen ministerial anual, <http://www.un.org/es/ecosoc/newfunct/amr.shtml> (29-5-2012); Revista Ibero-Americana de Estrategia, <http://www.revistaiberoamericana.org/ojs/index.php/ibero> (29-5-2012); Société de Stratégie, <http://www.societe-de-strategie.asso.fr/> (29-5-2012).

depende, específicamente, de las circunstancias. Pese a la falta de atención que al respecto se ha producido durante largo tiempo, consideramos que la recuperación del interés en la estrategia es una de las deudas que tiene la juridicidad de nuestros días <sup>2</sup>.

En este caso, deseamos evidenciar los significados tácticos, empleados conscientemente o no, que presentan la *escuela de la exégesis* <sup>3</sup>, la *teoría pura del Derecho* <sup>4</sup> y el (los) *neoconstitucionalismo* (s) <sup>5</sup>. Lo haremos desde

<sup>2</sup> Es posible ampliar por ej. en nuestro libro “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011 (Una perspectiva del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico. La estrategia jurídica, una deuda del derecho actual. “Variables” estratégicas del integrativismo tridimensionalista trialista. Estrategia categorial sociológica trialista (un aprovechamiento del “análisis jurídico”). Aportes trialistas a la estrategia en el Derecho de la Salud), Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 31-5-2012; también en “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación y Docencia”, N° 36, págs. 21/31, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/862/682>, 31-5-2012.

<sup>3</sup> Se puede ampliar en nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4, esp. t. III-I, págs. 19 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1384/1596>, 31-5-2012 y en “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 69 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1093/997>, 31-5-2012.

<sup>4</sup> Sin desconocer las diversidades en la evolución del pensamiento del maestro austro-norteamericano, cabe c. en general por ej. KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, Biblioteca Jurídica Virtual, 2ª. ed., trad. Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039>, 10-6-2012. La táctica de la teoría pura logiciza lo que ocurra, los contenidos de las ideas políticas de Kelsen estaban en cambio bien definidos (cabe c. por ej. KELSEN, Hans, “Esencia y valor de la democracia”, trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, ed. de Comares, Granada, 2002. También Espacio Agón, Hans Kelsen: Esencia y valor de la democracia (fragmentos), <http://espacioagon.blogspot.com.ar/2008/08/hans-kelsen-esencia-y-valor-de-la.html>, 10-6-2012; LAGI, Sara, “El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia””, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007; Las ideas. Su política y su historia: Libertad. Hans Kelsen: pensador político, Sara Lagi, trad. Leonardo García Jaramillo, en “Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades”, año 13, n° 25, primer semestre de 2011, págs. 3-25, [dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3618693](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3618693), 10-6-2012; Universidad Eafit, Boletín del Área de Derecho Público, Julio/septiembre 2009, El pensamiento político de Hans Kelsen, <http://es.scribd.com/doc/19109256/El-pensamiento-politico-de-Hans-Kelsen>, 10-6-2012; asimismo nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía ...” cit. ). Se puede v. asimismo Revista Electrónica de Historia Constitucional Número 8 - Septiembre 2007, Kelsen y la teoría de la democracia. Ignacio Torres Muro, <http://hc.rediris.es/08/articulos/html/Numero08.html?id=18>, 15-6-2012.

<sup>5</sup> Dada la diversidad de planteos que se producen en el gran campo del neoconstitucionalismo suele hacerse referencia a “los” neoconstitucionalismos. V. por ej. numerosos aportes polémicos en relación con los neoconstitucionalismos en “Doxa”, N° 34; también v. gr. CARBONELL, Miguel

el *integrativismo tridimensionalista* que propone la *teoría trialista del mundo jurídico* <sup>6</sup>.

2. La *teoría trialista del mundo jurídico* propone que éste sea *construido* con repartos de potencia e impotencia <sup>7</sup> (dimensión sociológica) captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica). Desde un punto de vista más dinámico, se trata de la actividad captable mediante normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar un complejo de valores que culmina en la justicia.

El mundo jurídico propuesto por la teoría trialista del mundo jurídico se integra en la construcción integrativista tridimensionalista trialista del *mundo político*. Este ha de ser edificado con actos de coexistencia

(ed.), "Neoconstitucionalismo(s)", Madrid, Trotta, 2003; Democracia constitucional y derechos fundamentales. la rigidez de la constitución y sus garantías, por Luigi Ferrajoli, [http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3\\_FERRAJOLI\\_esp%F1ol\(1\).pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLI_esp%F1ol(1).pdf) , 10-6-2012. En línea afín con la célebre clasificación de Norberto Bobbio referida al positivismo Paolo Comanducci distingue el neoconstitucionalismo como teoría, como metodología y como ideología (COMANDUCCI, Paolo, "Constitucionalismo: problemas de definición y tipología", en "Doxa", 34, págs. 95 y ss.).

<sup>6</sup> Cabe ampliar en nuestro artículo "Aportes para la comprensión cultural de las doctrinas del funcionamiento de las normas", en "Investigación ..." cit., N° 12, págs. 9 y ss.; "Relación entre la Economía y el Derecho en tres modelos del pensamiento jurídico (Tomismo, teoría pura del Derecho y trialismo)", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 23, págs. 59 y ss.

En cuanto al integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia. Dikelogía", Madrid, Aguilar, 1958 (2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> , 267-5-2012; Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index> , 27-5-2012. También c. LAPENTA, Eduardo V. – RONCHETTI, Alfredo Fernando (coord.), "Derecho y complejidad", Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011; Cartapacio, 2004, El Derecho como complejidad de "saberes" diversos, María Isolina Dabove, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/29/17> , 15-6-2012.

<sup>7</sup> Potencia es lo que favorece a la vida humana e impotencia lo que la perjudica. Goldschmidt las remitía al ser.

(dimensión sociológica) captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores de convivencia<sup>8</sup> (dimensión axiológica). Desde un punto de vista más dinámico, se trata de la actividad captable mediante normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar los valores de convivencia.

Los aportes de las construcciones trialistas permiten contar con *complejidades puras*, superadoras de la complejidad impura que mezcla las dimensiones y la simplicidad pura que con el propósito de diferenciarlas las aísla. De este modo se satisfacen las exigencias complejas de una nueva era y los requerimientos actuales de la apertura interdisciplinaria.

## ***B) Los despliegues tácticos de las teorías jurídicas***

### ***I. Enfoque analítico***

#### ***1. La escuela de la exégesis***

##### ***a) Concepto básico de la escuela de la exégesis***

3. La escuela de la exégesis tuvo una ubicación histórica estratégica clara en el siglo XIX afrancesado, pero refleja una actitud estratégica general en la construcción del objeto jurídico.

Durante gran parte del siglo XIX, la Escuela fue la máxima expresión del individualismo revolucionario francés, cuyas bases se vinculan profundamente con la cultura gala. Se reconocen en su desenvolvimiento decimonónico tres períodos: el de la fundación (1804-1830), el del apogeo (1830-1880) y el de la decadencia (1880-1900).

