

Revista de Filosofía Jurídica y Social

©

Registro de la Propiedad Intelectual N° 746314, Formulario H N° 77004
La Revista de Filosofía Jurídica y Social es continuación de la Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.
Propietaria: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario
Córdoba 2020, Rosario (Código Postal 2000), Argentina.
Teléfono/fax: (341) 4802634, int. 114.
E-mail: cifjfs-der@fder.unr.edu.ar ; mciuroc@arnet.com.ar
CUIT: 30-52355240-2

ISSN 2314-128X

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

Director responsable: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani
Responsable de edición: Dr. Milton C. Feuillade

Publicación de periodicidad anual, realizada por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina).

Tirada: 200 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Prof. Darío Maiorana

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ernesto I. J. Granados

Vicedecana: Dr. Andrea Angélica Meroi

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

Dr. Daniel Erbetta
Dr. Gustavo Franceschetti
Dr. Ariel Ariza
Dra. María Elena Martín
Dr. Marcelo Vedrovnik
Dra. Adriana Taller
Dr. Gerardo Muñoz
Dra. Solange Delannoy
Dra. Anahí Priotti
Dr. Hernán Botta

Consejeros Estudiantiles

Flavia Petrocelli
Matías Figueroa
Melisa Villegas
Bruno Morretta Zuelgaray
Leandro Gallardo
Sergio Chiarella
José Barcia
Gonzalo Cristini

Consejero No Docente

Analía Blanc

Consejero Graduado

Mario González Rais

Consejero Superior

Dr. Carlos A. Hernández

**CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL**

Director: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani
(Ex Investigador del CONICET)

Subdirectora: Dra. María Isolina Dabóve
(Investigadora del CONICET)

Secretarios Técnicos: Dr. Elvio Galati
(Becario postdoctoral del CONICET)
Marianela Fernández Oliva
(Becaria doctoral del CONICET)

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar

Diseño y edición web: Abog. Gabriel Salmén
www.cartapacio.edu.ar

Comité Académico

Dra. Noemí L. Nicolau
Dra. Alicia M. Perugini
Dr. Nelson Saldanha
Dr. Jean-Marc Trigeaud

ÍNDICE

DOCTRINA

BENTOLILA, Juan José

Una teoría general del análisis de casos 9

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

Aportes Metodológicos para la comprensión jurídica de las directivas médicas (de salud) anticipadas (Un gran desafío para la “preconstrucción” de la propia vida) 17

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

Significados Tácticos de las Teorías Jurídicas 33

FEUILLADE, Oscar D.

Pobreza, riqueza y Sistema Tributario 63

REINICK, Javier

Aproximación trialista a la Cooperación Jurisdiccional Internacional de Segundo Grado 93

TRUCCO, Marcelo F.

El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales 121

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estrategia Jurídica” – 1^a ed. – Rosario. UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2011, 256 págs.145
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco – “Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR: Liber Amicorum Miguel Ángel Ciuro Caldani” – Buenos Aires. Eudeba, 2011149
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Distribuciones y Repartos en el Mundo Jurídico” - 1^a ed. – Rosario. UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012, 200 págs.151
- Normas Editoriales**155

UNA TEORÍA GENERAL DEL ANÁLISIS DE CASOS *

JUAN JOSÉ BENTOLILA **

Resumen: En este trabajo intentamos demostrar las limitaciones que genera, a los fines del análisis del caso y de la enunciación de estrategias jurídicas, la utilización de teorías jusfilosóficas no integrativistas.

Palabras clave: Filosofía - Derecho - Método del caso - Integrativismo - Tridimensionalismo - Trialismo - Mundo jurídico - Estrategia jurídica.

Abstract: In this paper we try to demonstrate the limitations that generate the utilization of non integrativist theories, in order to analyze cases and enunciate juridical strategies.

Key words: Philosophy - Law - Case method - Integrativism - Tridimensionalism - Trialism - Juridical world - Juridical strategy.

1. Uno de los mayores desafíos que se presenta al operador del Derecho lo constituye la dinámica jurídica que se pone en juego en el análisis del caso¹.

En efecto, habituados ciertos sectores al aislado estudio meramente normativista de cada una de las ramas del mundo jurídico, como si de saberes soberanos se tratara, una visión conflictualista impone una aproximación totalizadora, que requiere conocer no sólo la completitud de

* Trabajo presentado en las “Jornadas Nacionales de Teoría General del Derecho (abarcadora del Complejo de las Ramas Jurídicas) y Estrategia Jurídica” en homenaje a Federico Carlos de Savigny, en ocasión del 150° aniversario de su fallecimiento, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1 y 2 de septiembre de 2011.

** Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la UNR.

¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El ámbito de la decisión Jurídica (la construcción del caso)”, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Nro. 24, págs. 67 y ss. También p. v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico - sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967.

los aspectos normativos del Derecho, sino también sus interrelaciones y sus proyecciones sociológicas y axiológicas.

De tal suerte, entendiendo al caso como un problema complejo², su análisis implicará necesariamente la descomposición en las diversas dimensiones que lo constituyen, a los fines de poder plantear un enfoque estratégico integral³ que aventure el riesgo de desarrollos inesperados, situación verdaderamente indeseada y siempre temida por quienes pretendemos una aproximación científica a nuestra disciplina.

2. En tales términos, debemos comenzar por establecer un paradigma teórico que nos resulte apropiado para integrar todos los elementos significantes que sean útiles para promover una estrategia jurídica.

Evidentemente, mientras más reduccionista se presente la respuesta teórica a la pregunta *¿qué es el Derecho?*, menos circunstancias reclamarán nuestra atención, facilitando notablemente el análisis. Mas no debe pasar desapercibido el riesgo implícito en tal elección, constituido por el desprecio de datos que bien pueden resultar imprescindibles a la hora de comprender cabalmente el conflicto jurídico bajo estudio.

Por el contrario, la asunción de un marco teórico que pretenda construir el fenómeno jurídico desde la integración de sus diversas

² BOCCHI, Gianluca, CERUTI, Mauro (comp.), "La sfida della complessità", traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10^a edición, Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en El Derecho, tomo 126, págs. 884 y ss.; MORIN, Edgar, "Introducción al pensamiento complejo", traducción Marcelo Pakman, 7^a reimpresión, Barcelona, Gedisa, 2004; GALATI, Elvio, "La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades", tesis doctoral aprobada en el marco del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, inédita.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia", en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Nro. 22, pág. 11. Del mismo autor "Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado", en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, Nro. 23, págs. 17 y ss.; "La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas", en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, Nro. 32, págs. 25 y ss.; y "Estrategia Jurídica", Rosario, UNR Editora, 2011. También MEROI, Andrea Angélica, "La estrategia en el Derecho Procesal. La comprensión de la decisión y la estrategia en la resolución de conflictos", en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2002, Nro. 35, págs. 49 y ss.

dimensiones significantes, permite ampliar el análisis, mostrando un panorama enriquecido con aristas que, en nuestra disciplina, no pueden ser soslayadas sin implicar una mutilación inadmisible.

Es por ello que, si pretendemos establecer un protocolo de trabajo en relación al análisis del caso, debemos comenzar por identificar sus aspectos sociológicos⁴, ingreso necesario para luego otorgarle significación normativa y axiológica.

2.1. Parece elemental -aunque no todas las posiciones teóricas lo admitan- que, previo a tamizar el caso a través de la norma, el análisis debe orientarse a establecer algunos elementos esenciales.

Entendemos que debe principiarse por identificar quiénes son los sujetos involucrados (tanto conductores como conducidos), ampliando el espectro bipolar hacia el triádico, con inclusión del auditorio destinatario de la tarea argumentativa.

Luego resulta menester comprender cuál es el objeto respecto del cual se sostiene el conflicto (qué potencias e impotencias se debaten), aspecto que no siempre coincide con el declarado por las partes, y cuyo desconocimiento puede concluir en un éxito desdeñado por los interesados.

Seguidamente pueden establecerse los posibles caminos que habrán de transitarse para la obtención de la solución, optando por vías de mayor o menor audiencia (negociación, adhesión, proceso o mera imposición), con eventuales combinaciones entre ellas.

De particular relevancia son las razones en las que se fundan los contendientes para avalar su postura (tanto las reales como las declaradas) y cómo han de ser argumentadas discursivamente⁵, atento la posibilidad de lograr una mayor o menor adhesión de la comunidad.

⁴ Resulta esclarecedor confrontar lo expresado con las ideas vertidas por HOLMES, Oliver Wendell, “La senda del Derecho”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1975. P. v. también FINCH, John, “Introducción a la Teoría del Derecho”, traducción Francisco Laporta San Miguel, Barcelona, Labor, 1977; y FRANK, Jerome, “Courts on trial. Myth and reality in American Justice”, New Jersey, Princeton University Press, 1973.

⁵ Cf. ALEXY, Robert, “A Theory of Legal Argumentation”, traducción Ruth Adler - Neil Mac Cormick, Oxford, Clarendon, 1989; Aristóteles, “El arte de la retórica”, 2^a edición, traducción E. Ignacio Granero, Bs. As., Eudeba, 2005; ATIENZA, Manuel, “A propósito de la argumentación jurídica”, en Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998, volumen 21, págs. 33 y ss.; del mismo autor, “Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica”, 3^a reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; GHIRARDI, Olsen A., “El Razonamiento Judicial”, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, págs. 60 y ss.; PERELMAN, Chaïm, “Logica

Puntualmente no puede obviarse la identificación de los límites que puedan perfilarse en el caso (necesarios y voluntarios), que eventualmente obstaculicen o condicione el arribo a una solución del mismo.

En adición, ha de ser menester advertir las líneas de planificación gubernamental, y su interacción con la costumbre imperante en el contexto cultural del caso.

Así, postular ingenuamente como primer interrogante *¿quién tiene derecho?* se presenta como una formulación apresurada, habida cuenta que surge inevitable el previo reconocimiento de la realidad fáctica situacional, identificando de tal suerte con toda claridad las posiciones de poder (que autorizarán la imposición de respuestas) y las situaciones de eventual cooperación de los protagonistas (que permitirán establecer alianzas defensivas u ofensivas), así como también los intereses que los impulsan que bien pueden coincidir (total o parcialmente) y conducir a respuestas jurídicas consensuadas.

Es recién luego de efectuar tal indagación que podremos conjeturar un primer pronóstico parcial y provisorio, vinculado a las consecuencias estimables de las elecciones posibles, a saber: judicialización (con mayor o menor grado de intensidad inicial del conflicto, con recurso a procedimientos breves o alongados, con petición de medidas previas o sin ellas) o la derivación a medios alternativos de resolución.

Esta apertura a la constelación fáctica constituyente del caso franquea el camino a la utilización interdisciplinaria de saberes que, en cierta medida, suelen ser excluidos del análisis, tales como la teoría de la decisión⁶, discurso inevitable para el establecimiento de una proyección estratégica.

giuridica nuova retorica”, a cargo de Giuliano Crifò, Milán, Giuffrè, 1979; PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS - TYTECA, Lucie, “Tratado de la argumentación. La nueva retórica”, traducción Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000; PORTELA, Mario Alberto, “Argumentación y sentencia”, en Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998, volumen 21, págs. 333 y ss.; VIGO, Rodolfo Luis, “Razonamiento judicial justificatorio”, en Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998, volumen 21, págs. 483 y ss.

⁶ Cf. ARROW, Kenneth J., “Elección social y valores individuales”, traducción Eusebio Aparicio Auñón, Barcelona, Planeta Agostini, 1994; HANSSON, Sven Ove, “Decision Theory. A brief Introduction”, Department of Philosophy, Uppsala University, 1994, pág. 6; HÖFFE, Otfried, “Estudios sobre teoría del derecho y la justicia”, traducción Jorge Malem Seña, Barcelona, Alfa, 1988, págs. 151 y ss.; JORGENSEN, Stig, “Motive and Justification in Legal Decision - Making”, en Reason in Law, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, volumen 1, págs. 335 y ss.; LUCE, R. Duncan, RAIFFA, Howard, “Games and decisions. Introduction and Critical Survey”, New York, John Wiley and Sons, 1957, págs. 13 y ss.; MEROI, Andrea Angélica, SALMÉN, Gabriel Mauricio, “Seminario sobre Teoría de la Decisión”, en

2.2. En un segundo orden de ideas, adquiere particular relevancia la selección de la norma que se pretende aplicable al caso (sobre lo cual puede existir acuerdo o disenso), la interpretación propugnada respecto de aquélla (con la opción por las diversas metodologías posibles), la invocación del modo en que ha de ser determinada o elaborada, en caso de evidenciarse necesarias tales tareas, teniendo en consideración la configuración de un sistema normativo (formal o material) o de un mero orden, la pretendida síntesis ante la presencia de concurrencia normativa (que ya en un primer momento se advierte en la conjugación del Derecho de fondo y el adjetivo) y, finalmente, la referencia a la aplicación que derivará en una afirmación, ahora sí, respecto de quién resulta en abstracto asistido por el ordenamiento normativo.

De lo expresado puede apreciarse que cada una de tales tareas merece un desarrollo argumentativo que avale la posición (formal y sustancial) de los sujetos involucrados, tendente a generar convicción en el juzgador de la razonabilidad de las posturas esgrimidas.

Huelga decirlo, tal proceder no puede prescindir de una teoría general del Derecho⁷, que bien puede referirse a “lo común” o a “lo abarcativo” de todos los fenómenos jurídicos. Es que si bien tradicionalmente se ha relacionado la expresión en cuestión con el primero de los despliegues, creemos que ello constituye un cierto reduccionismo en torno a la complejidad de “lo jurídico”. Por eso es que nos sumaremos a quienes advierten la necesidad de comprender, también, dentro del estudio de la teoría general del Derecho a “lo abarcativo”, haciendo énfasis en los rasgos esenciales de los institutos involucrados, cuya relación se propugna a través de la comparación de las diferentes áreas jurídicas.

Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2005, Nro. 38, págs. 159 y ss.; MEYER, Paul L., “Probabilidad y aplicaciones estadísticas”, traducción Carlos Prado Campos y otros, reimpresión, México, Adison Wesley Longman, 1998; NINO, Carlos Santiago, “Introducción a la filosofía de la acción humana”, Bs. As., Eudeba, 1987; POSNER, Richard A., “The Economics of Justice”, 6^a edición, Cambridge, Massachusetts, 1996; RAWLS, John, “A Theory of Justice”, 10^a edición, Cambridge, Harvard University Press, 1980, págs. 142 y ss.; VANBERG, Viktor, “Racionalidad y reglas” (rec.), traducción Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 51 y ss. y 149 y ss.; WRIGHT, Georg Henrik von, “La lógica de la preferencia”, traducción Roberto J. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1967.

⁷ Sobre los alcances de la expresión analizada, p. c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de teoría general del Derecho”, en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, Nro. 32, págs. 33 y ss.

Así, entendemos que la perspectiva de cada institución del Derecho puede verse altamente enriquecida sobre la base de una adecuada contrastación. De hecho, se ha afirmado que “Si no se tiene sentido del complejo, el conocimiento de alguna rama en particular no satisface el respectivo conocimiento del Derecho”⁸. Claro está, la mentada vinculación debe enmarcarse en un sistema que se construya con respeto a las particularidades que se reconocen, que no deben, en modo alguno, ser soslayadas por la pretensión generalizadora. Es que, bajo la intención de combatir la excesiva fragmentación del conocimiento del Derecho⁹, puede arribarse a una indefinición de las fronteras de cada rama, produciendo una visión que no permita nitidez al momento de delinear correctamente las diversidades presentes.

2.3. En un tercer orden de ideas, han de ser perfilados los fines valorativos involucrados en el caso, para lo que debe establecerse con el mayor grado posible de aproximación el plexo axiológico que se muestre como configurante de las ideas de valor en el marco social dado, así como las interacciones axiológicas que puedan presentarse (de oposición o coadyuvancia).

Es que asumimos que resulta poco aconsejable emprender nuestro análisis sin tomar en consideración las particulares visiones axiológicas de quien va a adoptar la decisión que componga el conflicto.

Más aun, de tal suerte han de adicionarse las hipótesis de fraccionamiento que puedan ser aducidas, habida cuenta que ello ingresará (explícita o implícitamente) en el contenido del eventual decisorio a dictarse.

3. Va de suyo, con fundamento en todo ello no puede omitirse una razonable conjetura¹⁰ que permita pronosticar el resultado de nuestra tarea analítica para, en caso de corresponder, ajustar la estrategia y consecuentemente los desarrollos tácticos a seguir.

⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones...”, cit., pág. 38.

⁹ Fragmentación que impide la visión de conjunto necesaria para la promoción de la táctica y estrategia jurídicas. Al respecto, vide CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La teoría general del Derecho ...”, cit., págs. 25 y ss.

¹⁰ Vide CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Con tales fines puede evidenciarse enriquecedor el empleo del método de las variaciones, que conllevará necesariamente la asunción de los argumentos invocados por la parte contraria del conflicto para evaluar su grado de aceptabilidad.