La palabra exégesis, de origen griego, significa explicación. Las ideas principales de la Escuela fueron; a) el único Derecho, al menos el único Derecho en manos de los jueces, es el Positivo y es la ley; b) la interpretación debe referirse a la intención del legislador manifestada en la ley; c) una vez descubierta la intención del legislador hay que aplicarla deductivamente (al punto que llegó a afirmarse que los artículos del Código

---

<sup>8</sup> La convivencia es la coexistencia valiosa.

son la base de teoremas, a semejanza de lo que sucede en la Geometría); d) la costumbre carece de valor, salvo que la ley se refiera a ella; e) las insuficiencias de la ley se han de llenar con la analogía; f) importa atenerse a la autoridad de los antecesores. Siguiendo la idea de Montesquieu, según la propuesta exegetica el juez es la “boca de la ley”.

*b) El mundo jurídico en general*

*a') Dimensión sociológica*

4. La escuela de la exégesis muestra el despliegue táctico de un grupo, en este caso recientemente instalado en el poder de legislar, que ha hecho normas que considera *satisfactorias* y *no confía* en los encargados de aplicarlas (v. gr. los jueces), en los doctrinarios, ni en la población en general. Según la creencia exegetica, el legislador había tenido en consideración la realidad social e incluso los valores. La burguesía gala precisaba certeza en el Derecho, seguridad para el cálculo de sus negocios, y contaba con la Escuela para obtenerla. Durante cierto tiempo la exégesis pudo funcionar, pero los grandes cambios sociales del siglo XIX provocaron que al final de éste su táctica estuviera en crisis.

5. En la táctica de la exégesis de la codificación francesa se presentan un territorio de *naturaleza* en general acogedora y promisorio y la *influencia humana difusa* de la situación económica encaminada a la construcción del capitalismo en un país de casi permanente apoyo en la agricultura. El Código defendido manifestaba una táctica que pretendía responder a esta realidad de modo que en lo patrimonial consagraba la propiedad privada y la libertad de contratación con alcances históricos sobresalientes y en materia familiar era relativamente conservador, v. gr. estableciendo un divorcio vincular dificultoso y brindando incluso una organización casi patriarcal <sup>9</sup>. El Cónsul Bonaparte, su principal impulsor, necesitaba el divorcio por razones dinásticas, pero quería brindar a la agricultura francesa mano de obra segura a través de

---

<sup>9</sup> Se puede ampliar en nuestro artículo "El bicentenario del Código Civil francés (Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina)", en "Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina", 2004-I, págs. 948 y ss.

una familia sólida.

La filosofía revolucionaria que culminó en la táctica exegética con que se defendió al Código Civil posee raíces en el racionalismo cartesiano<sup>10</sup> y el empirismo y el naturalismo ingleses, pero quizás el motor ideológico inicial estuvo en la referencia al pensamiento británico. La idea de libertad económica encontró bases en la fisiocracia y el liberalismo. Una nueva edad necesitaba una nueva legislación. Una táctica enérgica le abría cauce.

En la obra napoleónica hubo cierta compatibilización entre ex-monárquicos y ex-jacobinos, pero en la táctica exegética en general se desarrolla una relativa “dictadura”, en este caso de la clase burguesa, destinada a eliminar los caracteres del “Antiguo Régimen” y defenderse de las innovaciones que en parte podrían provenir de las nuevas tensiones sociales capitalistas.

La táctica exegética procura que los *repartos*, originados por la conducta humana y realizadores del valor conducción, puedan “encaminar” todas las distribuciones de las influencias humanas difusas y los repartos que pongan en riesgo a la situación deseada<sup>11</sup>. En cuanto al panorama de los repartos, los repartidores de la exégesis son siempre los autores de las normas defendidas; en el caso histórico eran sobre todo los legisladores y con base en ellos los contratantes. Los principales beneficiarios eran, en concreto, los integrantes de la por entonces ya clase dominante burguesa. Se entendió que, siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podía ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exigiera de manera evidente y bajo la condición de una justa y anterior indemnización. En la tensión entre libertad, igualdad y propiedad, la táctica codificadora y la exégesis que la defendió optaron por las dos primeras. Los móviles eran el lucro de la clase dominante a través de un sistema patrimonial capitalista y las razones alegadas se centraban en la legalidad y la seriedad en el despliegue jurídico. Con el tiempo las razones sociales fueron entrando en diversas crisis, evidenciadas por ejemplo en

---

<sup>10</sup> Se ha dicho, por ejemplo, que la obra napoleónica es un término medio entre dos corrientes de la doctrina jurídica francesa: por una parte, una vertiente empírica, positivista, austera y para algunos reaccionaria, sostenida por una suerte de “jansenismo” jurídico, opuesto al cartesianismo y más referible a las costumbres y, por otra, una tendencia iusracionalista moderna, emparentada con el avance individualista revolucionario.

<sup>11</sup> Es posible ampliar en nuestro libro “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012.

movimientos de protesta social. La obra de Géný es una de las muestras del colapso de la táctica exegetica <sup>12</sup>.

En lo patrimonial la exégesis se vale de repartos *autoritarios* que realizan el valor poder y se diferencian de los repartos *autónomos*, donde se satisface el valor cooperación. En Francia se trataba por un lado de autoridad para la autonomía contractual; en otro lado, del campo familiar, la *autoridad* era relativamente intensa y excluyente. Cabe decir que se procuraba en gran medida el valor poder con miras a una amplia cooperación contractual. La táctica exegetica francesa creía que cuando se gobierna mucho se gobierna mal

6. En cuanto al *orden de repartos* (régimen), realizador del valor orden, la táctica exegetica desenvuelve un fuerte despliegue planificador, expresado en el caso francés en la ley, que indica de manera definida quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto. Al estar en marcha, el plan satisface el valor previsibilidad. A través de diferentes repartidores supremos, el plan francés se caracterizó básicamente por sus criterios relativamente liberales, laicos e individualistas. La táctica exegetica restringe las posibilidades de desarrollo de la ejemplaridad donde, en el curso de repartos considerados modelos por ser razonables y sus seguimientos, se satisface el valor solidaridad. Así ocurrió en Francia. Es especialmente significativo el rechazo de la ejemplaridad de la costumbre e incluso del despliegue de la jurisprudencia, aunque se procuraba obtener una fuerte ejemplaridad al servicio de la legislación “consagrada”.

Para promover su cumplimiento el “Código Napoleón” fue elevado a una jerarquía casi religiosa <sup>13</sup>. Todo se realizaba al servicio de consolidar una revolución, en la que cambiaban los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. En cualquier caso, se pretendía que los cambios fueran pequeñas evoluciones en las que sólo variarían algo los criterios supremos de reparto. En principio, los que no fueran cambios por pequeñas evoluciones

---

<sup>12</sup> Es valioso recordar por ej. GÉNY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2ª. ed., Reus, Madrid, 1925; “Science et technique en Droit Privé Positif”, Sirey; “La libertad en el derecho entre la certeza y la incertidumbre”, sel. y trad. María José Bernuz Beneitez, Granada, Comares, 2007. Un resumen de las ideas de Géný puede v. en RECASÉNS SICHES, Luis, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, México, Porrúa, t. I, 1963, págs. 26 y ss.

<sup>13</sup> Cambiado en muchos de sus contenidos, continúa vigente como un símbolo de la cultura francesa.



debían obtenerse por revolución. Se trata de una verticalidad social de contenido, pretendida con caracteres muy sólidos.