En síntesis, del desarrollo precedentemente efectivizado no puede sino concluirse que las tesis infradimensionalistas comúnmente extendidas impiden captar la totalidad de los matices significantes del caso, mostrando sólo algunos de sus aspectos y por ello restringiendo notablemente la posibilidad de un enfoque estratégico.

En nuestro sistema de raíz romanista continental¹¹, la especial gravitación pedagógica de la radicalización exegética que acompañó al proceso codificador francés¹² (del cual nuestro ordenamiento civil es tributario), ha contribuido a generar una visión recortada que comprime al caso, mostrándolo como la enunciación discursiva de las partes en el marco del proceso judicial, y la expresión del juez entendido como mero informador de la ley, cuya aplicación se pretende de algún modo automática.

Y no logra evitar tales consecuencias dañosas a nuestra propuesta la entronización que algunos sectores pretenden efectuar respecto del modelo kelseniano¹³. Es que si bien resulta ciertamente superador en relación a las posiciones imperantes en oportunidad de su formulación, la complejidad del caso exige la asunción de teorías que permitan dar acabada cuenta de todas las circunstancias que se presenten como relevantes.

En tales términos, la adhesión a los panoramas infradimensionalistas reseñados precedentemente, conduce insoslayablemente a que se pierdan en nuestro camino las diversas aristas que aquí pretenden ser remarcadas, generando por ende un basamento altamente limitado, con la consiguiente restricción de la enunciación de desarrollos estratégicos.

¹¹ Sobre ello, v. CASTÁN TOBEÑAS, José, “Los Sistemas Jurídicos contemporáneos del mundo occidental”, en “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000; DAVID, René, JAUFFRET SPINOSI, Camilla, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10^a edición, Paris, Dalloz, 1992; y LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos”, traducción Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982.

¹² SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho privado”, Bs. As., Depalma, 1946, tomo I (La idea individual), págs. 117 y ss.

¹³ KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, 30^a edición, traducción Moisés Nilve, Bs. As., Editorial Universitaria de Bs. As., 1994; del mismo autor, “¿Qué es Justicia?”, traducción Albert Calsamiglia, Madrid, Planeta - Agostini, 1993.

Consecuentemente, no puede sino concluirse que las posibilidades de formulación de modelos estratégicos que admitan un adecuado pronóstico conjetural, están directamente vinculadas a la teoría jurídica que subyace al análisis del caso.

Entendemos que la teoría trialista del mundo jurídico¹⁴, especie del integrativismo jurídico, contiene categorías que permiten efectuar un análisis del caso que lo capta en su cabal proyección, y pone en evidencia la necesidad de formulación de modelos estratégicos, aspecto usualmente soslayado por los reduccionismos apuntados.

Ciertamente que, tratándose de decisiones metodológicas¹⁵, no existe un imperativo universal de comprensión del caso en algún sentido sobre otro, mas creemos que toda opción al respecto ha de efectuarse sobre la base de información que permita evaluar los riesgos que implica marginar elementos que, en definitiva, se nos presentan como claramente relevantes.

¹⁴ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, p. v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6^a edición, 5^a reimpresión, Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; del mismo autor, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; y también “La conjetura...”, cit.; y BENTOLILA, Juan José (Coordinador), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009.

¹⁵ GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004.

APORTES METODOLÓGICOS PARA LA COMPRENSIÓN JURÍDICA DE LAS DIRECTIVAS MÉDICAS (DE SALUD) ANTICIPADAS

(Un gran desafío para la “preconstrucción” de la propia vida)

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

Resumen: En base a la metodología del integrativismo de la teoría trialista del mundo jurídico en general y a sus perspectivas materiales, espaciales, temporales y personales se analizan las directivas médicas de salud anticipadas, sobre todo en relación con la ley 26529 de Derechos de los Pacientes en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Se ubica el tema en el Derecho de la Salud, enfoque más completo que el derecho a la salud.

Palabras clave: Integrativismo – Tridimensionalismo – Teoría trialista – Directivas médicas de salud anticipadas – Pacientes – Derecho de la Salud

Abstract: Based on the integrativist methodology of the Trialist Theory of the Juridical World in general, and its material, spatial, temporal and personal prospects; it analyzes the anticipated health medical directives, particularly in connection with National Act 26529 of Patients' Rights in their relationship with Professionals and Health Care Institutions. It places the subject in Health Law, a more comprehensive approach than the one provided by the right to health's consideration only.

Keywords: Integrativism – Tridimensionalism – Trialist Theory - Anticipated Health Medical Directives – Patients – Health Law

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y titular de la Universidad Nacional de Rosario.

I. Ideas básicas

1. La ley 26529 de Derechos de los Pacientes en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud acentuó el interés en el tema de la directivas médicas (de salud) anticipadas ¹. Como ocurre con todas las cuestiones de la Bioética, el Bioderecho y el *Derecho de la Salud*, se presentan al respecto múltiples perspectivas intra e interdisciplinarias ². En nuestro caso, nos ocupamos de las perspectivas complejas que facilita el

¹ Pueden v. por ej. Infoleg, ley 26.529, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=160432>, 8-10-2011; Blog de Portales Medicos.com, Derechos del Paciente, Ley 26.529 Derechos del Paciente, <http://www.portalesmedicos.com/blogs/DerechosdelPaciente/note/2053/falta-de-information.html>, 8-10-2011. Recientemente ha tratado el tema, con excelentes resultados, la Comisión 9, de Derecho Interdisciplinario, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán; Derecho de los Pacientes) (v. http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_9.pdf, 8-10-2011).

El art. 11 de la ley dice “Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes.”

V. AIZENBERG, Marisa – REYES, Romina D., “El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas noticiadas en la ley 26529”, http://www.derecho.uba.ar/extension/dma_msa_rdr.pdf, 8-10-2011. Cabe tener en cuenta además por ej. XIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA, Tema II “Competencia Notarial En Asuntos No Contenciosos”, La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad. Autora: Escribana María Marta Luisa Herrera, <http://www.notarioslatinos.com/pdf/pdf%20art%20Herrera.pdf>, 8-10-2011; Portal del Consumidor Protectora, Directivas anticipadas. El caso “M” – Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 De Mar Del Plata (Buenos Aires) – 25/07/2005 <http://www.protectora.org.ar/bioetica/directivas-anticipadas-derecho-a-la-dignidad-de-la-vida-%E2%80%93-derecho-a-la-autodeterminacion-y-respeto-a-las-decisiones-personales-referidas-a-la-salud-fallo-completo/3586/>, 8-10-2011.

Algunos sectores elogian la ley y otros la critican, total o parcialmente. A nuestro parecer, más allá de detalles, es un avance fundamental para demostrar que, trascendiendo el derecho a la salud disperso en diversas ramas jurídicas existe el *Derecho de la Salud*. Cabe c. nuestro trabajo “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, págs. 19/32. También nuestra comunicación para la Comisión 9 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Nuestro tema es un enfoque común del Bioderecho y el Derecho de la Salud.

Suelen emplearse terminologías diversas, no del todo coincidentes: directivas anticipadas, declaraciones de salud, testamentos vitales, etc. Creemos que directivas de salud anticipadas es suficientemente esclarecedora. Es relevante que se plantee toda la riqueza de la problemática de *salud*, que supera las cuestiones médicas.

² Cabe c. diversas perspectivas en NewYork-Presbyterian, Cuidados de fin de vida, http://www.cornellcares.org/pdf/handouts/eolc_advdirectives_sp.pdf, 8-10-2011.

*integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico*³. Cada construcción jusfilosófica se califica según las posibilidades que brinda a la satisfacción de los intereses de los seres humanos y creemos que en nuestro caso el integrativismo tridimensionalista trialista hace aportes que son de destacado valor. En definitiva, es importante esclarecer el *puesto jurídico* de las personas que adoptan las directivas de salud anticipadas y quienes las reciben. Se trata de un gran desafío para la “*preconstrucción*” del complejo de la propia vida⁴.

2. Según la propuesta de construcción del Derecho del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico dicho mundo ha de integrarse con repartos de potencia e impotencia (*dimensión sociológica*), captados por normas (*dimensión normológica*) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*⁵). Desde un enfoque más dinámico, se trata de la actividad captable por normas vinculada al aprovechamiento de las *oportunidades* para realizar un complejo de valores que culmina en la justicia. Todos los despliegues sociales, normativos y valorativos pueden constituir dinámicamente las *oportunidades* a aprovechar.

Las directivas de salud anticipadas han de ser comprendidas *socio-normo-dikelógicamente*. En lo dinámico, en relación con *oportunidades* al

³ Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; 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 conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/maciuro.htm>, 8-10-2011; Cartapacio, http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundo_juridico/index, 8-10-2011.

El integrativismo tridimensionalista trialista fue fundado por Werner Goldschmidt. Pese a diferencias importantes con el pensamiento trialista originario, sobre todo porque no planteamos a la teoría con pretensiones ontológicas sino constructivas, para el caso adoptamos muchas de las líneas de la propuesta goldschmidtiana (nuestras ideas están en gran medida en la obra “La conjectura ...” cit.).

⁴ Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

⁵ Diké era una de las divinidades griegas de la justicia. Se trata de la ciencia de la justicia.

respecto. Las oportunidades han de constituirse en base a *conjeturas* referidas a las situaciones a dirigir que suelen ser muy difíciltosas.

Cada *persona* es un suborden de repartos, un subordenamiento normativo y un suborden de justicia. La exclusiva consideración de alguno o algunos de dichos despliegues mutila la comprensión de lo jurídico y, consecuentemente, de la vida de la persona de que se trate.

Nuestro propósito en este caso es dejar planteada una *metodología* que permita resolver los *interrogantes* con la riqueza debida, no responder a ellos. Todo avance en la respuesta tiene el solo fin de aclarar la pregunta.

II. Las perspectivas de las directivas de salud anticipadas en el mundo jurídico

1. El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

3. La dimensión sociológica abarca adjudicaciones de *potencia* e *impotencia* (lo que favorece o perjudica a la vida humana) que pueden ser *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y, centralmente, *repartos* producidos por la conducción humana. Las distribuciones de las influencias humanas difusas emergen de la economía, la religión, la concepción del mundo, la lengua, la ciencia, la técnica, etc. La diferenciación entre distribuciones y repartos no es fácil, porque no lo es la referencia a la línea de la *libertad* necesaria para que haya conducta.

El cabal conocimiento de los repartos requiere saber quiénes son los repartidores y los recipientes (beneficiados y gravados), cuáles son los objetos (potencias e impotencias), cómo se desenvuelven las formas (caminos previos de mayor o menor audiencia) y cuáles son las razones respectivas (móviles, razones alegadas y razones sociales que asigna la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos).

Para resolver las directivas de salud anticipadas hay que tener en cuenta, en proyección incluso conjetural, el *marco* de adjudicaciones respectivo: cuáles son las distribuciones y los repartos que lo integran. Es relevante, por ejemplo, apreciar el estado de salud más o menos viable que

brindan la naturaleza, la economía, la ciencia, la técnica, etc.; las percepciones que brindan la religión, las concepciones del mundo, la lengua, etc. Hay que determinar si quienes emiten las directivas son libres.

Se ha de conocer quiénes conducen las situaciones y quiénes se benefician y perjudican (los propios emisores, los prestadores de salud en general, los profesionales, los administradores, los comerciantes, los parientes, etc.), cuáles son las potencias e impotencias que están en juego (desarrollo de la salud, abandono, encarnizamiento, ganancia, etc.), cuál es la audiencia y cuáles son los móviles de los repartidores, las razones alegadas y las razones sociales (beneficio de las personas que disponen, lucro, etc.). La verdadera audiencia es al menos un proceso informado. Todos los despliegues de las decisiones pueden ser ocultos o no, interferidos o no.

Las decisiones repartidoras acerca de las directivas de salud anticipadas se adoptan a menudo en condiciones de *incertidumbre* porque los juicios que al respecto se forman quienes las adoptan son en gran medida conjeturales y las situaciones pueden ser muy cambiantes. En concordancia con las características de este tiempo, que quizás sea del riesgo, se trata de decisiones que se toman en condiciones de *riesgo*⁶.

4. Los repartos pueden ser *autoritarios*, desenvueltos mediante la imposición y realizadores del valor poder, o *autónomos*, desarrollados por acuerdo de los interesados y satisfactorios del valor cooperación. Con excesiva frecuencia la autonomía aparente esconde fenómenos de autoridad. Las formas de los repartos se diversifican según se orienten, en condiciones de más o menos audiencia, hacia la autoridad, por caminos de proceso o mera imposición, o hacia la autonomía, por senderos de negociación o mera adhesión.

Las directivas de salud anticipadas se desenvuelven normalmente en condiciones de autonomía, aunque pueden esconder imposiciones. Es posible que en detrimento de la autonomía las personas sean presionadas para que adopten ciertas directivas. En algunos casos se invocan la negociación y el

⁶ V. BECK, Ulrich, "La sociedad del riesgo", trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Ma Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001.

Es importante advertir que se trata de una *nueva era* signada por enormes cambios científicos, técnicos y morales.

proceso pero en realidad hay mera adhesión o mera imposición. Las personas pueden ser presionadas para que acepten o no acepten determinados tratamientos. Este es uno de los despliegues más críticos de nuestro ámbito de referencia y por eso suele ponerse mucho empeño en que se alcance la *real* voluntad autónoma de los emisores.

5. Los repartos pueden *ordenarse* mediante el *plan de gobierno* que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad o por *ejemplaridad* que se desenvuelve mediante el seguimiento de repartos que se consideran razonables y satisface el valor solidaridad. Los planes de gobierno suelen expresarse en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, etc. Los órdenes de repartos (regímenes) realizan el valor orden. Pueden dejar más o menos espacio a la autonomía de los interesados.

Las directivas de salud anticipadas pueden ordenarse mediante el plan de gobierno y la ejemplaridad. Un dato relevante es la presión que en detrimento de la autonomía pueden ejercer al respecto los planes de gobierno y la razonabilidad social. El dictado de la ley 26529 muestra que el plan de gobierno argentino ha tomado más en cuenta el tema de las directivas.

Los órdenes de repartos, en este caso los subórdenes personales, pueden tener despliegues temporales más *conservadores* o *innovadores*, menos o más abiertos al *cambio*, sea en sentidos “valiosos” o no. Las directivas de salud anticipadas están encaminadas a evitar que, en situaciones de *crisis*, ocurra lo que el emisor no desea.

6. Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas. Los límites pueden ser de alcance general, principalmente físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos o socioeconómicos. También pueden ser especiales de los proyectos referidos a cuestiones vitales, ya que cuando está en cuestión la vida las decisiones de futuro son replanteadas.

Esto ubica a los repartos de las directivas de salud anticipadas ante la posibilidad de límites muy relevantes. Las personas pueden no estar en condiciones de decidir, de expresarse o de lograr lo dispuesto. Uno de los sentidos de limitación muy significativos es la posibilidad de que ante la

crisis, v. gr. la cercanía de la muerte, los emisores se replanteen lo decidido y cambien de parecer. Por esto las directivas han de ser revocables hasta último momento y, en principio, de cualquier manera relativamente fide digna. Asimismo es relevante que, llegado el momento del cumplimiento, lo dispuesto cuente con la fuerza social necesaria para que se cumpla, por ej. que no sea frustrado por codicia, desinterés, identificación con la prolongación de la vida de los emisores, etc.⁷

7. Las *categorías básicas* en las cuales se desenvuelve la realidad social del mundo jurídico son la posibilidad y la realidad, la causalidad, la finalidad “objetiva” que encontramos en los acontecimientos y la finalidad subjetiva⁸. La posibilidad, la realidad, la causalidad y la finalidad “objetiva” son categorías *pantónomas* (pan=todo; nomos=ley que gobierna) referidas a la totalidad de sus manifestaciones. Como no podemos abarcárlas en tal plenitud, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas produciendo certeza.

En las directivas de salud anticipadas, las dificultades de tales pantomomías se muestran en gran medida, quizás sobre todo porque puede resultar que los fraccionamientos se produjeron erróneamente y los acontecimientos tenían sentidos que se tornaron inaceptables.

8. Las decisiones jurídicas se adoptan en complejos *materiales, espaciales, temporales*⁹ y *personales* y las directivas de salud anticipadas deben tomarse con clara conciencia de tales alcances. Hay que tener en claro cuáles son los alcances que se pueden y quieren dar a los complejos respectivos: respecto de qué materias (v. gr. tratamientos¹⁰) se trata; dónde se ha de situar la decisión (país, ciudad, institución, etc.); cuáles son los despliegues temporales (v. gr. de las instrucciones, de los tratamientos, etc.)

⁷ Los emisores de las directivas de salud anticipadas deben lograr que sean viables como las establecieron y al fin se realicen.

⁸ Es posible v. nuestras “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967 (reimpresión en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 28, pág. 105/112), Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793>, 8-10-2011.

⁹ Aquí se sitúa lo preventivo.

¹⁰ Aquí se ubica especialmente lo paliativo.

y cuáles son las referencias personales (con qué personas se desea estar en relación de tratamiento, amistad, etc.)¹¹. La salud es una problemática muy compleja que depende de cada persona, la ubicación al respecto, anticipada o no, ha de asumir esa complejidad.

b) Dimensión normológica

9. El integrativismo tridimensionalista trialista pone especial cuidado en que las *normas* no se escindan de la realidad social en la que nacen y viven. Por esto las construye como captaciones lógicas de repartos proyectados que aseguran que éstos serán cumplidos (en el mismo sentido se hace referencia a captaciones neutrales, quizás pueda decirse captaciones promisorias). Es muy relevante que las normas sean *fieles, exactas* y *adecuadas*. La fidelidad surge de la expresión de la auténtica voluntad del autor; la exactitud se produce cuando esa voluntad se cumple y la adecuación se obtiene cuando se emplean los conceptos que sirven a dicha voluntad para que sea suficientemente comunicada y realizada.

Las normas producidas por las directivas de salud anticipadas han de alcanzar todas estas cualidades.

10. La *estructura* de las normas abarca siempre un *antecedente* que capta el sector social a reglamentar y una *consecuencia jurídica* que capta la reglamentación, cada uno con características positivas y negativas.

Las normas de las directivas anticipadas tienen en sus características negativas, por el antecedente, que no hayan mediado *error, dolo, violencia*, etc. y por la consecuencia, que lo dispuesto no sea contrario al *orden público*.

11. Las *fuentes formales* de las normas (constituciones, tratados internacionales, leyes, sentencias, decretos, contratos, testamentos, etc.) pueden clasificarse según su flexibilidad o rigidez, su elasticidad o inelasticidad, la participación mayor o menor de los interesados en su

¹¹ Es muy relevante que en las situaciones críticas haya, además del yo, un “tú” y un “nosotros”. Es posible ampliar en nuestro estudio “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (Con especial referencia a los pronombres)”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 31, págs. 55/99.

elaboración y su jerarquía. Aunque no se ha desconocer la importancia de las sentencias, es relevante contar con una *ley* al respecto y que se configure la *directiva anticipada*¹². La nueva ley puede llegar a evitar los conflictos que, a menudo en el imaginario profesional, se producen entre la autonomía de los sujetos y las leyes del Derecho Civil, el Derecho Penal, etc. También pueden aliviar las tensiones con contratos, por ej. de medicina prepaga.

También es significativo que las directivas de salud anticipadas se manifiesten en *instrumentos* seguros, preferentemente públicos, pero fácilmente modificables, con la elasticidad que requiera la posible indeterminación del emisor, por obra al fin exclusiva de éste y dando a las directivas un muy alto nivel normativo.

12. Para que los repartos proyectados se realicen, es decir se concreten en la vida de sus destinatarios, es necesario que las normas *funcionen* a través de un proceso en el que pueden ser necesarias tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis y una tarea “transversal” de argumentación. Además del funcionamiento “formal” existe un funcionamiento conjetural en relación con el cual se adoptan múltiples decisiones.

El funcionamiento de las normas requiere relaciones a veces difíciles entre los *autores* (legisladores, contratantes, testadores, etc.) y los *encargados* del mismo (jueces, administradores, los propios contratantes, etc.). En general, las normas terminan siendo lo que los encargados del funcionamiento las hacen ser. Como la generalidad de las personas, éstos hacen lo que quieren dentro de lo que pueden pero han de querer y poder lo valioso.

En cuanto a las directivas de salud anticipadas, una primera problemática es el *reconocimiento* de sus normatividades que, por ejemplo, han de ser consideradas válidas y no derogadas. Las normas de las directivas pueden presentar conflictos entre lo dicho y lo querido, indeterminaciones, carencias por no haberse previsto los casos (lagunas históricas), etc., de modos que requieren *desarrollamientos interpretativos, determinaciones y elaboraciones* (integraciones normativas). Muchas veces los encargados del funcionamiento producen carencias dikelógicas (lagunas dikelógicas) expresas u ocultas, apartándose de lo que los autores establecieron. Las

¹² Puede v. nota 1.

tareas de interpretación, determinación y elaboración pueden referirse a lo que los emisores quisieron o introducir otras consideraciones de valor.

Los autores de las directivas deben *asegurarse* de que por diversos motivos (lealtades, controles, etc.) los encargados del funcionamiento de las normas terminen haciendo realidad lo que ellos quieren. El funcionamiento conjectural orienta a los autores para hacer sus normas con más lucidez.

Las normas de las directivas de salud anticipadas requieren un funcionamiento *difícil*, encomendado en gran medida a personas (profesionales, parientes, amigos, etc.) que casi siempre deben intervenir cuando los emisores no pueden hacerlo y con cierta frecuencia no comparten lo establecido

13. Las normas tienen que valerse de *conceptos adecuados*, en estos casos a menudo relacionados con la ciencia y la técnica de la salud y específicamente con la Medicina. El empleo de estos conceptos puede generar dificultades porque los emisores de las directivas no alcancen a comprender cabalmente sus significados. En ellos radica uno de los grandes instrumentos del poder que todavía diferencia a los profesionales de la salud de las personas de cuya salud se trate, en este caso, los emisores de las directivas. Es relevante que se emplee el concepto específico *directiva anticipada*.

14. La captación lógica de un orden de repartos es un *ordenamiento normativo*. Según la actitud que deban asumir los encargados del funcionamiento ante las carencias de normas los ordenamientos son meros órdenes, si han de consultar con los autores, o sistemas, si deben resolver siempre, sean los sistemas materiales, cuando integran recurriendo con libertad a los valores, o formales, si han de atenerse a alguna regla de cierre (v. gr. el requisito de legalidad en el Derecho Penal liberal). Los sistemas se diferencian en subsistemas relativamente autónomos.

Consideramos que hay un *subsistema* del Derecho de la Salud, con posibilidades de recurrir de manera inicial a la analogía y los principios propios y dentro de él han de desenvolverse las directivas anticipadas. Tal vez las directivas complejas puedan constituir microsistemas con ciertas posibilidades integradoras propias.

c) Dimensión dikelógica

15. En su construcción integrativista tridimensionalista el trialismo presenta en la dimensión dikelógica las exigencias de un complejo de valores que culmina en la justicia. Forman también parte de ese complejo la salud, la utilidad, el amor, la verdad, etc. El más alto de los valores a nuestro alcance es la humanidad, el deber ser cabal de nuestro ser.

Las directivas de salud anticipadas deben realizar en relaciones de coadyuvancia axiológica la *justicia* en términos de *utilidad* para la *salud*. En última instancia han de satisfacer el valor *humanidad*. Todos tenemos el derecho de vivir y morir humanamente.

16. Siguiendo las enseñanzas de Aristóteles pueden recorrerse diversos caminos de pensamiento de la justicia denominados *clases de justicia*. Entre estas clases, la problemática de las directivas de salud anticipadas se plantea especialmente en las clases de justicia consensual y extraconsensual (pensada con referencia al consenso o sin ésta), con o sin consideración de personas (en este caso, de roles), simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparación de las potencias e impotencias), particular o general (ésta referida al bien común) y de partida o de llegada (reproducido lo existente o sacrificando lo existente para llegar a lo pretendido)¹³. La justicia particular es más afín al Derecho Privado y la general lo es al Derecho Público. También es relevante la equidad, justicia del caso concreto.

Las directivas de salud anticipadas *pueden inclinarse* más a la justicia consensual; a la consideración de personas en su plenitud, no sólo de recortes en roles y a la asimetría (de modo que los valores de la persona son difícilmente comparables). Se produce una proyección de la situación de partida que se posee al emitirlas, con miras a obtener una llegada aceptable. Un tema de especial debate podría ser la mayor o menor afinidad de las directivas con el Derecho Privado o con el Derecho Público; a nuestro entender tienen más ubicación privatista. Siempre ha de considerarse la posibilidad del juego de la equidad.

¹³ En cuanto a la justicia de partida y de llegada cabe ampliar en nuestro trabajo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en "El Derecho", t. 123, págs. 715 y ss.

17. Como valor la justicia posee tres despliegues: *vale*, *valora* y *orienta*. La valoración se refiere de manera pantónoma a la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras. Dado que no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionar dicha pantonomía, obteniendo así seguridad jurídica.

La orientación se produce mediante *criterios generales orientadores* que facilitan la aplicación del valor a los hechos y aseguran las decisiones. Simplifican las soluciones de los casos, pero pueden no servir para las situaciones de que se trate o ser lisa y llanamente inaceptables.

Las directivas anticipadas son decisiones “futurizas” que se desen- vuelven en un terreno tenso entre las *valoraciones* que incluyen el porvenir de modo fraccionado y los *criterios orientadores*. Podría decirse que son de cierto modo criterios orientadores. Sólo cuando lleguen las *situaciones críticas*, que incluyen los umbrales del misterio de la muerte, los emisores sabrán si las valoraciones y los criterios de las directivas les resultan acertados o no. Puede ser que en este último caso no estén en condiciones de cambiarlas.

18. La forma de la justicia escapa fácilmente de las impugnaciones de opinabilidad que plantean a menudo los sectores positivistas. Más difícil es la sustentación de los contenidos. Werner Goldschmidt los sostuvo como objetivos y naturales. En nuestro caso, sin entrar a esa objetividad y naturalidad, creemos que es posible adoptar *principios básicos* sobre los que puedan desenvolverse razonamientos rigurosos.

Goldschmidt presentó como objetivo y natural el *principio supremo* de justicia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para *desarrollarse plenamente*, es decir, para convertirse en persona¹⁴. Creemos que es interesante *construirlo* como un *principio básico* en relación con el cual puedan desenvolverse rigurosamente los razonamientos de justicia.

Avanzando en el contenido así construido, consideramos que, en el marco de personalización propia del Derecho de la Salud y el Bioderecho, las directivas de salud anticipadas deben desarrollarse, según las *diversas*

¹⁴ La propuesta trialista refiere la justicia a las diversas situaciones, no hace afirmaciones universales ni eternas.

*situaciones, en equilibrio entre los principios de *beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia*.*

19. La proyección del principio supremo adoptado a la justicia del *reparto* permite considerar en primer término que la legitimación básica de los *repartidores* emerge de su propia *autonomía*. Sin embargo, también existen legitimaciones relacionadas con ella: la paraautonomía del acuerdo de los interesados en que alguien reparta (v. gr. en el caso de los árbitros), la *infraautonomía* que surge del acuerdo de la mayoría (por ej. en la democracia) y la *criptoautonomía* del acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer los repartos (v. gr. en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Asimismo existe la legitimación *aristocrática*, emergente de la superioridad moral, científica y técnica.

En las directivas de salud anticipadas pueden confluir las cinco posibilidades de legitimación, pero constituyen un avance de la legitimación autónoma, en este caso apoyada en la *infraautonomía* democrática que brinda la ley y en la tradicional relación con la aristocracia de los profesionales de la salud y la *criptoautonomía* de las decisiones que podrían adoptarse cuando los emisores no pudieran expresarse.

En cuanto a la legitimidad de los *recipiendarios*, la gratuitad que se requiere para los trámites potencia la necesidad, es decir los merecimientos, sin ingresar en el terreno de la conducta, que constituye méritos. La salud es un *objeto* de reparto de alta jerarquía que debe prevalecer sobre la propiedad. Un tema a debatir sería el de alguien que brindara directivas de que se le hicieran tratamientos muy costosos que tal vez sus prestadores de salud no quisieran brindarle¹⁵.

En cuanto a la *forma*, las directivas deben emitirse en un proceso de audiencia, en que los emisores tengan plena capacidad para decidir. Dada la proyección al porvenir cabe referir que se trata de cierta “*preaudiencia*” al menos eventualmente distanciada de lo que llegue a efectivizarse. Es muy importante que los emisores profundicen las *razones*, la fundamentación de sus directivas.

¹⁵ Esto significaría una tensión entre la justicia espontánea (sin “*contraprestación*”) y la justicia conmutativa (con “*contraprestación*”).

20. La proyección del principio supremo de justicia adoptado al *régimen* produce la indicación básica de que éste ha de ser *humanista* y no totalitario, es decir, ha de tomar a cada individuo como un *fin* y no como un medio. El humanismo ha de ser preferentemente *abstencionista*, haciendo que cada individuo adopte los caminos de su propia personalización, y excepcionalmente intervencionista (paternalista).

Las directivas de salud anticipadas son un avance importante para que los emisores no sean mediatizados y para las posibilidades del humanismo abstencionista.

El logro del humanismo exige atender a la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres. Las directivas son avances de la *unicidad* para que cada hombre pueda tener su “propia” salud y su “propia” muerte.

La realización del régimen de justicia ha de valerse de la *protección* del individuo contra todas las amenazas: de *los demás* como individuos y como régimen, de *sí mismo* y de todo “*lo demás*” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

Las directivas de salud anticipadas acentúan la protección del individuo contra los demás y ordenan el resguardo frente a lo demás, principalmente la enfermedad. También pueden aportar a la protección frente a las debilidades del propio individuo.

2. Las ramas del mundo jurídico

21. Las ramas jurídicas tradicionales (Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Civil, Comercial, Procesal, etc.) requieren, sobre todo en la actualidad, la cooperación de enfoques *transversales* referidos a derechos de alta calificación humana, agrupables como salud, economía, ciencia, arte, educación, etc. Estos enfoques transversales constituyen *nuevas ramas* jurídicas: el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho Económico, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho Ambiental, etc. Todas las ramas constituyen un *complejo* cuyas partes se nutren recíprocamente y debe ser considerado en la Teoría General del Derecho en sentido abarcador.

Las directivas de salud anticipadas son (como hemos indicado) parte del *Derecho de la Salud* y el *Bioderecho*. Sólo pueden ser comprendidas

debidamente en relación con el conjunto de estas ramas y de todas las otras del complejo¹⁶.

III. Horizonte del mundo político

22. El mundo jurídico ha de ser comprendido en el *integrativismo tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo político*. Este mundo se compone de actos de coexistencia captados por normas y valorados por los valores de convivencia. Desde un punto de vista más dinámico se trata de la actividad captable por normas vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para la realización de los valores de convivencia. El mundo político se diferencia en ramas que se identifican según los valores de convivencia: salud (política sanitaria), justicia (política jurídica o Derecho), utilidad (política económica), verdad (política científica), belleza (política artística), santidad (política religiosa¹⁷), etc. Las referencias transversales de desarrollo sistemático de los valores forman la política educativa y las de su control constituyen la política de seguridad. Al fin todas las ramas son partes de la política de la cultura.

En el ámbito integrativista tridimensionalista trialista las directivas de salud anticipadas son principalmente parte de la *política jurídica* y la *política sanitaria*, pero tienen muy importantes relaciones con la política económica, científica, religiosa, educativa, de seguridad, etc. Al fin son parte de la política de la cultura toda.

¹⁶ Es posible ampliar en nuestros trabajos "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. y "Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo", en "La Ley", 4-II-2011.

¹⁷ La referencia a la santidad y la política religiosa es el simple reconocimiento de que tienen enganche social.

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 consideres 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*¹. 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.

¹ 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 recíprocamente.

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, 6^a ed., Madrid, Aguilar, 1966; SUN TZU, “Del arte de la guerra”, trad. Manuel Carrera Díaz, 2^a 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, 3^a 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, 3^a 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”, 1^a 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”, 3^a ed., Mc Graw Hill, CARRION MAROTO, Juan, “Estrategia: de la visión a la acción”, 2^a ed., Madrid, Esic, 2007, http://books.google.com.ar/books?id=8_PwIoGOa6QC&pg=PA24&lpg=PA24&dq=Estrategia+posici%3Bn+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%C3%3Bn%20dominante&f=false (29-5-2012); PARDOS, Valentín Sebastián, “Estrategia jurídica y táctica procesal”, págs. 22 y ss., Economist & Jurist, año 2002, vol. 10, nº 60, http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=10592&clave_busqueda=2002 (29-5-2012); Rankia, Grandes estrategas: Sun Tzu, <http://www.rankia.com/blog/llinares/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.flacso-andes.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.revistalberoamericana.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 días².

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

² 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”, Nº 36, págs. 21/31, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/862/682>, 31-5-2012.

³ 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.

⁴ 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, 2^a. 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, nº 25, primer semestre de 2011. págs. 3-25, 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 ...” cits.). 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.

⁵ 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”, Nº 34; también v. gr. CARBONELL, Miguel

el *integrativismo tridimensionalista* que propone la *teoría trialista del mundo jurídico*⁶.

2. La *teoría trialista del mundo jurídico* propone que éste sea *construido* con repartos de potencia e impotencia⁷ (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 *mando 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.).

⁶ Cabe ampliar en nuestro artículo “Aportes para la comprensión cultural de las doctrinas del funcionamiento de las normas”, en “Investigación ...” cit., Nº 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”, Nº 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”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia. Dikelogía”, Madrid, Aguilar, 1958 (2^a 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 conjectura 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/mundo_juridico/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 Dabóve, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/29/17>, 15-6-2012.

⁷ 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 convivencia⁸ (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 tuvo 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

⁸ 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 exegética 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 exegética, 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 promisoria 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 patriarcal⁹. 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

⁹ 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 cartesiano¹⁰ 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 deseada¹¹. 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 recipientes beneficiados 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

¹⁰ 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 iuracionalista moderna, emparentada con el avance individualista revolucionario.