Pese a que no habían podido unificar el Derecho Civil <sup>14</sup>, los Borbones habían construido un Estado de cierto modo sólido, dicho de otro modo, un régimen de cierto modo sólido. Sobre sus bases, con sentido revolucionario, pudieron construirse el Código Civil de los franceses y su defensa. Para que hubiera un mercado nacional que consolidara el régimen era muy importante que hubiera un derecho común.

7. Los repartos pueden encontrar *límites necesarios* surgidos de la “naturaleza de las cosas” (físicos, psíquicos, sociopolíticos, socioeconómicos, etc). La táctica de la exégesis produce un gran esfuerzo para hacerlos ceder. A fin de evitar tropiezos, Napoleón intentó que la obra se apoyara en elementos del Antiguo y el Nuevo Régimen, incluso a través de las personas convocadas para la redacción.

La táctica exegetica procura siempre limitar los desenvolvimientos posteriores a la fuente defendida, así ocurrió también en el caso francés.

8. Las *categorías básicas* de la realidad social son la causalidad, la finalidad “objetiva” que encontramos en los acontecimientos, la posibilidad, la realidad, la vida y la finalidad subjetiva. Todas, menos la finalidad subjetiva, requieren referencias a sus respectivas totalidades (son “pantónomas” <sup>15</sup>). En esta amplitud nos resultan como tales inabordables, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, de modo que tenemos que fraccionarlas generando certeza. La estrategia exegetica pretende grandes fraccionamientos según las necesidades de la fuente formal jerarquizada, con miras a lograr un alto grado de *certeza*. Así sucedió en la exégesis francesa.

---

<sup>14</sup> En una crítica de inspiración iluminista Voltaire había podido decir que existían en Francia ciento cuarenta costumbres que tenían fuerza de ley, todas ellas diferentes, y una persona que viajara en ese país cambiaría de ley con la misma frecuencia que su caballo (Instituto Napoleónico México-Francia, Código Napoleónico: fuentes y génesis, por el profesor Carlos Ramos Núñez, <http://inmf.org/coderamosnunez.htm>, 13-6-2012). En algunas fuentes informativas el número de regímenes vigentes en Francia en 1789 era trescientos sesenta y seis.

<sup>15</sup> Pan=todo; nomos=ley que gobierna.

*b') Dimensión normológica*

9. La táctica de la exégesis francesa da fuerte preeminencia a las *normas generales* según el antecedente que son el contenido habitual de la legislación, es decir, a las normas referidas a sectores sociales futuros y abstractos, con su realización del valor predecibilidad. Las normas habituales de las sentencias, individuales por el antecedente, dirigidas como tales a sectores concretos y satisfactorias del valor intermediación, tienen menos importancia.

10. La táctica general exegética se remite con fuerza al despliegue de la *fuerza formal* elegida como referencia, en este caso la ley, a la que se le permite decidir el resto del panorama formal. La fuente formal jerarquizada ha de ser en general rígida y tal vez muy participativa, como para dificultar la reforma. Quizás también deba ser inelástica, aunque los intereses de la burguesía francesa que utilizaba dicha táctica jerarquizaban también de modo muy significativo al contrato que podía ser instrumento de elasticidad. Las grandes fuentes formales referidas por la exégesis francesa, la ley y el contrato, expresan al gobierno y a los individuos propietarios a los que al fin aquélla sirve.

Para evitar “filtraciones” por la vía de las *fuentes de conocimiento*, es decir la doctrina, en la exégesis ésta es limitada al comentario de la fuente formal elegida. En el país galo se trataba muchas veces de cursos y comentarios acerca del Código Napoleón. Nuevamente: autoridad para la imposición del modelo, en este caso, según las necesidades del capitalismo individualista.

11. En la táctica exegética, para garantizar los intereses consagrados en la norma resguardada la *interpretación* ha de referirse silogísticamente a la intención de los autores. Se limitan las posibilidades de desenvolvimiento de la jurisprudencia y la doctrina. Así sucedió en Francia para garantizar los intereses consagrados en la ley.

Entre los grandes polos de tensiones en el funcionamiento de las normas, más referidos a los autores (v. gr. los legisladores) o a los encargados del funcionamiento (v. gr. los jueces) la táctica de la exégesis se decide

rotundamente a favor de estos últimos. La juridicidad francesa fue un modelo al respecto.

12. La táctica de la exégesis necesita que los *conceptos* integradores de los repartos utilizados en las normas constituyan un marco institucional fuerte. En el caso francés ellos eran expresados en la ley con el fin de brindar espacio a un contenido negocial contractual acorde con los requerimientos del desenvolvimiento burgués.

13. En la táctica exegética la fuente formal elegida, en este caso la ley, es ubicada, al menos materialmente, en el lugar predominante del *ordenamiento normativo*. La referencia a la fuente adoptada es la culminación del imperativo de la legalidad emergente del ordenamiento.

En general, en relación con la fuente formal elegida se desarrollan vinculaciones verticales y “horizontales”<sup>16</sup>, de producción y de contenido. Las vinculaciones verticales de producción realizan el valor subordinación, las relaciones verticales de contenido satisfacen el valor ilación, las vinculaciones horizontales de producción realizan el valor infalibilidad y las relaciones horizontales de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. Según la táctica de la exégesis, al menos fácticamente todos estos despliegues ubican a la fuente formal elegida, en este caso la ley, en ese lugar predominante.

Imperan al fin las relaciones verticales descendentes de producción y de contenido con la ley. Las sentencias se sitúan verticalmente “debajo” de ella; otras partes del ordenamiento, por ejemplo, la legislación penal, contribuyen a su infalibilidad y el desarrollo de las normas ante las lagunas se produce a menudo por relaciones horizontales de contenido por analogía. La exégesis tiende a potenciar el despliegue de la razón con despliegues metódicos deductivistas. El Código de los franceses fue considerado un gran desenvolvimiento de la razón, de cierto modo la “razón escrita”.

En la codificación las posibles lagunas han de llenarse sobre todo por analogía y principios generales, que en la exégesis suelen pretenderse

---

<sup>16</sup> Consideramos “horizontales” a las todas las relaciones entre normas que no sean verticales, por ejemplo las que se plantean entre una resolución administrativa y la ley penal que la resguarda.

positivos; se cierran así las posibilidades de “infiltraciones” extralegales.

*c') Dimensión dikelógica*<sup>17</sup>

14. La táctica de la exégesis potencia un *complejo axiológico* que se consagra en la fuente formal de referencia. No hay inconveniente en que culmine en una remisión a la justicia, siempre que se trate de la justicia de la fuente formal consagrada. El complejo de la exégesis francesa tenía, además, una importante referencia a la utilidad capitalista. La codificación gala culmina las creencias jusnaturalistas de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>18</sup>.

Se pretende que todos los valores del complejo coadyuven, por contribución vertical o integración horizontal, a la realización de los valores de la fuente formal predominante. Ninguno ha de arrogarse el lugar de éstos.

15. En cuanto a las *clases de justicia*, la táctica exegetica, la fuerte referencia a los valores de la fuente formal asumida, en este caso legal, se manifiesta en diferentes grados en remisiones a la justicia extraconsensual, sin consideración de personas (de roles), monologal (de una razón) y absoluta, en nuestro caso también gubernamental (proveniente del todo). Sin embargo, en el caso histórico se abre camino, a través del contrato, a la justicia consensual, “parcial” (proveniente de una parte de la sociedad) y relativa. También a la justicia particular (especialmente vinculada con el Derecho Privado). En la exégesis hay fuerte referencia a la justicia “de partida”, es decir a lo ya establecido en la norma, y una clara desconfianza hacia la equidad, que Francia en cierto momento adquirió, sin embargo, reconocimiento jurisprudencial<sup>19</sup>.

16. La justicia se refiere a la *totalidad* razonada de sus manifestaciones, pasadas, presentes y futuras (“pantomía” de la justicia). Esa plenitud no la podemos alcanzar porque no somos omniscientes ni omnipotentes y

---

<sup>17</sup> Diké era una de las divinidades griegas de la justicia. La palabra “dikelógica” fue acuñada por Altusio.

<sup>18</sup> Que hace referencia marginal a la justicia.

<sup>19</sup> En 1892 la Corte de Casación la empleó para rechazar el enriquecimiento indebido.

nos obliga a producir fraccionamientos generadores de *seguridad*. La táctica de la exégesis se vale de muy enérgicos cortes productores de seguridad para los intereses formalizados. La táctica gala procuraba intensamente la seguridad de la burguesía dominante.

17. Uno de los problemas mayores de la dikelogía y de la táctica en el marco de ella es el establecimiento de cuáles son los *contenidos* de la justicia<sup>20</sup>. A nuestro parecer, es conveniente adoptar bases construidas sobre las cuales sean posibles desarrollos de rigor científico. La táctica de la exégesis puede corresponder a cualquier contenido expresado en la fuente de referencia. En el caso francés se hacía remisión al Código Napoleón.

Proponemos adoptar, como construcción, el *principio supremo* que Werner Goldschmidt, fundador de la teoría trialista, sostuvo con carácter objetivo y natural. Según dicho principio, corresponde adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para personalizarse.

18. El *principio supremo* permite valorar los repartos y el régimen y las tácticas y estrategias que los contienen. Los *repartos* han de realizarlo en cuanto a la legitimidad de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones. El principio debe legitimar los despliegues contenidos en la fuente formal jerarquizada, por sobre todo a sus autores y quienes los apoyan. Como suele ocurrir en los planteos exegéticos, se adjudicaron al “Codificador” francés niveles de legitimación descolantes, casi sobre-humanos. Su “sabiduría” le daba una justificación *aristocrática* que a menudo, sobre todo en otros ámbitos geográficos, pudo marginar la democracia.

19. El *régimen* en general ha de ser humanista, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio. No ha de ser individualista ni totalitario, es decir, no debe mediatizar a los individuos al servicio de otros o de la totalidad del régimen. La táctica exegética genera cierto riesgo de mediatización de los individuos al servicio de los intereses establecidos en la

---

<sup>20</sup> Siempre vinculados al resguardo de intereses.

fuente formal adoptada, aunque en el caso francés se hiciera una fuerte invocación humanista.

La táctica exegética puede legitimar y en el caso legitimó un sentido de humanismo intervencionista, aunque fuera al servicio del humanismo abstencionista referido en el patrimonio, en particular en el contrato.

Los individuos deben ser *respetados* en su unicidad, su igualdad y su pertenencia a la comunidad. La táctica exegética, dirigida al equilibrio consagrado en la fuente formal, tiende en general al imperio de la comunidad. No obstante, en el caso francés, pese al lema revolucionario referido a los tres despliegues, abría especial cauce a la unicidad desarrollada en los contratos y la propiedad.

20. Para que se realice el régimen justo se debe *proteger* al individuo contra los demás individuos como tales y como régimen, sí mismo y “lo demás” (enfermedad, pobreza, ignorancia, soledad, desempleo, etc.)

La táctica exegética significa una opción que da prioridad básica a lo establecido en la fuente formal y, de cierta manera, al resguardo en todos los frentes distintos de ella. En el caso francés, la táctica estaba muy vinculada al resguardo para el desenvolvimiento individual de los contratos y la propiedad. En relación con los poderes gubernamentales, la táctica exegética da protagonismo al legislador, generando cierto peligro de que a través de éste el régimen sea demasiado fuerte.

#### *b) Especialidad material*

21. En lo material el mundo jurídico presenta *ramas*, siempre diferenciadas tridimensionalmente y al fin por la justicia. La táctica de la exégesis es más valiosa cuando en la rama se requiere el predominio verticalista de una fuente formal: por ejemplo, puede ser más adecuada para el Derecho Civil patrimonial de los derechos reales que para el contractual, el familiar actual o el Derecho Comercial <sup>21</sup>. La configuración presente de nuevas ramas jurídicas especialmente impulsada por los derechos humanos,

---

<sup>21</sup> Cabe ampliar en nuestro trabajo “Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas”, en BENTOLILA, Juan José (coord.), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009, págs. 151 y ss.

como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc., se resiente si se pretende emplear la táctica exegética <sup>22</sup>.

## ***2. La teoría pura del Derecho***

### *a) Concepto básico de la teoría pura*

22. El esfuerzo teórico y táctico kelseniano se encamina a mostrar una lógica “purificada” de la constitución de lo jurídico, excluyendo la causalidad y el Derecho Natural a través de la referencia única a la imputación dotada de sanción. El Derecho resulta un orden coactivo, en el cual es irrelevante el contenido. La realidad social y los valores son, entonces, “metajurídicos”. La primera corresponde a otras ciencias; los valores son relativos y no pueden ser objeto de ciencia.

23. La teoría pura del Derecho y la táctica que le es inherente se originaron en un clima en que el objeto jurídico era doblemente cuestionado: por el Derecho Natural y por las ciencias sociales y “humanas” predominantemente causalistas, como la Economía Política, la Sociología, la Antropología, la Biología, la Psicología, etc. El momento de alta consideración de lo jurídico, transcurrido en cierta medida entre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el desarrollo de la Codificación, había pasado. Las nuevas ideas, en gran medida del siglo XIX, “acosaban” al Derecho.

La construcción de la táctica de la juridicidad kelseninana se aísla del resto de la cultura. Quizás el comienzo de su producción alrededor de 1911, todavía en la superficialidad de la “belle époque”, no sea irrelevante. Kelsen nació <sup>23</sup> y se formó en un Estado casi “hueco” y multicultural, apoyado principalmente en el aparato gubernamental y la Iglesia <sup>24</sup> y publicó la

---

<sup>22</sup> Es posible ampliar en nuestro artículo “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo”, en “La Ley”, 2011-A, págs. 841 y ss.

<sup>23</sup> En Praga, ciudad cristiana y judía, de “ortodoxias” y “herejías”, bohema y alemana, en 1881.

<sup>24</sup> Con cuyas ideas discrepaba. Kelsen acompañó desde cierta proximidad al gobierno de los últimos tiempos de la monarquía de los Habsburgo. Luego contribuyó a la organización constitucional de Austria.

“Teoría pura del Derecho” cuando era profesor en Ginebra, o sea en la multicultural Suiza. Su obra se instalaba en un mundo de extremismos de derecha e izquierda, opuestos a sus ideales socialdemócratas con discutidas afinidades marxistas, en un marco que quizás quiso superar<sup>25</sup>. Inmediatamente después de su período en Ginebra, el maestro austríaco enseñaría en Praga, en la también multicultural Checoslovaquia. Su propia vida fue una quizás odisea transcultural. La Viena en que nació la teoría pura era uno de los grandes polos intelectuales del mundo<sup>26</sup>. Tal vez incluso haya tenido alguna influencia en su obra una vocación abstracta a la que contribuiría su pertenencia a la colectividad judía.