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

movimientos de protesta social. La obra de Gény es una de las muestras del colapso de la táctica exegética ¹².

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 exegética francesa creía que cuando se gobierna mucho se gobierna mal

6. En cuanto al *orden de repartos* (régimen), realizador del valor orden, la táctica exegética 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 exegética 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 ¹³. 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 variaran algo los criterios supremos de reparto. En principio, los que no fueran cambios por pequeñas evoluciones

¹² Es valioso recordar por ej. GÉNY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2^a 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 Gény puede v. en RECASÉNS SICHES, Luis, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, México, Porrúa, t. I, 1963, págs. 26 y ss.

¹³ 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 ¹⁴, 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 exegética 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” ¹⁵). En esta amplitud nos resultan como tales inabordables, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, de modo que tenemos que fraccionarlas generando certeza. La estrategia exegética 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Pan=todo; nomos=ley que goberna.

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 inmediación, tienen menos importancia.

10. La táctica general exegética se remite con fuerza al despliegue de la *fuente 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”¹⁶, 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

¹⁶ 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*¹⁷

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 Ciudadano¹⁸.

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 exegética, 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, “partial” (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 jurisprudencial¹⁹.

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

¹⁷ Diké era una de las divinidades griegas de la justicia. La palabra “dikelogía” fue acuñada por Altusio.

¹⁸ Que hace referencia marginal a la justicia.

¹⁹ 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 justicia²⁰. 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 recipientes, 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 descollantes, 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

²⁰ 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 Comercial²¹. La configuración presente de nuevas ramas jurídicas especialmente impulsada por los derechos humanos,

²¹ 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 ²².

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 kelseniana 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 ²³ y se formó en un Estado casi “hueco” y multicultural, apoyado principalmente en el aparato gubernamental y la Iglesia ²⁴ y publicó la

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

²³ En Praga, ciudad cristiana y judía, de “ortodoxias” y “herejías”, bohemia y alemana, en 1881.

²⁴ Con cuyas ideas discrepan. 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 ²⁵. Inmediatamente después de su período en Ginebra, el maestro austriaco 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 ²⁶. 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 ²⁷.

En parcial coincidencia temporal con Kelsen, desde la escuela neokantiana de Marburgo, a la que el maestro austro-norteamericano estuvo muy cercano, Rudolf Stammiller formó su muy importante y a nuestro parecer quizás más ampliamente representativo concepto puro del Derecho ²⁸. 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 Stammiller, 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

²⁵ 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 .

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

²⁷ 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.

²⁸ 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 ²⁹.

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*” ³⁰ 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 recipiendarios beneficiados 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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 ³¹.

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

³¹ 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 indiferiadamente, 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, commutativa, 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 ilusión³². Dado que se logiciza al hilo del poder, de hecho se asegura a los poderosos de turno³³.

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.

³² 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.

³³ 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 presente³⁴.

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 desenuelve las razones de un pacto social a través de quienes dominen la estructura judicial³⁵.

b) *El mundo jurídico en general*

a') *Dimensión sociológica*

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

³⁴ 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 normológico. El neoconstitucionalismo es bidimensionalista normo-axiológico.

³⁵ 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 recipientes beneficiados 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”

arbitrariedad³⁶. 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 exegética, 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 *fuente formal* que ha consagrado las ideas consideradas fundamentalmente aceptables. Se trata de una fuente democrática -identificada por la participación- y social. La sentencia adquiere jerarquía también muy destacada, colocando en cierta penumbra a la ley.

³⁶ 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 neoconstitucional 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 dikelógica

50. La táctica de la teoría neoconstitucional 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 justicia³⁷. La tarea de los jueces es fuertemente encaminada a la

³⁷ 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, polilogal, 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 recipientes, 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 Procesal³⁸. 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

³⁸ 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 legítima 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 flanqueo. 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 judicial³⁹.

C) Horizontes histórico⁴⁰, jurilingüístico⁴¹ y político⁴²

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

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

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

⁴¹ 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.

⁴² 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 desenvolvió. 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 ⁴³.

⁴³ 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.).

POBREZA, RIQUEZA Y SISTEMA TRIBUTARIO

Oscar D. FEUILLADE *

Resumen: Si bien hace mucho no se obtienen estadísticas de los niveles de evasión, no estaremos muy alejados de la realidad si el porcentaje global entre impuestos y aportes a la seguridad social lo situamos en un 30% de la recaudación, por lo que se propone recuperar no menos de un 50% de lo evadido. Se plantea que debe dotarse a las provincias de la autonomía financiera necesaria, automatizando las transferencias de fondos que les corresponden mediante anticipos permanentes con ajustes conciliatorios de cuentas a realizarse entre Provincias y Nación en forma semestral. Las diferencias entre estos clearings recaudatorios semestrales que pudieran surgir en más o en menos se tendrán en cuenta en los futuros anticipos que se asignen. Esto garantizará un fluir de fondos permanente y coadyuvará a las previsiones de caja de las provincias. Argentina es un país rico en recursos naturales, pero su futuro depende de la riqueza intelectual de todos sus recursos humanos.

Palabras clave: Reducción de la evasión. Reforma Tributaria Federal. Riqueza intelectual para el desarrollo.

Abstract: Even though it's been a while since levels of evasion's statistic had been obtained, we are not far from reality if the overall percentage of taxes and social security contributions, it's placed around 30% of the collection, so that it's pursued the recovery of not less than 50% avoided. This paper proposes that the provinces should be equipped with the necessary financial autonomy, automating the transfer of funds due to them by permanent advances with conciliatory adjustments, to accounts held between provinces and nation every six months. The differences between these semi-annual tax collection. Clearings arising more or less be taken into account in future advances to be assigned. This will ensure a continuous flow of funds and shall assist the cash flow forecasts of the provinces. Argentina is a country rich in natural resources, but its future depends on the intellectual wealth of all human resources.

Key words: Reduction of tax evasion. Federal Tax Reform. Intellectual richness for development.

* Prof. Titular de Impuestos (Univ. Austral - Fac. de Cs. Empresariales).

Una publicación realizada en la página web Ambito.com con fecha 20 de febrero del 2010, -que transcribiré textualmente-, me llevó a reflexionar sobre el contenido que tendría el título de este trabajo.

“La Presidente, Cristina Fernández de Kirchner, aseguró en el anuncio de la apertura de licitación para obras hídricas en la provincia de Santa Cruz que la expansión de la Villa 31, asentamiento humilde del barrio porteño de Retiro, refleja el crecimiento que vivió el país en los últimos años.

La mandataria explicó que “desde 1995, cuando asumió como legisladora nacional, hasta 2003, pasaba con asidua frecuencia por el lugar, en especial para dirigirse hacia el aeroparque metropolitano Jorge Newbery. En aquellos tiempos, sólo veía precariedad en la zona.

Pero a partir de esa fecha, la infraestructura de uno de los mayores conglomerados de la Ciudad de Buenos Aires mejoró debido a las políticas económicas del Gobierno, que habrían permitido a sus habitantes acceder al consumo en el mercado interno.”

Desde el año 1974, la vida me llevó a cultivar la especialidad tributaria debido a que tuve la fortuna de contar con maestros que me enseñaron a conocerla e interpretarla y me demostraron que bajo su aparente aridez es una herramienta económica y social capaz de incentivar el desarrollo de una comunidad de habitantes o de generar más pobreza si no se hace uso inteligente de la misma. Todo dependerá de la forma en cómo se estructure el sistema tributario, del uso que se le den a los fondos recaudados y de los sectores que se seleccionen para realizar sacrificios fiscales.

No son precisamente los conglomerados como la Villa 31, los que acrecientan las arcas fiscales, al menos en lo que a tributación de naturaleza directa se refiere – impuesto a las ganancias; impuesto a la ganancia mínima presunta; impuesto sobre los bienes personales; impuesto inmobiliario; patente automotor; etc.. No obstante si el sistema tributario vigente es regresivo, ayuda a que cada día sean más los habitantes que viven en las condiciones de la citada ciudadela.

La presión tributaria de nuestro país viene aumentando en forma paulatina. La misma surge del cociente entre la recaudación y el Producto Bruto Interno. No es bueno hoy, frente a la distorsión de las estadísticas oficiales arriesgar cifras, pero podemos afirmar que la presión fiscal supera

el 35% cuando históricamente estuvo entre el 20% y 22% incluyendo la recaudación de las provincias.

Claro está, sin considerar una economía paralela que no tributa. Pero que de hacerlo, si bien el porcentaje no cambiaría mejoraría la situación de los que aportan, pues esa recaudación plus, generada por un aumento cuantitativo real de la cantidad de contribuyentes y ampliación de la pirámide recaudadora, podría traducirse en una rebaja de alícuotas para todos sin perjudicar la recaudación absoluta pre-existente.

Analicemos los principales vicios de nuestro “régimen tributario” en la actualidad:

I. La hipocresía del federalismo

La dirigencia nacional pregonó ser representante de un país organizado en provincias autónomas. Nada más inexacto que eso, pues toda autonomía, para que sea real requiere de un poder tributario que la autofinancie. La historia, ha llevado a que la parte del león la recaude la Nación, y las Provincias tengan que mendigar el pedazo llamado “coparticipación federal de impuestos”. El resultado ya lo conocemos todos. El servilismo de muchas provincias para obtener fondos que les permitan pagar en algunos casos tan sólo los sueldos.

Nuestra Constitución Nacional, ha reservado jurisdiccionalmente los tributos de naturaleza directa a las Provincias, permitiendo sólo su cesión a favor de la Nación, cuando razones de emergencia o fuerza mayor así lo requieran y por tiempo determinado. La realidad transformó esto en una formalidad, ya que el principal impuesto directo recaudado – impuesto a las ganancias- junto con otros, son recaudados por la Nación desde la década del treinta (30) en el siglo pasado, pues el Congreso renueva las prórrogas de las vigencias de estas leyes. Esto a su vez, gestó el crecimiento de un organismo que es en la actualidad la Administración Federal de Ingresos Públicos que hoy en día sería imposible y hasta inconveniente descentralizar para su traspaso a las Provincias. Si a esto le sumamos, que la Nación viene recaudando también las cuestionadas retenciones a determinados productos que se exportan, las cuales en principio no son coparticipables, ya que la

Constitución reservó los derechos de Aduana para la Nación, concluimos que el poder tributario en manos de la Nación es prácticamente total. En ellas se podrá ver claramente, el exponencial crecimiento de un tributo regresivo como es el Impuesto sobre los Débitos y Créditos Bancarios y las retenciones a las exportaciones.

II. El I.V.A.

En un estudio realizado varios años atrás, se estimó que reducir alícuota general llevándola al 19%; aumentar las diferenciales llevándolas al 13% y eliminar exenciones, reduciría la evasión, favorecería a los sectores de menores ingresos y la recaudación aumentaría en \$ 3.000.- millones.

Veamos el escenario vigente.

a) Las alícuotas

Nuestro país, no aplica como otros, alícuotas reducidas en amplias gamas de alimentos y de servicios. Se exime al consumo de la lecha fluida y en polvo sin aditivos. ¿Pero quién compra hoy leche que no tenga agregada la vitamina “A” u otra – que si está gravada-? Es una exención obsoleta e inaplicable. Se torna más regresivo al impuesto, pues quienes pagan sobre esto en mayor proporción son los pobres, la clase media baja y la clase media estándar que todavía ha logrado sobrevivir.

La alícuota general está en el 21%. Este porcentaje podría llevarse al 19% como en Chile. Pensemos que el I.V.A. Argentino arrancó en 1975 con el 13%.

Servicios básicos como luz, gas y teléfono están hoy en el 27% para los comercios.

b) El plazo para el ingreso del impuesto

Cuando la ley 20631 (I.V.A.) se sancionó en diciembre de 1973, establecía “en forma expresa” que los vencimientos para el pago de dicho impuesto iban a respetar los plazos usuales de cobranza, y que diera lugar al fallo de la Corte Suprema de Justicia de Algodonera Flandria, ganado por el

contribuyente, pues demostró que el Fisco no cumplía con el texto de la ley para su caso. Hoy el I.V.A. debe ingresarse en un plazo no mayor de los 20 días posteriores a cerrado cada mes.

c) El momento en que nace el hecho imponible

El principio general establece que el hecho imponible nace con la entrega de la cosa cuando se trata de venta de cosas muebles o cuando finaliza la prestación cuando se trata de servicios. Si los servicios son rutinarios, cada fin de mes se considera como fecha de corte.

No obstante, para ciertos servicios monopólicos como la energía eléctrica, el gas y las telecomunicaciones, la ley les otorga la ventaja de hacer nacer el hecho imponible en el mes en que se produce el vencimiento para el pago de la factura, con el agravante que en el caso de prestación de servicios cloacales o de suministro de agua corriente a casas de familia, se da la ventaja adicional de permitir que el hecho imponible se perfeccione recién en el momento del efectivo cobro por parte de la empresa prestadora.

d) Las cuentas incobrables

La normativa no reconoce los incobrables. Pero en casos como el suministro de agua en casas de familia, el hecho imponible nace cuando la empresa cobra la factura. Si no se cobra, no nace el impuesto, lo cual virtualmente, no sólo se está permitiendo que el pago al Estado se efectivice cuando esté percibido, sino que virtualmente se están reconociendo los incobrables.

e) Los saldos a favor técnicos

Agreguemos también el volumen de saldos a favor que macroeconómicamente existen por asimetrías de alícuotas por los cuales el Estado no da una pronta respuesta para su recuperación, lo cual eleva la tasa efectiva del impuesto y genera un daño real económico y financiero a las empresas.

Para muchos caso se desmotiva la inversión en renovación o ampliación de Bienes de uso. La ley preveía en el art. 24.1 que si se generaba saldo a favor por la incorporación de bienes de uso, el mismo podía ser

computado contra otros impuestos o bien devuelto. Lamentablemente, el 15-01-2008, la ley 26346, derogó el beneficio. Esto somete a las empresas al castigo de mantener posiciones a favor por muchos períodos fiscales que exceden incluso al año de la inversión.

Pensemos en la asimetría que representa la prestación de servicios médicos a las obras sociales (especialmente las sindicales), que lleva a costear los créditos fiscales a las entidades sanatoriales, que se encuentran asfixiadas por los aranceles en muchos casos insuficientes -sistemas por cápitas, modulados y demás contratos de riesgo- que pagan (netos además de quitas por prestaciones no reconocidas) las obras sociales y los sistemas de medicina prepaga.

Años atrás, una Asociación Civil que nuclea a Hospitales y Sanatorios, había calculado, que de cada \$ 100.- que recaudaba el sistema de obras sociales, sólo \$ 30.- llegaban a los sanatorios. El lector sacará sus conclusiones. Frente a este panorama, sería más sano que todos estos servicios estuvieran gravados, permitiendo que se traslade al precio de la prestación el IVA. Le evitaría al sector privado de la salud el costeo de los créditos fiscales que está junto con otros factores (ej.: elevada alícuota del Impuesto sobre los Ingresos Brutos Provincial, no acorde con la verdadera capacidad contributiva) colaborando a su colapso económico. Total, como se expresó, las obras sociales tienen fondos más que suficientes para soportar el mayor costo.

f) Límites al cómputo de ciertos créditos fiscales

La ley, desde hace muchos años ha limitado el cómputo de ciertos créditos fiscales, para determinados hechos imponibles, estableciendo la presunción que no admite prueba en contrario, que dichos créditos fiscales no están vinculados con la actividad gravada (servicios prestados por: bares, restaurantes, hoteles, hosterías, casas de baños, masajes, piscinas de natación y gimnasios, peluquerías, salones de belleza, playas de estacionamiento, garajes y similares).

Por otro lado, por las compras de automóviles cuyo valor supere la suma de \$ 20.000.- (netos del IVA) no pueden computarse los créditos fiscales excedentes sobre dicho valor de compra.

III. El Impuesto a las Ganancias

En este gravamen las distorsiones se padecen ya de una manera manifiesta.

a) El ajuste por inflación impositivo

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado doctrina para los casos Pettiti Automotores y Candy reconociendo el ajuste por inflación impositivo, cuando queda lesionado el principio constitucional del derecho a la propiedad. Es decir, si el contribuyente demostraba, que el impuesto erosionaba el capital de la empresa debido a que no se reconocía el efecto de la inflación, entonces, se permitía incorporar dicho ajuste en la liquidación del impuesto.

b) Las deducciones personales

Desde sus inicios, la ley del impuesto a las ganancias, no fue muy generosa con los montos otorgados en concepto de deducciones personales (art. 23):

- Mínimo no imponible
- Deducción especial
- Cónyuge
- Hijo

Dichos valores, para el año 2011, en principio están fijados en \$ 12.960.-; \$ 62.208.- (para sujetos en relación de dependencia); \$ 14.400.- y \$ 7.200.- respectivamente.

Para el año fiscal 1999, los citados valores estaban en: \$ 4.800.-; \$ 18.000.-; \$ 2.400.- y \$ 1.200.-.

En base a lo expuesto, en el 2011, una familia tipo, con dos hijos, podría deducir \$ 103.968.-. Estos valores para 1999, eran de \$ 27.600.-. Es decir que se habría reconocido un ajuste del 276,7%.