El jurista austro-norteamericano brindó, de manera más o menos consciente, instrumentos tácticos para una clase dominante que prefiere alejarse del debate jurídico ideológico, en el proceso histórico al principio porque no advertía el peligro, luego porque era demasiado grande. Cuando publicó la “Teoría pura del derecho” Kelsen quiso encontrar –a nuestro parecer a base de mutilaciones- un lenguaje común para los juristas. La táctica kelseniana puede ser fácilmente separable de la estrategia a la que puede haberse referido su clara ideología política, sirviendo a muchas concepciones diferentes<sup>27</sup>.

En parcial coincidencia temporal con Kelsen, desde la escuela neokantiana de Marburgo, a la que el maestro austro-norteamericano estuvo muy cercano, Rudolf Stammler formó su muy importante y a nuestro parecer quizás más ampliamente representativo concepto puro del Derecho<sup>28</sup>. La búsqueda de la “pureza” jurídica no era exclusiva de Kelsen, pero él la concretó de la manera más célebre. El mundo no estaba dispuesto a recibir de Stammler, simpatizante del nazismo, lo que pudo tomar de Kelsen.

La teoría pura del Derecho y su táctica producen una *ruptura*, quizás insostenible, con lo que milenariamente se ha considerado Derecho y con los

---

<sup>25</sup> Es importante v. LOSANO, Mario, “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, <http://orff.uc3m.es/bitstream/10016/3778/1/DyL-2006-14-Losano.pdf>, 10-6-2012.

<sup>26</sup> En cuanto a la calidad de la cultura vienesa de entonces puede v., por ej., el reciente artículo SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, en “Doxa”, 33, pág. 19.

<sup>27</sup> Es posible c. METALL, Rudolf Aladár, “Hans Kelsen: Vida y obra”, trad. Javier Esquivel, Universidad Nacional Autónoma de México, 1976; BAYER, Kurt G., “Hans Kelsen. Vida y obra”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/244/ek/ek8.pdf>, 10-6-2012.

<sup>28</sup> Se puede v. STAMMLER, Rudolf, “Tratado de Filosofía del Derecho”, trad. W. Roces, México, Nacional, 1980.



papeles tácticos que durante ese largo tiempo han desempeñado los juristas <sup>29</sup>.

b) *El mundo jurídico en general*

a') *Dimensión sociológica*

24. La teoría pura muestra el despliegue táctico jurídico de sujetos generalmente instalados desde hace más tiempo que en la exégesis en el poder de hacer normas, que *confían* en los encargados de aplicarlas (v. gr. los jueces), en los doctrinarios y en la población en general pero no quieren debatir al respecto.

25. La táctica de la teoría pura permite el desenvolvimiento de *distribuciones* de la naturaleza, las *influencias humanas difusas* y el azar que lleguen a ser "*logicizadas*" <sup>30</sup> por las normas.

En cuanto al panorama de los *repartos*, la verticalidad "pura" jerarquiza desde el punto de vista formal a los repartidores de las normas superiores. Los principales beneficiarios en la táctica kelseniana son los integrantes de los sectores dominantes. Los móviles son el lucro de estos sectores, las razones alegadas la "pureza" del Derecho en sí y la "neutralidad".

La táctica de la teoría pura ejerce una fuerte *autoridad* realizadora del poder, que a través de la coacción contribuye a la identificación de lo jurídico. El poder oculto, como el que se ejerce en la táctica de la teoría pura, es uno de los más difíciles de descubrir y controlar. Sin embargo, las posibilidades de logicización no excluyen la consideración de la autonomía. Es más: sucesivos "facultamientos" le abren un espacio relativamente relevante.

---

<sup>29</sup> V. la referencia al Derecho como arte de lo bueno y equitativo, en Ulpiano y Celso, "Digesto", Parte I, Libro I, Título I, 1, "El Digesto del Emperador Justiniano", traducido y publicado en el siglo anterior por el Licenciado don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Nueva Edición, Madrid, Ramón Vicente, t. I, 1872, pág. 31.

<sup>30</sup> Es posible ampliar en nuestro artículo "Teorías Jurídicas e Historia", en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", "Ponencias en Santiago I", págs. 97/109.

26. En cuanto al *orden de repartos*, la táctica de la pureza kelseniana produce un fuerte despliegue planificador que deja, sin embargo, espacio para que en sus ámbitos libres logre posibilidades la ejemplaridad. La “presión” que desde la táctica de la teoría pura se ejerce sobre la sociedad es mucho menor que la que se produce en la exégesis. La logicización de lo que ocurra deja campos para la anarquía y su “disvalor” la arbitrariedad. La teoría kelseniana relaciona intensamente a lo jurídico con el Estado y, de modo correlativo, con sus posibilidades estratégicas.

Como expresión del positivismo, la “pureza” ha servido con frecuencia para oponerse al jusnaturalismo, sobre todo cuando éste ha sido sostenido por la Iglesia Católica <sup>31</sup>.

El positivismo kelseniano y sus relativas derivaciones analíticas han generado su *propia táctica* de proyección internacional, que significan fenómenos muy decisivos de colaboración entre sus partidarios.

27. La teoría pura es considerablemente elástica y su táctica puede encontrar muchos menos *límites necesarios* que los de la exégesis. En la teoría pura lo que suceda será en principio logicizado.

28. La táctica de la teoría pura permite desfraccionamientos importantes de las *categorías básicas* pantónomas de la realidad social, de modo que la certeza es mucho menos fuerte que en la exégesis.

*b') Dimensión normológica*

29. Pese a ciertas interpretaciones legalistas, que consideramos erróneas, la táctica de la teoría pura permite un avance de las *normas individuales* de las sentencias.

30. La táctica de la teoría pura permite la complementación de diversas *fuentes formales*, principalmente porque se integran unas en otras, por ejemplo, la sentencia encuentra amplio espacio para colocarse en el

---

<sup>31</sup> Análoga tarea ha cumplido la filosofía analítica, sobre todo cuando se relaciona con el actual positivismo excluyente.

marco de posibilidades de la ley e incluso para resultar logicizada por sobre ella, a través del facultamiento. En la cúspide suele estar la constitución.

31. Para garantizar relativamente los intereses consagrados del grupo dominante, que se consideran suficientemente asegurados en la sociedad, la táctica “pura” remite la *interpretación* a un marco de posibilidades. El grado de indeterminación de las normas corresponde a la confianza que se deposita en los jueces. Entre los polos de las tácticas del funcionamiento, más cercanas a los autores de las normas o a los encargados de su funcionamiento, la teoría pura significa un gran avance a favor del protagonismo de estos últimos.

32. En la táctica kelseniana los *conceptos* integradores de los repartos utilizados resultan fuertemente elastizados por las indeterminaciones y los facultamientos. La presión conceptual sobre la realidad es reducida.

33. En el *ordenamiento normativo* la táctica “pura” consiste en la búsqueda de una legalidad formal y en apoyarse en las relaciones verticales de producción, predominantemente descendente, con la pertinente realización del valor subordinación y una constante logicización que realiza el valor coherencia. El manejo del ordenamiento es uno de los campos más representativos de la táctica kelseniana.

*c') Dimensión dikelógica*

34. La táctica de la teoría pura se desinteresa de los valores del *complejo axiológico* que el *trialismo* atribuye al objeto jurídico. Se entiende que si esos valores se realizan, no es por una vía jurídica. No ocuparse de los valores no quiere decir que estos no intervengan, por ejemplo, la apertura a lo que suceda no deja de tener utilidad.

35. La táctica exegética se desinteresa del debate acerca de los caminos de las *clases de justicia*, que pueden intervenir indiferenciadamente, aunque tal vez al final los marcos respectivos “purificados” sean vías

preferentes de la justicia extraconsensual y de las simplificaciones sin consideración de personas, monologal, conmutativa, absoluta y general. La justicia general se vincula más con el Derecho Público y quizás sea sostenible que la táctica “pura” sea pensada en especial desde el Derecho Público. Sobre todo la riqueza de la equidad carece de base de sustentación.

36. La táctica de la teoría pura prescinde de todas las consideraciones de justicia, de modo que brinda *seguridad* a lo que resulte logicizado y genera inseguridad para el resto. Es más, suele hablarse de la seguridad jurídica como una ilusión<sup>32</sup>. Dado que se logiciza al hilo del poder, de hecho se asegura a los poderosos de turno<sup>33</sup>.

37. La táctica “pura” prescinde de formular jurídicamente contenidos de justicia, pero no puede ocultar la relativa fuerza legitimante que tiene la logicización. Como se logiciza el poder, se lo legitima.

La permanente habilitación de la teoría pura se desentiende de las que construimos como exigencias concretas de la justicia. El individuo queda a merced de los poderes logicizados.

### *c) Especialidad material*

38. En la táctica de la teoría pura las diversidades entre las ramas jurídicas se esfuman, quedando cierta posibilidad reducida de diferenciar la creación autoritaria del Derecho en el Derecho Público y la democrática desarrollada en el Derecho Privado. Las nuevas ramas jurídicas, con su capacidad de enriquecer el complejo jurídico, encuentran bloqueado los caminos de su desarrollo.

---

<sup>32</sup> Puede v. por ej. KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve de la ed. en francés de 1953, Bs. As., Edudeba, 1960, pág. 171; también c. La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación, <http://www.ual.es/Universidad/Depar/FiloDer/doc/Argumentaci%F3n%20y%20certeza%20del%20derecho.pdf>, 15-6-2012.

<sup>33</sup> La forma de la justicia permite razonamientos de rigor que la teoría pura y su táctica marginan (es posible v. nuestra “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007).

### 3. *El neoconstitucionalismo*

#### a) *Concepto básico del neoconstitucionalismo*

39. Nos referimos sobre todo a un neoconstitucionalismo *neojus-naturalista*, que elige la Constitución por los valores o principios y pone su desenvolvimiento en manos de los jueces. La constitución que se toma en cuenta es la que se considera valiosa. Esto es una expresión a nuestro parecer indudable de jusnaturalismo, desde nuestra perspectiva, de una táctica jusnaturalista. Kelsen es consecuente con su positivismo, primero normológico y luego sociológico. El neoconstitucionalismo se refugia al fin en la justicia e incluso la tiene como orientación al menos ocultamente presente<sup>34</sup>.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de desplegar democráticamente determinadas relaciones de clases que eran viables económicamente sobre todo en la Europa de posguerra condujeron a la táctica neoconstitucional adoptada con creciente fuerza, al menos hasta la crisis actual. En la situación de su origen los crímenes de guerra requerían liberalismo y la armonía de clases socialdemocracia.

En la táctica del neoconstitucionalismo la razón democrática suele ser presentada como “equilibrada” por una “razón argumentativa” que desenvuelve las razones de un pacto social a través de quienes dominen la estructura judicial<sup>35</sup>.

#### b) *El mundo jurídico en general*

##### a') *Dimensión sociológica*

40. La táctica referida al despliegue constitucional *democrático* y

<sup>34</sup> El neoconstitucionalismo no se pronuncia necesariamente acerca de que puedan hacerse referencias valorativas objetivas y naturales, pero el no pronunciamiento no excluye que éstas subyazcan en lo propuesto.

La teoría pura es unidimensionalista normológica. El neoconstitucionalismo es bidimensionalista normo-axiológico.

<sup>35</sup> Es posible c. nuestro artículo "El papel del juez en la nueva era (Con especiales referencias al Proyecto de Código Civil argentino)", en "Investigación ..." cit., N° 33, págs. 33/44, "http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/831/646", 12-6-2012.

social “*judicialista*” del neoconstitucionalismo corresponde a quienes han hecho *normas constitucionales satisfactorias*, también en cuanto a sus *contenidos*, que se desea proyectar a los casos concretos a través del desempeño de *jueces confiables*.

La diferencia principal respecto de la teoría pura consiste en que aquí hay una especial referencia a los *contenidos* satisfactorios que deben desarrollar *jueces confiables*.

41. La táctica neoconstitucionalista puede referirse al desenvolvimiento de *distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar que lleguen a ser “constitucionalizadas”.

Los principales beneficiarios de la táctica neoconstitucional son en principio los integrantes de los sectores intermedios de la sociedad, a menudo de afinidades socialdemócratas. El móvil de los repartidores neoconstitucionalistas es el despliegue del poder de los jueces, promotores de un cambio al menos pretendidamente gradualizado. Las razones alegadas pueden ser, por ejemplo, la introducción de una racionalidad progresista más allá de lo que surja de la democracia. Las alegaciones se diversifican por la pluralidad protagónica constitucional-judicial. En cuanto a las razones sociales, mucho depende del prestigio de los jueces.

Los repartos de la táctica neoconstitucional plantean una importante realización de la *autoridad* y el poder, que encauza a la *autonomía* y la cooperación.

42. En cuanto al *orden de repartos*, la táctica del neoconstitucionalismo produce un fuerte despliegue planificador que deja, sin embargo, posibilidades para la ejemplaridad. La “presión” que desde la táctica neoconstitucionalista se ejerce sobre la sociedad es mucho menor que la que se produce en la exégesis, aunque quizás sea directamente mayor e indirectamente menor que la de la teoría pura. La presión indirecta es menor porque se trata de una constitución necesariamente democrática.

La táctica neoconstitucionalista deja relevante espacio para la evolución, en que sin variar los supremos repartidores cambian los supremos criterios de reparto, pero la amplia intervención de los jueces puede provocar situaciones de anarquía, con la respectiva realización del “disvalor”

arbitrariedad <sup>36</sup>. También la teoría neoconstitucionalista relaciona de modo importante a lo jurídico con el Estado y, de manera correlativa, con sus posibilidades estratégicas.

El neoconstitucionalismo suele servir como táctica de avances de fórmulas de cierta convivencia del pensamiento católico progresista y la socialdemocracia. Ha generado, en relativa semejanza con la teoría pura y la escuela crítica, su *propia táctica* de proyección internacional, que significa fenómenos muy decisivos de colaboración entre sus partidarios.