Si tomamos las cifras “oficiales” que miden la variación de los índices de precios mayorista nivel general, producida en el entorno que va entre el 01-07-1999 y el 30-06-1999, arroja un incremento del 368 %. Si por

otro lado, se toma el incremento del índice de precios de salarios calificados, el incremento entre el 1-7-1999 y el 31-12-2010 es del:

$$712 \% - \{(1824444,4 / 224575,02) - 1\} \times 100 \text{ - .}$$

Si de acuerdo con la normativa legal, dichas cifras se hubieran actuado con el índice mayorista nivel general, la suma de deducciones personales para una familia tipo cuyo jefe de hogar estuviera en relación de dependencia sería de \$ 129.168.-. En valores absolutos \$ 25.200.- por encima de los valores actuales. Pero si se hubiera tenido en cuenta el aumento de los salarios, sería \$ 120.144.- por encima de los actuales.

*c) La escala progresiva para las personas físicas
y las sucesiones indivisas*

En este rubro, la desidia –si así preferimos llamarla- ha sido total. La escala del impuesto no se toca desde el año 1999. La consecuencia es que se está eliminando de una manera acelerada la progresividad, al punto tal que el impuesto tiende a transformarse en proporcional, pues aplica la máxima alícuota para un nivel de ganancias que está muy por debajo de los sectores realmente pudientes.

Podemos afirmar, que en la actualidad, aplicar la tasa marginal del 35% a todo peso que supere el escalón de los \$ 120.000.- de ganancia gravada está dentro del concepto de “verdadera voracidad fiscal”.

En el apéndice se podrá ver un ejemplo, en el cual se muestra el impuesto que tributaría en el 2011 una persona física que posee una familia tipo, con las actuales deducciones personales y la escala progresiva vigente, versus el que le tocaría pagar, tan sólo llevando los valores a las cifras que corresponderían aplicando el índice de precios mayorista nivel general.

Con ello, no queremos entrar en el juego de si debe retornar nuestra economía a los sistemas de ajustes automáticos (indexación) que tanto daño hicieron en su momento, sino marcar la inequidad que se está cometiendo explotando a sectores de la economía para mantener una política de “subsidios” que se ha tornado incontrolable.

d) Otras deducciones anuales congeladas

Podemos mencionar:

1. Exención a las ganancias provenientes de derechos de autor: está en \$ 10.000.- desde 1996;
2. Deducción por gastos de sepelio: \$ 996,23.- desde el año fiscal 1992;
3. Sumas pagadas por los asegurados en concepto de seguro para caso de muerte: \$ 996,23.- desde 1994;
4. Deducción de aportes de empleadores a planes de seguros de retiro privados: \$ 630,05.- desde abril de 1992;
5. Límite al monto amortizable de los automóviles: \$ 20.000.- desde 1994;
6. Límite a los gastos deducibles por automóvil: \$ 7.200.- desde el 1-1-1998, y
7. Importe mínimo deducible en concepto de honorarios de directores: \$ 12.500.- desde 1994.

e) Exenciones que deberían eliminarse

Hoy en día carece de todo sustento la acordada 20/1996 de la C.S.J.N. que mantiene las exenciones del impuesto a las ganancias para los sueldos y jubilaciones de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, miembros de tribunales provinciales, vocales de las Cámaras de apelaciones, jueces nacionales y provinciales, vocales de los tribunales de cuentas y tribunales fiscales de la Nación y las Provincias, como asimismo, los funcionarios judiciales nacionales y provinciales que, dentro de sus respectivos presupuestos, tengan asignados sueldos iguales o superiores a los de los jueces de primera instancia.

Con respecto al monto que es deducible cuando se realizan donaciones a ciertas entidades de bien público, que está en el 5% de la ganancia neta, debería volver a su monto original del 20%, o bien permitir lisa y llanamente que se tome como un crédito de impuesto. De esta manera, los contribuyentes tendrían la posibilidad de dirigir fondos a entidades que cumplan verdaderamente una acción social. Por su parte el Gobierno debería iniciar una drástica reducción de subsidios políticos que distorsionan los precios y generan desinterés por parte de quienes los reciben de luchar por una cultura del trabajo.

Por otra parte, podría crearse una deducción adicional a los que justifiquen el consumo a través de tarjetas de débito o crédito como un

método anti-evasión y de bancarización de operaciones.

También se podrían establecer desgravaciones a los productores que reinviertan en activos productivos como método para morigerar y redistribuir las retenciones del comercio exterior.

IV. El impuesto a la ganancia mínima presunta

Este gravamen nace durante el segundo período del mandato del Dr. Carlos Menem y todo hace pensar, que cuando las empresas comenzaron a tener problemas para generar ganancias gravadas por una desaceleración de la economía, se recurrió a este engendro, que obligaba a las empresas a pagar el 1% sobre sus activos impositivos, con la promesa de que este pago se transformaba en un crédito para ser usado por las mismas, dentro de los 5 años de su generación. Como luego se observó, que una gran mayoría no generaría resultados gravados por el impuesto a las ganancias, de una magnitud tal, que pudieran computar como pago a cuenta de este tributo, el crédito generado por el impuesto a la ganancia mínima presunta, el plazo de cinco años se extendió a 10 mediante la ley 25360 (12-12-2000) con efecto retroactivo a la vigencia de la ley de creación del tributo (L. 25063).

Esta ley al igual que su antecesora, denominada Impuesto sobre los activos, tiene la falencia de no considerar los pasivos. Si se efectúa un breve análisis, se detecta que existe una doble imposición, ya que quien es acreedor de una empresa, el crédito está gravado por el impuesto a la ganancia mínima presunta al formar parte de su activo gravado. Pero a su vez, quien es deudor de la empresa otorgante del préstamo, vuelve a estar gravado, al no poder tomar el pasivo, que tuvo como fin financiar los activos. Eso por el conocido principio de universalidad del pasivo.

Nuevamente, la voracidad fiscal llevó a una mutación del que en sus orígenes fuera un impuesto sobre el capital de las empresas (complementario del impuesto a las ganancias) para pasar a un impuesto que grava solamente los activos.

V. El impuesto sobre los bienes personales

La primera observación que se realiza, es que nuevamente no se consideran los pasivos por deudas.

El mal llamado impuesto a los ricos, tiene desde el año fiscal 2007 un piso irrisorio de \$ 305.000.-, hasta el cual no se tributa nada, pero basta superar este límite en tan sólo un peso, para tributar sobre la totalidad de los \$ 305.001.-, pues lo que antes existía como mínimo no imponible, fue derogado. Posee una escala progresiva, en la que se va elevando la tasa hasta llegar al 1,25% cuando la sumatoria de los bienes gravados supera los \$ 5.000.000.-

En los países, que aplican un gravamen similar, lo hacen sobre el patrimonio y con alícuotas muy bajas, ya que lo consideran un complemento del impuesto a las ganancias.

Como novedad, podemos destacar reciente jurisprudencia, que ha permitido tomar este gravamen tributado por las sociedades de capital en su calidad de responsables sustitutos, como un gasto deducible en las liquidaciones del impuesto a las ganancias de las personas físicas (Sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación en la cusa “Carlos Pedro T. Blaquier” – Sala “C” – 29/08/2011).

Cabe aclarar al respecto que el producto de la recaudación de este tributo no incide significativamente en la recaudación anual.

Con relación a los inmuebles, las distorsiones de precios y la falta de actualización ha llevado en muchos casos a una verdadera subvaluación, acentuada por un uso y costumbre del mercado en escriturar por debajo del precio real de venta. Es cierto, que cuando estos valores son inferiores a las tasaciones del impuesto inmobiliario, se toma este último.

Si bien es cierto que existió una actualización de valuaciones fiscales y bases imponibles para los impuestos inmobiliarios de las provincias, las mismas todavía están lejos de los valores venales de las propiedades.

VI. El monotributo

Si persiste su existencia tal como está creado se continuará fomentando lo que se conoce como “enanismo fiscal”.

Sólo se justifica su existencia para los casos de personas físicas que actúen como vendedores ambulantes y ciertos servicios que no sean los profesionales y se realicen de manera unipersonal, con baja facturación y durante un tiempo limitado (a un período de no más de dos o tres años). A partir de allí, dichos contribuyentes deberían estar inscriptos en el I.V.A..

El Fisco hoy en día no ignora, que el Monotributo se ha transformado en un medio de evasión que al sub-facturar gran parte de sus ingresos, para no exceder los topes legales presionan a sus proveedores para que les vendan mercaderías sin facturarlas, lo que genera un circuito ilegal de subfacturación del I.V.A..

Uno de los principales argumentos, que llevaron a la creación de este impuesto ha sido, que para los pequeños contribuyentes, el pago de los impuestos se simplificaría, con respecto aquellos que tributan I.V.A., pues tendrían menos exigencias formales y no necesitarían de los servicios de un Contador Público. La realidad posterior fue muy distinta.

También se busca el refugio en este impuesto, pues, al ser sustitutivo del impuesto a las ganancias, los monotributistas evitan de esta manera el pago de un gravamen distorsionado por falta de actualización de la escala progresiva.

Cualquiera que haga números, se dará cuenta que la sumatoria de cuotas del Monotributo (tomando como ejemplo la categoría máxima de servicios), genera una menor obligación que en el impuesto a las ganancias, para el mismo nivel de erogación, incluso deduciéndo gastos computables.

VII. El impuesto sobre los débitos y créditos bancarios

Este gravamen persiste simplemente porque genera una recaudación importante, sin mayor gasto administrativo para el Estado.

Pero desde un punto de vista tanto técnico como de equidad, el mismo tiene que ser eliminado o modificado. Debería funcionar mínimamente como un punto de recaudación anticipada, permitiéndose luego su pago a cuenta en cualquier impuesto de naturaleza nacional.

Para que no se viera afectada su recaudación, la Nación limitó los endosos de los medios de pago como los cheques o el cheque de pago diferido. Tal es así, que muchas empresas, sorteando elementales normas de

control interno en materia de auditoría, transfieren muchas veces los mencionados valores, sin el correspondiente endoso, para no tributar el impuesto que estamos tratando.

A estas situaciones se llega, cuando el Estado con fines recaudatorios, interfiere en el normal desenvolvimiento del comercio encareciéndolo innecesariamente.

Propuestas

Este trabajo, quedaría inconcluso si al menos no intentara dar una respuesta a las críticas realizadas a nuestro sistema tributario; y a su vez no se brindara una medida macro-económica de sus efectos.

Si bien hace mucho no se obtienen estadísticas de los niveles de evasión, no estaremos muy alejados de la realidad si el porcentaje global entre impuestos y aportes a la seguridad social lo situamos en un 30% de la recaudación. Es decir, que por cada peso que se recauda se evaden 0,43 centavos por otras vías. O lo que es lo mismo, si de una recaudación posible de \$ 143.-, sólo se logra recaudar el 70%, la recaudación final termina siendo el 70% de \$ 143.-, lo cual es igual a \$ 100.-.

Entonces, la primera propuesta, es realizar un ataque frontal y sin tregua, con el objeto de recuperar al menos el 50% de los montos evadidos. En 1997, un estudio de F.I.E.L., había determinado que se evadía un 24% del P.B.I. —en ese entonces esto equivalía a u\$s 64.000.- millones evadidos por año, con una paridad dólar/peso de 1 a 1.

Posteriormente, el entonces presidente Néstor Kirchner, mencionó la existencia de una evasión de \$ 40.000.- millones (ya se había abandonado la paridad citada anteriormente con el dólar). De allí en más, las estimaciones tuvieron su origen en datos de consultoras privadas.

Lo que por ahora no se ha desmentido nunca, es que los porcentajes históricos de evasión han estado en un 30% para el I.V.A. y un 50% para el impuesto a las ganancias y el sistema previsional.

Por lo tanto no estamos exagerando las cifras, si nos situamos en una posición conservadora que pretende devolver al sistema un 21,5% de la recaudación mediante este ataque.

En otro sentido, el sistema sufrirá una merma al situar su tributación

en un esquema más equitativo, que es nuestra segunda propuesta, consistente en implementar una reforma tributaria integral que contemple todas las observaciones realizadas.

Y finalmente, la tercera propuesta consiste en dotar a las provincias de la autonomía financiera necesaria, automatizando las transferencias de fondos que les corresponden mediante anticipos permanentes con ajustes conciliatorios de cuentas a realizarse entre Provincias y Nación en forma semestral. Las diferencias entre estos clearings recaudatorios semestrales que pudieran surgir en más o en menos se tendrán en cuenta en los futuros anticipos que se asignen. Esto garantizará un fluir de fondos permanente y coadyuvará a las previsiones de caja de las provincias.

Para demostrar lo expresado precedentemente, partiremos de las cifras recaudadas en el año 2010.

Con respecto al I.V.A., consideraremos que la tasa efectiva actual es del 18% (surge de considerar un 35% al 10,5%; un 55% al 21% y un 10% al 27%). Si con esa relación porcentual, se eleva la alícuota reducida al 13%; la general se baja al 19%, y la máxima se baja al 25% la tasa efectiva será del 17,6%, es decir solamente un 0,4% más baja (siguiendo un criterio de prudencia elevaremos el citado diferencial al 1%), lo cual puede mejorarse, si se eliminan exenciones distorsionantes.

En el impuesto a las ganancias, estimaremos que puede producirse una merma del 25% en su recaudación debido a que los mayormente beneficiados serán los sujetos de la cuarta categoría de ganancias (rentas del trabajo personal), pues en una primera etapa a las empresas no se les otorgaría el ajuste por inflación, y éstas contribuyen con la alícuota proporcional del 35%.

Asumiremos que el impuesto sobre los débitos y créditos bancarios pasará a ser computable al 100% como pago a cuenta de otros impuestos, incluso de los retenidos o de los que puedan deberse como responsable sustituto. Esta medida ayudará a bancarizar todas las operaciones y tendrá efectos anti-evasivos.

El monotributo pasará a la jurisdicción de las provincias, quienes lo recaudarán y controlarán.

El impuesto a la Ganancia Mínima Presunta se derogará. Eventualmente se podría crear nuevamente un impuesto sobre el patrimonio de las empresas, con una alícuota no superior al 1,5%. Con respecto a los créditos que contra el impuesto a las ganancias, las empresas tengan contabilizados

en sus activos, podrían canjearse por títulos públicos a su valor de cotización.

Habría que implementar a su vez una reforma del impuesto sobre los bienes personales, que permita computar todos los pasivos que una persona física posea. Es decir, se retornaría aun impuesto al patrimonio neto.

Las cifras estarán expresadas en millones de pesos y corresponden al año fiscal 2010:

Impuestos	Recaudado	Incrementos recaudación		Disminución recaudación modificación alícuotas y actualización	Neto
		Mayores Controles	Derogación retenciones exportaciones		
IVA	116	56		-2	170
Ganancias	77	35	16	-32	96
Ctas. Ctes.	27	12	Se tomaría como pago a cuenta de imp.		0
Bs. Personales	5	2			7
GMP	2	0,5	Sería derogado		0
Monotributo	2	0,5	Pasaría a jurisdicción provincial		0
Exportaciones	46		Serían derogadas las retenciones		0
Int y Comb.	25				25
Otros	12				12
Seg. Social	130	60			190
Totales	442				500

De acuerdo con estos cálculos, se daría incluso un aumento de la recaudación del 13%.

Y el modelo podría perfeccionarse aún más, incentivando a las empresas para que inviertan en forma directa en los distintos niveles de educación, atendiendo a una Política de Estado que en el mediano plazo busque obtener recursos humanos culturalmente aptos para las tareas que demanda el mundo moderno. Entonces, el Estado, en vez de repartir subsidios que terminan liquidando la cultura por el trabajo, le devuelve impuestos a las empresas y a los contribuyentes individuales que vuelquen en forma directa - sin intermediaciones burocráticas que solo sirven para encarecer los fines perseguidos- ingresos en proyectos educativos aprobados por el Estado.

Al cabo de un ciclo de alrededor de 10 años, a la población activa del país que se encuentra sub-ocupada y recibiendo subsidios, le habremos **enseñado a pescar en vez de a pedir y se sentirá orgullosa de lo que obtenga con el esfuerzo y su trabajo cotidiano. Argentina es un país rico en recursos naturales, pero su futuro depende de la riqueza intelectual de todos sus recursos humanos. Y el sistema tributario es una herramienta apta para ello en tanto y en cuanto se canalice con inteligencia de estadistas y no bajo ambiciones políticas de corto plazo.**

Fuentes Bibliográficas Consultadas

Título: Series estadísticas. www.AFIP.gov.ar

Título: Reflexiones sobre los problemas de nuestro sistema tributario. Trascendencia de su rol en nuestra estructura social

Autor: De La Vega, Carlos A.

Publicado en: IMP 2011-1, 5

Título: Reflexiones acerca del derecho tributario y la necesidad de velar por la aplicación plena de los principios constitucionales. Análisis de algunas cuestiones relevantes

Autor: Soler, Osvaldo H.

Publicado en: IMP 2011-1, 17

Título: "Reestructuración tributaria": un aporte al debate de ideas para el desarrollo nacional

Autor: Althabe, Mario E.