43. La táctica de la teoría neoconstitucionalista puede encontrar menos *límites necesarios* que la exégesis, pero más que los de la teoría pura. La actualidad europea, con el colapso de numerosos requerimientos democráticos y sociales es una muestra de esto.

44. En cuanto a las categorías básicas de la dimensión sociológica, la táctica del neoconstitucionalismo permite más desfraccionamientos que la de la exégesis y menos que la de teoría pura. La certeza es menor que la pretendida en la exégesis y mayor que la buscada en la teoría pura.

*b') Dimensión normológica*

45. En relación con la táctica exegetica, la táctica neoconstitucionalista corresponde a un gran avance de las *normas individuales*, con el relativo riesgo de la predecibilidad.

46. La táctica del neoconstitucionalismo se apoya en la preeminencia de una *fuerza formal* que ha consagrado las ideas consideradas fundamentalmente aceptables. Se trata de una fuerza democrática -identificada por la participación- y social. La sentencia adquiere jerarquía también muy destacada, colocando en cierta penumbra a la ley.

---

<sup>36</sup> En relación con el tema cabe c. CHAUMET, Mario y MEROI, Andrea, “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, en “La Ley”, t. 2008-D, págs. 717 y ss.

47. Para garantizar relativamente los intereses democráticos y sociales consagrados del grupo dominante, en la táctica neoconstitucionalista el *funcionamiento* se efectúa a la sombra de lo que la constitución y sus principios establecen. El desenvolvimiento de los *principios* brinda elasticidad y dinámica al sistema, pero rompe el equilibrio tradicional entre los autores de las normas y los encargados de su funcionamiento. Entre los grandes polos de las teorías más favorables a unos u otros, la táctica neoconstitucionalista está muy próxima a las últimas. Aunque no haya coincidencia total, en medida no desdeñable está cercana a la táctica de la escuela del derecho libre.

48. En la táctica neoconstitucionalista los *conceptos* integradores de los repartos utilizados resultan fuertemente elastizados por las indeterminaciones y los facultamientos judiciales. La presión conceptual sobre la realidad es menor que en la exégesis pero mayor que en la teoría pura. En cuanto a las materializaciones, la táctica neoconstitucionalista requiere jueces excepcionalmente calificados, en una medida quizás no viable en nuestro medio.

49. En el *ordenamiento normativo* la táctica neoconstitucionalista se apoya fuertemente en el carácter supremo de la constitución, remitiéndose en gran medida a las relaciones verticales de producción y de contenido, es decir, a la realización de los valores subordinación e ilación. Sin embargo, la referencia al contenido puede ser más formal que real e incluso generarse relaciones verticales ascendentes. La anarquía y su arbitrariedad pueden producir incoherencia. Hay un cambio importante del ordenamiento por el menor protagonismo de los legisladores y el avance del papel de los jueces

*c') Dimensión dialéctica*

50. La táctica de la teoría neoconstitucionalista brinda gran consideración a los valores del *complejo axiológico* en cuanto haya coincidencia entre lo pretendido y lo constitucionalizado y jerarquiza de manera destacada a la justicia<sup>37</sup>. La tarea de los jueces es fuertemente encaminada a la

---

<sup>37</sup> Es posible v. por ej. DE DOMINGO, Tomás, "Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad", en "Persona y Derecho", 56, págs. 245-280.



realización de estos valores.

51. La táctica neoconstitucional se apoya de maneras principales en la justicia consensual, con consideración de personas, polilegal, de participación e incluso, en cierto sentido, en la justicia general. Aunque se resguarde a la justicia particular y al Derecho Privado, esto significa cierta publicización de lo jurídico. Parece que la táctica neoconstitucional se refiere más a la justicia “de llegada” que a la “de partida”. No hay mayores obstáculos para el recurso a la equidad.

52. La táctica de la teoría neoconstitucional permite *desfraccionamientos* judiciales permanentes, generando cierta problemática de *escasa seguridad*. Aunque a veces se invocan tendencias neoconstitucionales con fines de garantía, en la vertiente que referimos se trata a nuestro parecer de una notoria disminución de la seguridad.

53. La táctica neoconstitucionalista se remite a principios de justicia relativamente coincidentes con el propuesto por la construcción integrativista tridimensionalista trialista de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona.

Desde el punto de vista de la justicia de los *repartos* aislados, la táctica del neoconstitucionalismo debilita en cierta medida la legitimación infraautónoma de los repartidores por la democracia, al menos al nivel legislativo, haciendo avanzar la legitimación relativamente aristocrática de los jueces. En cuanto a los beneficiarios, a veces es invocada la legitimación por necesidad en detrimento de la provocada por la conducta; en otros términos, la legitimación de los merecimientos sobre los méritos. Con referencia a los objetos de reparto, es posible que prevalezcan los relacionados con la vida respecto de los vinculados a la propiedad. La táctica neoconstitucionalista hace que la justicia de la forma de los repartos dependa más del proceso judicial, limitando la fuerza legitimante del proceso legislativo. La remisión a la judicialidad suele requerir y brinda especialmente la legitimación por fundamentación.

54. En lo que hace a la justicia del *orden de repartos*, la táctica neoconstitucionalista, referida a un Estado democrático y social, procura que los jueces brinden de manera más directa un amplio resguardo a los individuos, de ser posible en todos los frentes. Corresponde a un avance del protagonismo judicial que *cambia el equilibrio* tradicional de poderes destinado a proteger al individuo contra el régimen. En países donde no existe una magistratura independiente, honesta, erudita y comprometida con los individuos y la sociedad la táctica neoconstitucionalista puede tener resultados contraproducentes e incluso catastróficos. Uno de los grandes problemas que genera es el de cómo se ha de reconstruir, de todos modos, el amparo que en principio brinda la división tradicional. Tal vez pueda ser, por ejemplo, mediante el mayor control sobre los jueces que puedan realizar entidades no gubernamentales o la ciencia jurídica dotada de instrumentos teóricos de alcance completo y profundo como los del trialismo.

*b) Especialidad material*

55. En la táctica neoconstitucionalista el Derecho Constitucional es la rama nítidamente protagónica. También cobra importancia especial el Derecho Procesal<sup>38</sup>. Quizás la riqueza de la actuación judicial permita que avance de modo más rápido la formación de las nuevas ramas jurídicas especialmente requeridas por los derechos humanos, pero urge tener en cuenta que despliegues exagerados pueden ser contraproducentes.

**II. Perspectiva de conjunto**

56. En un panorama *comparativo general*, las tres tácticas evidencian:

a) en la *dimensión sociológica* una atención limitada a las distribuciones, quizás menor en la teoría pura; la máxima referencia a la

---

<sup>38</sup> Cabe recordar la propuesta de James Goldschmidt de considerar el Derecho Justicial (es posible ampliar, por ej., en nuestro artículo "Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado", en "Doctrina Jurídica", 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972).

autoridad y la planificación está en la táctica de la exégesis, en la táctica de la teoría pura hay una fuerte remisión a la autoridad y a la planificación en cuanto a quiénes son los supremos repartidores, dejando de lado los criterios, y en la táctica neoconstitucionalista se desarrollan una remisión a la autoridad atenuada y una planificación de quiénes serán los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto disminuida por cierta libertad en la intervención judicial;

b) en la *dimensión normológica* la táctica exegética francesa jerarquiza de modo especial las normas generales legales, la de la teoría pura incrementa el posible protagonismo de las normas individuales y la del neoconstitucionalismo aumenta de manera notable el papel de las normas individuales; la táctica de la exégesis francesa se apoya generalmente en fuentes formales legales y en cierta medida contractuales, la de la teoría pura se refiere a la lógica de las normas, sean cuales fueran sus fuentes, y la del neoconstitucionalismo toma como grandes referentes a la constitución y las sentencias; en la táctica de la exégesis hay una intensa referencia a la intención del legislador, de la que se distancian en diversos grados las otras dos, una por el camino lógico y la otra por el judicial; en la táctica exegética se muestra una fuerte verticalidad descendente de producción y de contenido desde la ley, en la de la teoría pura impera la lógica de producción de las normas, descendente y en cierta medida ascendente, y en la del neoconstitucionalismo hay una referencia descendente e incluso ascendente entre constitución y sentencia;

c) en la *dimensión dikelógica*, la táctica de la exégesis propone un fuerte fraccionamiento de las particularidades, productor de seguridad, en cambio en la de la teoría pura se fracciona lo que no esté en la lógica, asegurando a los que caben en ella, y en el neoconstitucionalismo se presentan desfraccionamientos que con diversos sentidos producen inseguridad; la táctica exegética se apoya de manera fuerte en la legitimación de los repartidores, la de la teoría pura se desentiende del tema, aunque indirectamente al logicizar legitima y la del neoconstitucionalismo procura combinar la legitimidad democrática de los constituyentes con la legitimidad más aristocrática de los jueces; ninguna de las tres tácticas se atiene a un equilibrio de poderes que proteja al individuo contra el régimen; la táctica neoconstitucionalista pone especial énfasis en el amparo del individuo respecto de distintas amenazas vinculadas a los fines del Estado democrático y social.

La táctica exegética defiende una complejidad impura, constituida principalmente por normas y justicia; la de la teoría kelseniana es una simplicidad pura que bloquea la amplitud del debido pensamiento jurídico y la táctica neoconstitucionalista corresponde a un retorno a la complejidad impura donde el jusnaturalismo penetra la consideración diferenciada de las normas e incluso de la realidad social

57. En cuanto a las *especialidades*, la exégesis y sobre todo el neoconstitucionalismo plantean tácticas más *materiales*, en tanto la de la teoría pura es más formal. La táctica exegética se relaciona en particular con materias que requieren más legislaciones codificadas, la de la teoría pura debilita las posibilidades de emplear diferenciadamente las ramas jurídicas y la del neoconstitucionalismo se apoya con cierto sentido de innovación en el protagonismo del Derecho Constitucional e incluso del Derecho Procesal.

En lo *espacial*, las tácticas de la exégesis y el neoconstitucionalismo son más locales y la teoría pura puede tener alcances más amplios. La abstracción traspone las fronteras con mayor facilidad.

En lo *temporal*, la táctica de la exégesis es más estática, en cambio las de la teoría pura y el neoconstitucionalismo son más dinámicas. La exégesis plantea un relativo “salto histórico” a cuyo resultado se aferra, la teoría pura es de cierto modo “ahistórica” y el neoconstitucionalismo es relativamente dinámico pero está atado con alcances no descartables a circunstancias históricas particulares. La referencia jusnaturalista que éste hace a la constitución sólo es viable en determinadas realidades.

En lo *personal*, las tácticas del neoconstitucionalismo y de cierta manera de la exégesis son más personales que la de la teoría pura. El planteo kelseniano pretende ser impersonal.

58. En las categorizaciones más específicamente *tácticas* y *estratégicas*, la táctica de la exégesis se plantea más en el *enfrentamiento*, ofensivo y defensivo y con carácter frontal; la de la teoría pura al menos aparenta una *retirada* y la del neoconstitucionalismo se desenvuelve más en el *relacionamiento* o el enfrentamiento de flanco. A veces parece que la exégesis y sobre todo el neoconstitucionalismo se remitieran más a la *excelencia propia*, en el primer caso, del legislador, y en el segundo en el

ámbito judicial <sup>39</sup>.

**C) Horizontes histórico <sup>40</sup>, jurilingüístico <sup>41</sup> y político <sup>42</sup>**

59. En el horizonte *jurilingüístico* del mundo jurídico, relacionado en especial con la dimensión normológica, la táctica de la exégesis opone un *nosotros* y un *ellos*; la de la teoría pura aleja a los individuos, haciéndolos en principio *ellos* y la del neoconstitucionalismo invoca cierto *nosotros*.

60. Tal vez pueda establecerse cierta “dialéctica” *histórica* entre la táctica exegética de imperio material deductivo del legalismo del siglo XIX, la de la oquedad formal logicista de la teoría pura, muy invocada en el siglo XX, y la del despliegue formal y de contenido neoconstitucionalista referida en los últimos tiempos.

61. El *mundo político* se diferencia en *ramas* constituidas tridimensionalmente pero signadas al fin por referencias a valores de convivencia específicos y por perspectivas de conjunto. Hay ramas particulares como la política jurídica (o Derecho, valor justicia), la política económica (utilidad), la política sanitaria (salud), la política científica (verdad), la política artística (belleza), etc. También hay ramas de conjunto como la política educacional (desarrollo del plexo), la política de seguridad (limitación del complejo) y la política cultural (atención al todo).

En este panorama, la táctica de la exégesis abarca, quizás en exceso, una referencia político-jurídica que tal vez procure orientar a las otras ramas. Esto no excluye su inserción en importantes despliegues estratégicos como

<sup>39</sup> Quizás la táctica de la teoría pura se desenvuelva en el aislamiento o el relacionamiento en oquedad.

<sup>40</sup> Se puede ampliar en nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

<sup>41</sup> Es posible ampliar en nuestro artículo “El verbo en el antecedente de la norma jurídica (un aporte a la “Jurilingüística” con especial referencia a la lengua española)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 32, págs. 17/26.

<sup>42</sup> Se puede ampliar en nuestro “Derecho y política” cit.

los que evidenció la amplia perspectiva de la obra napoleónica general, que incluye la creación del Banco de Francia (1800), el concordato con la Iglesia (1801), el avance en la obra codificadora, la centralización del control de las escuelas, el desarrollo de la administración pública, un fuerte manejo político con adhesión popular, etc. Tampoco aparta las posibilidades monárquicas y republicanas bajo las cuales la escuela se desarrolló. La táctica de abstención de la teoría pura deja especial espacio para los avances de las ramas políticas no jurídicas. La táctica neoconstitucionalista abre la política jurídica a un mayor diálogo con las otras ramas políticas, aunque quizás éstas puedan dominarla.

#### ***D) Conclusión***

62. Las teorías de la exégesis, pura del Derecho y del neoconstitucionalismo tienen significados tácticos integrables en diversas estrategias. Tal vez la indefinición logicista de la táctica de la teoría pura e incluso el legalismo de la táctica exegética sean los modelos más trasplantables. La táctica del neoconstitucionalismo resulta más referida a un marco situacional determinado por su contenido <sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Con el mismo modelo aquí empleado pueden ser analizados los significados tácticos de otras teorías jurídicas (en relación con los del integrativismo de la teoría trialista del mundo jurídico puede v., por ej., lo expuesto en “Estrategia Jurídica” cit.).