Publicado en: PET 2009 (mayo-418), 1

Título: "Reestructuración tributaria": un aporte al debate de ideas para el desarrollo nacional

Autor: Althabe, Mario E.

Publicado en: PET 2009 (mayo-418), 1

Título: Para un enfoque racional de nuestro caótico sistema tributario. Evasión o cumplimiento imposible rol de nuestra profesión

Autor: de la Vega, Carlos A.

Publicado en: IMP 2008-17 (Setiembre), 1457

Título: La política fiscal y los nuevos paradigmas constitucionales en latinoamérica

Autor: Asorey, Rubén O.

Publicado en: PET 2010 (junio-444), 1

Título: La incidencia de la inflación en los momentos de crisis económica. Efectos de la inflación en el sistema tributario

Autor: Mansilla, Cristina

Publicado en: Práctica Profesional 2009-90, 1

Título: El ajuste por inflación y la importancia de tener un sistema tributario ajustado a la Constitución

Autor: Sanabria, Pablo D.

Fallo comentado: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 9 (JNFedContenciosoadministrativo) (Nro9) JNFed. Contenciosoadministrativo Nro. 9 ~ 2008-02-28 ~ Industrias Montefiore S.A. c. E.N. - D.G.I. - Agencia 5 y otros

Publicado en: LA LEY 2008-F, 1103

Título: Coparticipación y federalismo en la reforma constitucional de 1994

Autor: Altavilla, Cristián

Publicado en: PET 2008 (abril-392), 6

APENDICE DE COMENTARIOS PERIODISTICOS

Expertos alertan que los impuestos distorsivos, sumado al efecto inflacionario, empujan la carga tributaria a niveles récord

De la mano de la inflación, la Argentina pasó a liderar el ranking latinoamericano de países con mayor presión tributaria.

Según el IERAL, el peso impositivo que soportan individuos y empresas **equivale al 37% del PBI**.

También el FMI ubica a la Argentina al tope de la lista. Utilizando la información del INDEC, determina que **la presión tributaria argentina es del 38,9%**, arriba del 37,4% de Brasil, tradicionalmente el país con mayor carga impositiva de la región.

Según consigna el diario Clarín, Argentina no sólo lidera la tabla general, sino que también es el estado en el que la PT ha dado el salto más alto en los últimos diez años, con un incremento del 58%, según el FMI.

"La relación de ingresos tributarios sobre PIB se encuentra en niveles récord, ubicándose en 33,9% del PIB en 2010, 13,4 puntos porcentuales (p.p) por encima del promedio de los 90's y 18,5 p.p por encima de los 80's", dice Maximiliano Castillo Carrillo, de la consultora ACM.

Dado que para el kirchnerismo es clave cuidar la caja y mantener resultados positivos en las cuentas fiscales y en la balanza comercial, esto llevó a que tributos que vieron la luz durante los años de la emergencia económica, como el impuesto al cheque y las retenciones a las exportaciones, se hayan consolidado hasta transformarse en componentes básicos de la recaudación nacional.

A esto se suma que la inflación genera transferencias implícitas en la economía. Al reducirse el valor real del dinero emitido por el Estado, la suba de precios se convierte en una fuente de ingresos que beneficia al sector público.

"Si se computa un impuesto inflacionario equivalente a 2,5% del PIB, la presión tributaria total alcanzó a 37,2% en 2010", sostiene Marcelo Capello, director del IERAL.

De este modo, el peso del impuesto inflacionario llega a ser mayor que el de otros considerados distorsivos, como el impuesto al cheque, que representa 1,9% del producto.

Según el IARAF, de los 10 pp. de alza en la presión tributaria, prácticamente la mitad (4,6 pp.) **se explican por el impuesto al cheque y las retenciones**, mientras que el resto del aumento se debe, en parte, a mejoras en la recaudación de algunos tributos, que por mayores niveles de cumplimiento y de eficiencia en la recaudación crecieron a más velocidad que el producto.

El otro elemento central es el enorme peso de los **impuestos indirectos**. La estructura tributaria del sector público nacional (sin

considerar las contribuciones a la seguridad social) está constituida en un 72% por impuestos indirectos (el IVA, el impuesto al cheque, a los combustibles y otros gravámenes que se aplican sobre el consumo), frente a un 28% de impuestos directos (Ganancias, Bienes Personales, transferencias de inmuebles, entre otros).

En la región, la contracara es Chile con una PT del 17%. Para Capello, el país trasandino "muestra una política fiscal contracíclica, verdaderamente keynesiana, mientras que Argentina hace caso omiso al ciclo.

La semana pasada se realizó un seminario dirigido a pequeños empresarios en el cual se expuso el tema, ademas de revisar la legislación laboral del sector.

La presión tributaria en las pymes y los problemas con la legislación laboral en este segmento de empresas fueron algunos de los temas que se abordaron en el seminario Competitividad e Innovación en las Pymes, organizado por el Ieral de Fundación Mediterránea y la Escuela de Negocios y el Programa de Empresas Familiares de la Universidad Empresarial Siglo 21.

“No hay diferencia en el tratamiento impositivo entre pymes y grandes empresas -salvo el régimen simplificado del monotributo que es para empresas muy pequeñas-. Además, el país tiene en este momento una presión tributaria récord para Argentina y también comparada con países de América Latina”, expuso Marcelo Capello, quien está al frente del Ieral.

En este sentido, el economista mostró un trabajo realizado por el Banco Mundial que compara, en 183 países, la presión fiscal de una empresa mediana cuando paga todos sus impuestos. Es decir, para realizar la comparación se le aplica a una misma pyme el sistema tributario de cada uno de los países investigados. ¿La conclusión? Argentina está entre los cinco primeros entre 183 países con mayor carga tributaria. Más aún, el estudio evidenció que en Argentina hay un “alto nivel de incumplimiento en el pago”. “En resumen, en Argentina tenemos muchos impuestos, complicados, y con alícuotas altas”, aseguró el especialista.

El sistema simplificado

Para diferenciar las pequeñas de las grandes empresas se encuentra

“el monotributo o algún otro tipo de beneficio justificándolo en el hecho de que las pymes cuentan con menos información, suelen tener más restricciones crediticias y, como hay costos fijos para cumplir con los impuestos, éstos terminan pesando más sobre las empresas chicas”, puntualizó Capello en su disertación.

Esta situación da un argumento a favor sobre que debería existir un tratamiento diferencial para pymes en impuestos. En otro orden, completó el economista, de “existir una diferenciación impositiva entre grandes y pequeñas, un argumento en contra es que se induce a lo que se conoce como ‘enanismo fiscal’, es decir, que las empresas se hagan pasar por más chicas de lo que realmente son para pagar menos”

Normas de trabajo

Siguiendo con las exposiciones, el abogado Raúl Enrique Altamira Gigena, consideró que en materia salarial es necesario “elaborar un mecanismo para que en el país, las pequeñas y medianas empresas -que son las más numerosas-, logren tener condiciones laborales iguales a las grandes empresas y que esta nivelación no sea sobre los salarios ni sobre la seguridad social”.

En este sentido, consideró que una alternativa podría ser la existencia de un régimen de costos en el gas, la luz, teléfono, agua e impuestos, para que con ese tratamiento beneficiario las pymes puedan pagar un salario igual que las grandes empresas”.

“Mientras se mantenga la doctrina de esta Corte Suprema, no hay posibilidad de que por el hecho de ser pyme abonen un salario inferior al de la gran empresa”, indicó el abogado.

Ahora bien, ¿qué sucede en otros países? Según rescató Altamira Gigena, Alemania -a modo de ejemplo- cuenta con una disposición en donde en establecimientos que cuentan con menos de diez empleados, predomina el acuerdo de voluntades. Es decir, en esos casos no se aplica la legislación laboral sino que se aplica lo convenido entre las partes.

“En materia salarial hay que borrar y dar de nuevo con un esquema innovador donde, si se quiere analizar y proteger realmente la industria pyme, se instrumente con resortes como la rebaja o exención de algunos servicios o impuestos para que los empleadores puedan responder de manera eficiente a los costos salariales”, finalizó.

15 MAYO 2011

CUENTAS PUBLICAS

La presión tributaria argentina es la más alta de América Latina

Los impuestos distorsivos y el efecto de la inflación empujan hacia arriba la actual carga tributaria.

Por *ANNABELLA QUIROGA*

Aquiropa@clarin.com

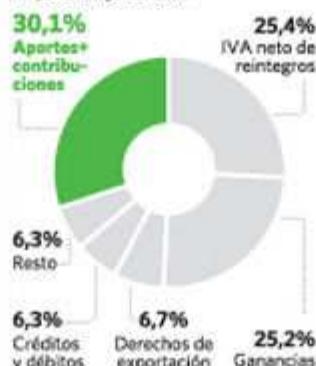


Ampliar

Presión tributaria comparada

Suba interanual de los principales tributos

En porcentaje del total



DATOS DE ABRIL DE 2011

FUENTE: IARAF SOBRE LA BASE DE DATOS DE MICON

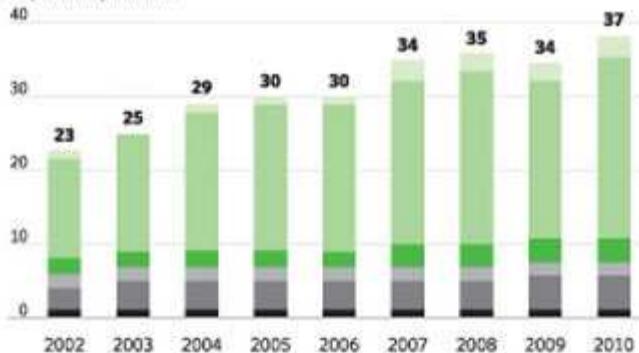
[Ampliar](#)

Suba interanual de los principales tributos

Presión tributaria total (con impuesto inflacionario)

■ Impuesto inflacionario ■ Resto nacionales ■ Derechos de exportación
 ■ Créditos y débitos bancarios ■ Impuestos provinciales ■ Municipios

En porcentaje del PBI



FUENTE: IERAL DE LA FUNDACIÓN MEDITERRÁNEA SOBRE LA BASE DE DATOS DE MICON

[Ampliar](#)

Presión tributaria total

Por obra y gracia de la inflación, la Argentina pasó a liderar el ranking latinoamericano de países con mayor presión tributaria (PT). El peso impositivo que soportan individuos y empresas equivale al 37,2% del PBI. A este guarismo llega una medición del IERAL, el instituto dependiente de la Fundación Mediterránea. Para otras consultoras, que no incluyen el llamado “impuesto inflacionario”, la PT oscila entre el 32 y el 33% del PBI.

También el FMI ubica a la Argentina al tope de la lista. Utilizando estrictamente la información del INDEC (qué, según las consultoras, subestima tanto la inflación como el PBI nominal), determina que la PT argentina es del 38,9%, arriba del 37,4% de Brasil (ver infografía), tradicionalmente el país con mayor carga impositiva de la región. Argentina no sólo lidera la tabla general, sino que también es el estado en el que la PT ha dado el salto más alto en los últimos diez años, con un incremento del 58%, según el FMI.

del IARAF, el 26% de la presión tributaria actual está explicada por estos tributos. En el 2000 sólo representaban el 11%. “La relación de ingresos tributarios sobre PIB se encuentra en niveles récord, ubicándose en 33,9% del PIB en 2010, 13,4 puntos porcentuales (p.p) por encima del promedio de los 90’s y 18,5 p.p por encima de los 80’s”, dice Maximiliano Castillo Carrillo, de la consultora ACM.

El aumento de la presión tributaria guarda relación directa con el modelo económico del kirchnerismo, que crece aferrado a los superávits gemelos: para cuidar la caja es clave mantener resultados positivos en las cuentas fiscales y en la balanza comercial. Esta táctica derivó en que tributos que vieron la luz durante los años de la emergencia económica, como el impuesto al cheque y las retenciones a las exportaciones, se hayan consolidado hasta transformarse en componentes básicos de la recaudación nacional. Bajo el mismo esquema, el Gobierno desechó cualquier posibilidad de aplicar el ajuste por inflación al pago de Ganancias, lo que termina inflando las contribuciones de las empresas y las personas físicas.

A esto se suma que la inflación genera transferencias implícitas en la economía. Al reducirse el valor real del dinero emitido por el estado, la suba de precios se convierte en una fuente de ingresos que beneficia al sector público. “Si se computa un impuesto inflacionario equivalente a 2,5% del PIB, la presión tributaria total alcanzó a 37,2% en 2010”, sostiene Marcelo Capello, director del IERAL. De este modo, el peso del impuesto inflacionario llega a ser mayor que el de otros considerados distorsivos,

como el impuesto al cheque, que representa 1,9% del producto.

En la región, la contracara es Chile con una PT del 17%. Para Capello, el país trasandino “muestra una política fiscal contracíclica, verdaderamente keynesiana, mientras que Argentina hace caso omiso al ciclo: procíclico en el gasto, su presión tributaria efectiva sube siempre desde 2003, sin reparar en alzas o bajas de la actividad económica, hasta resultar el país sudamericano con mayor presión fiscal”.

Para el Instituto Argentino de Análisis Fiscal (IARAF), el nivel de presión tributaria efectiva del sector público argentino (la recaudación de los tres niveles de gobierno: nacional, provincial y municipal) habría cerrado el 2010 cerca del 32% del PBI.

Desde Economía & Regiones, Guillermo Giussi indica que la presión tributaria consolidada es del 38% – tomando como base el PBI del INDEC – y del 31,2% con el producto estimado por la consultora. “De los 10 puntos porcentuales de suba de la presión tributaria que ocurrieron en la última década, 9 puntos corresponden a impuestos aplicados por la Nación y sólo 1 a los provinciales”, señala Giussi.

Según el IARAF, de los 10 pp. de alza en la presión tributaria, prácticamente la mitad (4,6 pp.) se explican por el impuesto al cheque y las retenciones, mientras que el resto del aumento se debe, en parte, a mejoras en la recaudación de algunos tributos, que por mayores niveles de cumplimiento y de eficiencia en la recaudación crecieron a más velocidad que el producto.

Una de las características centrales del sistema tributario argentino es el peso excesivo de los llamados impuestos distorsivos. En esta lista se anotan el impuesto al cheque, las retenciones y tributos provinciales como Ingresos Brutos y Sellos. Según Nadín Argañaraz,

El otro elemento central es el enorme peso de los impuestos indirectos. La estructura tributaria del sector público nacional (sin considerar las contribuciones a la seguridad social) está constituida en un 72% por impuestos indirectos (el IVA, el impuesto al cheque, a los combustibles y otros gravámenes que se aplican sobre el consumo), frente a un 28% de impuestos directos (Ganancias, Bienes Personales, transferencias de inmuebles, entre otros). En países desarrollados como Australia o Canadá, los impuestos directos constituyen el 70 y 66%, respectivamente, de la recaudación. Argañaraz señala un matiz importante en esta comparación. “Estos dos países se encuentran en diferentes estadios de desarrollo que la

Argentina. Es probable que, inicialmente, estos países hayan fundamentado sus estructuras tributarias en impuestos indirectos para financiar la inversión inicial, para luego, a medida que se avanzó en el crecimiento, ir virando hacia estructuras basadas en tributación directa”.

La matriz impositiva argentina es compartida por los países de América Latina. “En promedio, en la región el 55,3% de los recursos provienen de la imposición sobre bienes y servicios mientras que sólo un 28,9% es el resultado de impuestos directos”, dice Capello.

Con relación a Brasil, si bien la PT es similar, Capello destaca una diferencia central. Dice que, en la Argentina, muchos de los impuestos que gravan a las exportaciones no están sujetos a reintegros o tienen devoluciones parciales, mientras que, en el país vecino, la situación es más favorable para los exportadores. Por eso, concluye que la PT argentina afecta la competitividad ya que recarga por demás a las empresas. Para revertir esta situación, “hace falta un plan estratégico de menor suba del gasto público para generar un espacio fiscal que en el futuro permita bajar impuestos”.

¿La elevada presión tributaria es necesariamente mala? No siempre. Gran parte de los países más desarrollados tienen grados de PT muy altos que coexisten con un uso eficiente de los ingresos. “La presión tributaria puede ser elevada y con ello proveer de recursos a un estado con amplia participación en la economía, que, a través de un gasto eficiente, propenda al logro de objetivos como una mayor competitividad de las empresas, una mayor inversión para lograr un crecimiento económico sostenido, y corregir así cuestiones de inequidad en la distribución de la riqueza”, dice Argañaraz, señalando uno de los caminos posibles. Claro que también existe otra alternativa, en la que “los mayores ingresos por una presión tributaria elevada pueden convalidar un gasto elevado, pero muy ineficiente y distorsivo, que trabe las posibilidades de desarrollo productivo y socioeconómico del país”.

Martín Kaneguiser

LA NACION- 2011

La Argentina ocupa el segundo lugar en el ranking regional de mayor presión tributaria sobre sus contribuyentes, pero en tiempos de crisis económica mundial esa condición le permite ser uno de los países con menor

riesgo en términos fiscales, según un polémico estudio de la Comisión Económica para América latina (Cepal) que se dará a conocer hoy. El documento "El papel de la política tributaria frente a la crisis global" afirma que "una carga tributaria más elevada implica una mayor capacidad de reasignación de recursos" frente a un contexto de bajo acceso a otras fuentes de financiamiento.

El informe, que se discutirá hoy en Montevideo en un foro de Europa y de América latina sobre políticas fiscales en tiempos de crisis, coloca a la Argentina en el segundo lugar, con un nivel del 29% del producto bruto interno (PBI) en términos de carga tributaria en la región; luego del 36% de Brasil, y por encima de Uruguay (24), Chile (21), Perú (17) y México (12), entre otros países.

Domingo 30 de agosto de 2009 | **Publicado en edición impresa**

Es récord la presión fiscal

La Argentina ha iniciado hace varios años un proceso de aumentos de impuestos que ha llegado a que un trabajador tenga que disponer de uno de cada dos pesos que cobra para contribuir al fisco

Por **Diego Cabot** | LA NACION

La carga impositiva es cada vez más alta

Pasado mañana comenzará septiembre y cualquier trabajador argentino empezará a ganarse el sueldo de ese mes, que finalmente cobrará a principios del siguiente. Pues ese empleado deberá levantarse temprano, llegar a horario y cumplir con sus tareas hasta el miércoles 16 de septiembre para beneficio de su socio invisible: el Estado.

Sólo a última hora de ese día, el trabajador en cuestión empezará a ganarse el dinero para comer, vestirse, divertirse, mantener a su familia y ahorrar para mejorar su patrimonio. Dicho de otra forma, empezará a trabajar para él.

La Argentina de estos días ha llegado a un nivel de presión fiscal récord. La carga impositiva ha crecido en los últimos años y se ha tornado una pesada mochila, ya no sólo para los sectores de altos ingresos, sino también para los que cuentan con menos ingresos.

Ahora bien, ¿cuál es la presión fiscal que soportan los contribuyentes argentinos? Pues a los números. Si bien los cálculos varían de acuerdo con el método que se utilice, los cálculos más moderados hablan de que un trabajador que esté formalizado recibe un peso por cada uno que aporta de impuestos.

Pero hay quienes consideran que la presión, si se cuentan algunos impuestos provinciales y tasas municipales, el fisco se lleva casi \$ 5,50 por cada 10 que percibe. Es decir, tiene un socio que comparte sus ganancias en por lo menos, un 50%. De ahí que haya que trabajar hasta julio para recién empezar a recibir dinero que será propio, o pasar el mediodía en una jornada tipo como para que los ingresos dejen de ir al fisco para ingresar en el bolsillo.

Sin embargo, si lo que se mide es la recaudación total de la Argentina y se lo compara con el producto bruto interno (PBI), la presión fiscal, según todos los consultados, es la más alta de la historia. En los últimos 15 años aumentó fortísimo. Mientras en 1993 era del 19,6% del PBI, en 2008, último año con datos totales, ese porcentaje llegó a 30,3 por ciento. Todo aumentó desde entonces: los impuestos nacionales pasaron del 16 al 21%; los provinciales de un 3,7% a un 4,3%. En medio aparecieron las retenciones a las exportaciones que sumaron un 5,4% al combo de impuestos.

El cóctel impositivo tiene ingredientes nacionales, provinciales y municipales. Allí conviven aportes personales y previsionales, IVA, impuesto a las ganancias, ingresos brutos y bienes personales. Está la tasa de Seguridad e Higiene, de suministro de energía eléctrica y de gas natural y de Abasto, entre otros muchos. Esto sin contar gravámenes específicos como los que tienen los cigarrillos y los combustibles, por citar algunos.

El Instituto Argentino de Análisis Fiscal (Iaraf), que preside Nadin Argañaraz, realizó un estudio con varias simulaciones de ingresos y de carga fiscal. De sus datos surge que, en promedio, el peso fiscal que un trabajador tiene en su sueldo es de alrededor de un 45 por ciento. "Es una cuenta más o menos moderada porque allí no se incluyen muchos impuestos que tienen mucha diferencia entre un distrito y otro, como por ejemplo el impuesto inmobiliario y patentes de automotores", dijo a LA NACION uno de los autores del trabajo, el economista Ariel Barraud.

Así y todo, las simulaciones que hicieron arrojan los siguientes datos. Un empleado que recibe 3000 pesos en su bolsillo tendrá un recibo de sueldo en el que constará un ingreso bruto de 3614,50 pesos. Pero sólo recibirá

3000, el resto son aportes personales. Pero el empleador ya habrá puesto 831,30 en conceptos de aportes patronales. Es decir, para que el sueldo de bolsillo sea 3000 el desembolso total es de 4445,80 pesos. El fisco ya se cobró de ese ingreso total un 32,5 por ciento.

"Nosotros tomamos como ingreso total el desembolso que hace un empleador porque ése es exactamente lo que una empresa destina a un trabajador", explica la metodología Barraud.

Luego, el cálculo considera que ese trabajador gasta sus 3000 pesos por mes y que no tiene capacidad de ahorro. Aparecen allí los impuestos al consumo, como el IVA, que pagan todos los contribuyentes sin importar el nivel de ingresos. Entonces, por esos desembolsos se deposita en el fisco un 12,7% del total de los ingresos, alrededor de 600 pesos.

"Esto significa que una persona que recibe 3000 pesos por mes tiene una carga impositiva de 45,3 por ciento", dijo Barraud.

Otro de los datos que surgen del trabajo es que la presión fiscal se mantiene más o menos constante, en torno al 45%, entre los asalariados, sin importar cuáles son los niveles de ingresos. "Se puede observar que la carga tributaria legal sobre el ingreso asalariado de familias que operan en la formalidad en la Argentina se encuentra en un promedio cercano al 45%. A su vez, no hay mayores diferencias en los tramos de ingreso considerados, puesto que la mayor progresividad de Ganancias (a mayor ingreso, mayor peso de los impuestos) se ve compensada por el hecho de que los impuestos al consumo, al ser generales, representan una menor participación en el total de ingresos de las familias de mayores ingresos", sostuvo.

Christian Bunge es abogado especialista en derecho tributario y profesor de esa materia en el Eseade. Hace tres años realizó un estudio en la universidad, en el que se tomaron en cuenta todos los impuestos que existen. "Hay una curva que es una especie de U. Los sectores de menores ingresos se ven más impactados por la incidencia de los impuestos al consumo, como Ingresos Brutos y el IVA. Luego, los sectores medios tienen algo menos de presión y, finalmente, los de mayores recursos vuelven a tener una incidencia impositiva mayor", dice el especialista.

Volviendo a los ejemplos que realizó el Iaraf, una persona que tiene un sueldo mensual de 6500 pesos tiene una carga fiscal de un 44,7%; para un ingreso de 10.000 pesos, la carga impositiva baja a un 44,6%, y si el sueldo asciende a 15.000, el tributo es 45,9%, por el impacto que empieza a tener el impuesto a las ganancias.

Los sectores de mayores ingresos tuvieron una leve ventaja después de que se eliminó la progresión de impuestos a las ganancias, conocida como "tablita de Machinea". "De haberse mantenido el esquema del impuesto a las ganancias conocido como la «tablita de Machinea», la carga tributaria para las familias comprendidas por el impuesto a las ganancias hubiera resultado mayor. Para los sueldos de 10.000 y 15.000 pesos de bolsillo, que hubieran tenido que pagar el impuesto, la carga hubiera resultado un 49,2% y 51,9% del total de sus ingresos, respectivamente", dice el informe del Iaraf.

Bunge dice que hay más impuestos que se suman a los laborales y que llevan la presión a niveles asfixiantes. "Hay más impuestos que después se trasladan a precios. Por ejemplo, el gravamen de créditos y débitos que pagan las empresa y los comerciantes se termina trasladando al precio. Todo eso genera mayor precio que paga el consumidor", sostiene.

Dice, además, que hay cada vez más gente que paga Bienes Personales y si a eso se le suman los constantes revaluos inmobiliarios y las subas de patentes, la carga fiscal es cada vez más pesada.

Si bien las retenciones son un impuesto indirecto, Bunge dice que tienen un enorme peso en la carga. "Si se calcula el impacto fiscal que tiene un productor de soja, por ejemplo, que tiene retenciones de un 35% sobre el ingreso bruto, nos encontraríamos con una carga fiscal desorbitante", explica.

Las razones que se dan para explicar la suba de los impuestos tiene mucho que ver con que es el resorte más fácil que tienen los gobiernos a la hora de aumentar su caja. "Los gobiernos, sean municipales, provinciales o nacionales, se han acostumbrado a compensar la suba de sus gastos con más impuestos. Esto lo hacen todos. Suben los gastos e inmediatamente piensan que alguien tiene que pagarlos. Antes, en los 90, se financiaba con deuda. Pero ahora, todos piensan en subir impuestos", dice Bunge.

El ex recaudador provincial Santiago Montoya dice que uno de los motivos del aumento impositivo tiene que ver con un crecimiento de la economía en negro. "Eso crea una necesidad de que los que están en blanco contribuyan con más", dice.

Y verborrágico como siempre se ha mostrado, insiste: "La Argentina ha construido un Muro de Berlín entre las dos economías. Para los que están en la informalidad, pasar al otro lado es prácticamente imposible. Es muy alta la presión tributaria, además de que es complejo el sistema de trámites que se requieren una vez que una persona está en blanco. Entonces, se crea

una economía que no paga nada y que, si pagara, sería absolutamente inviable".

Bunge también coincide con esto. Según los datos que manejan, la economía en negro representa el 40% del total y nada menos que un 25% del PBI. "Esto recarga a la mitad que está en blanco", dice.

Siempre que se habla de los impuestos que se pagan surge la comparación con lo que se tributa en otros países. "Eso puede confundir. Por ejemplo, en Suecia se paga más o menos un 54%, pero el Estado devuelve excelentes servicios de salud, educación y seguridad, por ejemplo. Acá, hay que procurarlos porque los servicios públicos distan bastante de ser buenos", compara.

Pero ya es hora de volver al trabajador del inicio de la nota. Ese empleado tendrá una fecha más para disfrutar en familia. Se trata del Día de la Liberación de Impuestos, que mide la cantidad de días en un año de 365 días corridos que un individuo debe trabajar para poder pagar sus impuestos al Estado. El 1° de julio ese trabajador se sacó de encima a su socio. Desde ese día, recién empezó a trabajar para él.

32,5%

DEL INGRESO BRUTO TOTAL

- de un trabajador nunca llega a su bolsillo, ya que eso es lo que se tributa entre aportes personales

A MÁS GASTOS, MÁS IMPUESTOS

- La suba de impuestos, que genera una mayor caja, es una de las herramientas más fáciles de aplicar a la hora de solventar la suba de los gastos de Estado. Todo hace suponer que la presión aumentará, a menos que el Estado decida gastar menos. Un estudio de la Asociación Argentina de Presupuesto da cuenta que, en el primer semestre del año, los ingresos tributarios mantuvieron una expansión mensual en torno del 10 al 15%; las erogaciones se aceleraron progresivamente hasta llegar en junio a una tasa de crecimiento del 42 por ciento.

APROXIMACIÓN TRIALISTA A LA

COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL

DE SEGUNDO GRADO

Javier REINICK *

Resumen: En la actualidad, la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado constituye una herramienta indispensable y de uso cada vez más frecuente en la administración de justicia, garantizando la eficacia y la validez de las decisiones nacionales y extranjeras. Por otro lado, constituye también un elemento trascendental dentro de los procesos de integración regional.

Atento a ello, nos proponemos mediante el presente trabajo analizar detenidamente dicho fenómeno con el objeto de alcanzar una cabal comprensión del mismo. En este sentido, entendemos que una de las teorías jurídicas que mejor nos permite alcanzar dicho cometido es la teoría trialista. Ello es así, toda vez que dicha teoría parte de una construcción del objeto jurídico tendiente a establecer una estrecha relación con la realidad social que pretende regular y posee una riqueza metodológica (sociológica, normológica y dikelógica) que nos permite descifrar y comprender con mayor plenitud la real complejidad de la cooperación jurisdiccional internacional.

Dicho esfuerzo resulta de vital importancia para poder mejorar, agilizar y efectivizar la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado en nuestro país.

Palabras claves: Medidas Cautelares – Internacional – Teoría Trialista.

Abstract: At present, the international jurisdictional cooperation of second degree is an essential tool that is being used more frequently in the administration of justice, ensuring the effectiveness and validity of domestic and foreign decisions. Besides, it is also an essential element in the regional integration processes.

* Becario Doctoral del CONICET, doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, docente de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

In view of this, we aim through this paper carefully analyze this phenomenon in order to achieve a full understanding of it. In this sense, we understand that one of the legal theories that best allows us to achieve so is the trialist theory. This is so, since it is a legal construction that pretends to have a close relationship with the social reality and it also has a rich methodology (sociological, normological and dikelogical dimensions) that will allow us to understand more fully the real complexity of the international jurisdictional cooperation.

This task is vital for Argentina in order to improve, streamline and provide more effective to the international jurisdictional cooperation system in its second degree.

Key words: Injunctions - International –Trialist Theory.

I. Introducción

Según nuestra visión, el Derecho en general y el Derecho Internacional Privado en particular, están llamados a mantener una estrecha relación con la realidad social que pretenden regular. En este sentido e independientemente de la concepción que se adopte, entendemos que el mundo jurídico debe, imperiosamente, resolver las necesidades, los problemas y las inquietudes de las personas en un espacio y tiempo determinado. No nos cabe duda alguna de que el derecho constituye una herramienta que sólo alcanza su finalidad y máxima expresión a partir del momento en que es puesto al servicio de la comunidad.

Sumado a esto, podemos observar de manera incontrastable una realidad que se encuentra en constante evolución, donde las necesidades sociales, económicas, laborales, de seguridad, etc. resultan sumamente cambiantes. A su vez, tampoco podemos desconocer el hecho de que las exigencias de este mundo globalizado, altamente tecnologizado y comunicado distan enormemente de las que existían en épocas antepasadas. Son todos estos, datos que no pueden pasar inadvertidos por el Derecho y sus operadores, que deben necesariamente renovarse frente a las actuales demandas sociales¹. Todo ello plantea nuevos y grandes desafíos que deben ser atendidos con premura.

¹ En palabras de Ciuro Caldani: “El Derecho en su conjunto no puede desarrollarse sin apreciar que estamos, tal vez, en los umbráles del cambio de una era de la historia, con las enormes posibilidades planetarias y cósmicas abiertas por la informática, la biotecnología y los viajes

Ante esta situación, resulta de vital importancia adoptar una visión jurídica moderna que nos permita abordar eficientemente las problemáticas del mundo actual. Es por ello, que nos resultan plausibles todos los intentos doctrinarios tendientes a promover una rápida adaptación y comprensión del escenario actual por parte del Derecho, en especial en áreas tan versátiles como el Derecho Internacional Privado.

Siguiendo este orden de ideas, consideramos que una de las construcciones del objeto jurídico que mejor permite alcanzar este cometido es la propuesta por la denominada teoría trialista². Ésta, constituye una construcción de *complejidad pura* que se ha esforzado en superar los inconvenientes y las insuficiencias que presentaban las teorías jurídicas predecesoras, en especial la simplicidad pura kelseniana³. A su vez, ha enfatizado la estrecha relación que existe entre el mundo jurídico y la vida humana misma, toda vez que el primero carece absolutamente de sentido cuando es considerado en forma aislada de la realidad que pretende regular. En esta línea de pensamiento, el fenómeno jurídico constituye un instru-

espaciales, pero también caracterizados por la radicalización del capitalismo. Seguir pensando el Derecho en los términos que fueron idóneos hasta la primera mitad de nuestro siglo dificulta el aprovechamiento de las oportunidades y deja espacios para el aprovechamiento de las oportunidades y deja espacios para que los poderosos de turno se prevalgan de ideologías obsoletas" (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 113, pág. 15).

² Sobre la teoría trialista del mundo jurídico se puede v. entre otros: GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 7ma. ed., Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2005; "Justicia y verdad", en "La Ley", Buenos Aires, 1978, págs. 575 y ss.; "Semblanza del trialismo", en "El Derecho", T. 113, Buenos Aires, 1973, págs. 733 y ss.; "La Doctrina del Mundo Jurídico", La Plata, Ed. Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1962; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y Política", Buenos Aires, Ed. Depalma, 1976, págs. 158; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en "El Derecho", T. 126, Buenos Aires, 1973, págs. 884 y sgtes.; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 332; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 201; "Lecciones de Teoría General del Derecho", en "Investigación y Docencia", Nº 32, Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, págs. 33 a 76.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Filosofía y sistema del Derecho de la Integración (El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración)", en "Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 29, Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2006, págs. 27 – 48, pág. 27.

mento social indispensable que se imprime profundamente en la vida de las personas. Acertadamente se ha dicho que “los médicos despliegan la vida a través de la salud; los “juristas” repartimos vida con miras a la justicia”⁴.

Esta elección metodológica no resulta ingenua; sino todo lo contrario. Ello es así, ya que mediante el auxilio de la teoría trialista someteremos bajo análisis el fenómeno jurídico de la *Cooperación Jurisdiccional Internacional o Transposición Procesal en su segundo grado de intensidad (medidas cautelares internacionales)*⁵ y a través de su riqueza metodológica (sociológica, normológica y dikelógica)⁶ procuraremos descifrar y comprender con mayor plenitud su real complejidad.

⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, T. 2008 - B, Buenos Aires, págs. 782 – 799, pág. 783.

⁵ Adoptamos una clasificación ampliamente aceptada en la doctrina que distingue en tres los grados de cooperación, atendiendo a la diversa intensidad de compromiso y acción que implica la medida para el órgano jurisdiccional requerido. Es decir, que se presta especial atención a los efectos que la medida solicitada implica para el órgano internacional requerido y no para el requirente. En este sentido, un primer grado de cooperación, está compuesto por actos que conllevan un mínimo esfuerzo y compromiso por parte del órgano requerido: a) los meros actos de notificación, b) los requerimientos efectuados a un Estado extranjero para que informe sobre la situación actual de su derecho y c) los actos dirigidos a la obtención y aseguramiento de pruebas en el extranjero. En el segundo grado de cooperación, se sitúan las medidas cautelares realizadas en el extranjero y por último, el tercer grado de cooperación jurisdiccional internacional, que representa el máximo grado de compromiso posible, está compuesto por aquellos actos dirigidos al reconocimiento y ejecución de decisiones y sentencias extranjeras (exequátur). Otras clasificaciones se pueden ver.: TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “La Cooperación Jurisdiccional Internacional con especial referencia al ámbito del Mercosur y al Derecho Uruguayo”, en “DeCITA”, Nº 04 - 2005, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pág. 363; DE HEGEDUS, Margarita, “Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”, en LANDONI SOSA, Ángel (dir.), “Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur”, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1997, pág. 166; POCAR, Fausto, “L’Assitenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile”, Padova, CEDAM, 1967, pág. 9.

⁶ Según la visión trialista, el objeto de la ciencia jurídica está compuesto por un conjunto de repartos de “potencias” e “impotencias” que favorecen o perjudican al ser y a su vida (dimensión sociológica), los cuales son captados lógicamente y de manera neutral por normas que lo describen e integran (dimensión normológica) y que luego finalmente son valorados, tanto los repartos como las normas, por un conjunto de valores cuyo estandarte supremo es la justicia (dimensión axiológica). En palabras de Ciuro Caldani, “el *integrativismo tridimensionalista* de la teoría trialista del mundo jurídico propone construir un objeto jurídico dotado de complejidad pura que se compone de repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados normativamente (dimensión normológica) y valorados por un plexo axiológico que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)”; (CIURO CALDANI, “Metodología Dikelógica”, Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 91, pág. 9). Según el maestro Goldschmidt, el universo jurídico “se nos revela como un mundo perfectamente organizado. En su centro se halla el orden de repartos, descripto e integrado por el ordenamiento normativo y por encima advertimos la justicia que valora conjuntamente tanto el uno como el otro”;

No es ésta una labor de sencilla realización, pero sin dudas de suma importancia, ya que en la actualidad las medidas cautelares internacionales conforman una herramienta indispensable y de uso cada vez más frecuente en la administración de justicia que procuran garantizar la eficacia y validez de las decisiones extranjeras. Constituyen, tal vez, el instrumento más efectivo que posee el Derecho para mermar los daños que se producen mediante el inexorable transcurso del tiempo en los procesos judiciales internacionales.

Es por todo ello, que consideramos oportuno y justificado realizar un esfuerzo tendiente a lograr desentrañar los verdaderos protagonistas e intereses que se presentan en la materia, con el fin último de poder contribuir a mejorar, agilizar y efectivizar la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado en nuestro país.

II.1. Aspecto sociológico

Desde el punto de vista sociológico, el mundo jurídico exhibe para el trialismo un conjunto de adjudicaciones de “potencias” e “impotencias” que favorecen o perjudican respectivamente al ser y a su vida. Sin embargo, no todas las adjudicaciones de potencias e impotencias poseen relevancia jurídica, sino solamente aquellas que se relacionan con los seres humanos y que resultan susceptibles de ser apreciadas posteriormente por el valor supremo justicia⁷.

Sin descartar la fuerte presencia de distribuciones⁸ en la adjudicación de potencias e impotencias en el ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado⁹, nos concentraremos, en esta primera

⁷ (GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 7ma. Edición, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Argentina S. A., 2005, págs. 665, pág. 18).

⁸ En palabras de Goldschmidt, “un pájaro que en el centro de la selva virgen se come a un gusanillo, se adjudica a sí mismo potencia, y a su víctima una impotencia; pero este acontecimiento no entra en el mundo jurídico. La razón está en que tal acto no está sometido a la valoración del valor justicia” (GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pág. 48).

⁹ Las adjudicaciones llevadas a cabo por fuerzas extrahumanas (la naturaleza, el azar o influencias humanas difusas) reciben el nombre de distribuciones conforme a la teoría trialista.

⁹ Por ejemplo mediante influencias humanas difusas como la economía, los avances tecnológicos o las presiones de grupos políticos, de sindicatos o medios masivos de comunicación.

aproximación trialista, estrictamente en los repartos¹⁰. Una vez más, ello no implica desconocer la importancia que muchas veces pueden adquirir determinadas distribuciones en este ámbito de cooperación internacional, pudiendo incluso, muchas veces, las medidas solicitadas prosperar o fracasar como consecuencia directa de la interferencia de fuerzas extrahumanas o provenientes de un grupo de personas no identificadas. Particularmente, cobran especial relevancia las injerencias humanas difusas, que mediante determinados mecanismos de presión pueden lograr que una medida cautelar internacional se efectivice o no. Todo ello será objeto de análisis en un futuro trabajo.

II.1.A. De los repartos

Mediante la asistencia de la teoría trialista, pretendemos desentrañar los repartos de potencias e impotencias que se presentan en el ámbito de las medidas cautelares internacionales. Procuraremos comprender su genuina realidad y alcanzar una cabal comprensión de los elementos que los conforman: 1) quiénes son los que reparten, 2) sobre quiénes recae dicho reparto, es decir quiénes se terminan beneficiando o perjudicando con él, 3) qué es lo que se reparte, o sea cuál es o cuáles son los objetos repartidos, 4) cuáles son las formas con las que se lo lleva a cabo y 5) finalmente, cuáles son las razones, los fines o móviles que los ponen en marcha.

Llevar adelante dicha tarea resulta de primordial importancia para enriquecer nuestro análisis y obtener conclusiones más profundas sobre la materia. Ello es así, toda vez que dicho desfraccionamiento nos permitirá advertir con claridad las fuerzas que intervienen en el fenómeno de la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado e identificar eventualmente la presencia de fuerzas o intereses ocultos.

En primer lugar y a pesar de las divisiones geográficas, políticas, económicas y culturales entre los países, partimos de la premisa de que el nuevo mundo globalizado se caracteriza por la existencia de una estrecha relación entre las naciones, de modo tal que lo que sucede en una región repercute necesariamente, con mayor o menor intensidad, en las otras. Resulta ilógico y hasta irrealista pensar actualmente en los países como

¹⁰ Repartos son aquellas adjudicaciones promovidas por la conducta de los seres humanos, por hombres determinados e identificables.

compartimentos estancos; motivo por el cual la cooperación constituye en la modernidad una herramienta imprescindible para ellos.

En este sentido y en líneas generales, la cooperación jurisdiccional internacional ha sido entendida como “el mecanismo por el cual las autoridades competentes de los Estados se prestan auxilio recíproco para ejecutar en su país actos procesales que pertenecen y por lo tanto están destinados a integrarse, a procesos que se llevan a cabo en el extranjero”¹¹. Otra definición reza que consiste en “la realización de un acto procesal singular, en el curso de un proceso pendiente, por un órgano jurisdiccional distinto de aquél que conoce el proceso y ha de fallarlo a requerimiento de éste”¹².

Una vez dicho esto, procuraremos analizar los verdaderos actores que componen el marco de la conducción repartidora del fenómeno de trasposición procesal en su segundo grado:

1) Los repartidores son siempre hombres determinados e identificados. Aquí, encontramos la presencia fundamental de dos claros repartidores: el juez requirente y el juez requerido¹³. Son ellos, sin lugar a dudas, los principales repartidores del sistema. Ambos adjudican potencias e impotencias. Lo dicho, no implica desconocer la presencia de otros intermediarios durante el proceso que, dentro de sus facultades, también efectuarán repartos. Un claro ejemplo ello lo constituyen las actividades desarrolladas por el personal de las embajadas o de los ministerios de relaciones exteriores que intervienen a lo largo del proceso de cooperación.

2) Entre los recipientes, es decir aquellos que se favorecen o perjudican con los repartos, se encuentran no sólo las partes del caso concreto, sino que además y con el auxilio de la teoría trialista, podemos observar la presencia de otros actores como son los propios jueces que intervienen en el proceso internacional. Ello es así, toda vez que se adjudican

¹¹ VESCOVI, Eduardo, “Derecho Procesal Internacional”, Montevideo, Ed. Idea, 2000, págs. 185, pág. 90.

¹² CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Práctica Procesal Civil Internacional”, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. 944, pág. 249.

¹³ Resulta necesario advertir que el término juez es utilizado en sentido amplio y haciendo referencia a la generalidad de los casos, sin desconocer que la cooperación también se puede dar entre autoridades u órganos que no son necesariamente jueces en el sentido estricto de la palabra. Jueces, en este sentido, son todas aquellas autoridades que desarrollan funciones jurisdiccionales habituales en forma independiente. Es por ello que técnicamente hablamos de cooperación “jurisdiccional” internacional y no solamente cooperación “judicial” internacional.

no sólo las respectivas potencias e impotencias propias del caso, sino que también son los propios repartidores los que se ven beneficiados o gravados. En este sentido, por ejemplo, el juez requirente resulta beneficiario de la cooperación llevada a cabo, ya que la misma le permitirá otorgar eficacia a su eventual resolución judicial. Por otro lado, no debemos dejar de mencionar a la propia sociedad como beneficiaria “difusa”, si se quiere, de la cooperación internacional. Ella se ve potencialmente beneficiada por el correcto funcionamiento del sistema judicial y por el hecho de percibir que las decisiones tomadas en un país pueden ser efectivizadas en otro, alcanzándose en definitiva la justicia del caso concreto.

3) Según hemos manifestado, según la teoría trialista, el objeto de todo reparto consiste en la adjudicación de potencias e impotencias que enaltecen o lesionan la vida y al propio ser.

En el ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional, observamos respecto de las partes que “desde el punto de vista del objeto del reparto, el actor tiene derecho a una tutela judicial efectiva y el demandado a un debido proceso. La concurrencia de ambos derecho no es pacífica, pues existe el *periculum in mora* y por ello está la tutela cautelar”¹⁴. Más concretamente, mientras una de las partes recibe una potencia que le permite asegurar la eficacia de una eventual resolución favorable, la otra soporta, dentro del marco de un proceso, la impotencia que le produce la medida cautelar internacional, independientemente de la existencia de la contracautela.

Por último cabría decir que “de la tutela judicial efectiva deriva el principio de eficacia de la medida, mientras que de la exigencia del debido proceso se deriva la subordinación de la tutela a un proceso posterior con todas las garantías”¹⁵.

1) Las formas del reparto son los caminos por los cuales el mismo es llevado a cabo. Es clásica la distinción trialista entre repartos autoritarios y autónomos. Los primeros son aquellos que el repartidor efectúa sin preocuparse de la conformidad o disconformidad de los protagonistas. Mientras que, por el contrario, los repartos autónomos son aquellos que se llevan adelante a partir de la conformidad de todos los protagonistas. En los primeros,

¹⁴ SOTO, Alfredo Mario; “Temas estructurales del derecho internacional privado”, 2da. Edición, Buenos Aires, Ed. Estudio S. A., 2011, págs. 352, págs. 365, pág.125.

¹⁵ Ibíd..

se observa la presencia de los valores poder y autoridad, mientras que en los segundos tienen preeminencia los valores cooperación, conformidad y acuerdo.

A la luz de lo antes dicho, podemos concluir que el fenómeno de la cooperación cautelar internacional se conforma mediante la combinación de repartos autónomos y autoritarios.

En primer lugar y como regla general, se observa la presencia de verdaderos repartos autónomos, ya que y como lo indica su propio nombre, este fenómeno representa para los Estados un verdadero acto de cooperación que se sostiene en virtud de un consentimiento actual y efectivo de todos los interesados. Se vislumbra, con absoluta claridad, que son los propios Estados los que prestan su consentimiento para llevar adelante el acto de cooperación, procurando trabajar mancomunadamente para satisfacer el valor justicia. Sin embargo, no podemos desconocer que las naciones sufren distintos tipos de presiones internacionales que limitan su real posibilidad de negarse a cooperar jurisdiccionalmente en el ámbito internacional. Ello es así, ya que la cooperación ha alcanzado el grado de costumbre del derecho internacional¹⁶, motivo por el cual resultaría inaceptable y altamente criticable una negativa basada en fundamentos arbitrarios y caprichosos. Obviamente, también el grado de limitación que poseen los gobiernos dependerá en gran medida de los intereses que estén en discusión (ya que poseen un mayor impacto y repercusión social materias vinculadas con el derecho penal, ambiental o de familia) y la autoridad moral o el poder político, económico, etc. del Estado requirente.

Sin perjuicio de todo lo dicho, podemos afirmar que es el *proceso* internacional la forma típica por la cual se efectúa la distribución de los repartos en esta materia. Dicho proceso se presenta para las partes como un típico ejemplo de reparto autoritario. Ello es así, toda vez que los jueces llevarán a cabo las correspondientes medidas sin preocuparse o atender a la conformidad o disconformidad de los involucrados. Situación distinta y que será cuestión de un posterior análisis dikelógico, será determinar cuáles son los elementos que legitiman, a la luz de la justicia, dichos repartos. También la medida solicitada representa para el propio juez requerido un reparto autoritario, ya que éste no podría desecharla por su propia voluntad de falta

¹⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Notas Jusfilosóficas Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Pronunciamientos Jurisdiccionales Extranjeros"; en "Investigación y Docencia", N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1997, págs. 65 – 69, pág. 66.

de cooperación, sino que deberá atenerse a la normativa aplicable en la materia.

2) En cuanto a las razones del reparto, pretendemos aquí determinar los verdaderos fundamentos que sirven de sustento a la cooperación jurisdiccional internacional. Para ello, el trialismo se preocupa en establecer con claridad la diferencia existente entre los *móviles* de los repartidores, las *razones alegadas* por ellos y finalmente las *razones sociales* existentes. Ello nos permitirá precisar si los motivos alegados por los supremos repartidores se condicen, en definitiva, con sus verdaderos móviles.

Un reparto resulta razonable si la comunidad lo estima valioso, o sea digno de ser repetido¹⁷. En otras palabras, el reparto será realizado por la sociedad en la medida en que ésta lo estime digno de ser repetido.

Entendemos que más allá de los impulsos que pueden movilizar a los jueces repartidores (creencia en hacer correctamente su trabajo o miedo en perderlo, presiones de los superiores, etc.) y de los motivos alegados por ellos, la razón que da lugar a la cooperación internacional en materia cautelar es la necesidad social de garantizar la eficacia de los procesos y de las resoluciones judiciales extranjeras que de otro modo se vería imposibilitadas de cumplir con su fin último de justicia. La sociedad entiende como un acto valioso las medidas cautelares internacionales, toda vez que las mismas tratan de disminuir los efectos negativos que necesariamente produce el transcurso del tiempo en un debido y justo proceso.

II.1.B. Límites de los repartos

Según el trialismo, la conducción de los repartidores no es absoluta y soberana, sino que por el contrario existen diversas restricciones. En este sentido, todo reparto debe necesariamente enfrentarse a: a) los *límites necesarios*, que son aquellos que surgen de la propia naturaleza de las cosas (ya sea de la naturaleza física, psíquica o espiritual del hombre o de la naturaleza económica o política de la sociedad en general) y b) los *límites voluntarios*, que son aquellos que son establecidos por los mismos repartidores entorno a sus propias restricciones personales, espaciales, temporales y reales¹⁸. Nos interesan aquí fundamentalmente las primeras.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pág. 57.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pág. 71 y sgts..

En concordancia con lo que hemos expresado, se observa en el ámbito de la cooperación internacional en materia cautelar la presencia de una gran cantidad de límites a la función repartidora de los jueces. Si bien escapa a los fines del presente trabajo efectuar una enumeración exhaustiva de los mismos, podemos agruparlos principalmente en tres grandes grupos: a) límites que surgen de las barreras territoriales y culturales existentes entre los diversos países (distancias geográficas, idiomas, etc.), b) límites socioeconómicos (ausencia de infraestructura, escasez de recursos, falta de capacitación del personal interviniente, tribunales repletos de expedientes, etc.) y c) límites sociopolíticos (ausencia de real interés político, corrupción, desmesurada e injustificada burocracia en la tramitación de las medidas, puja de poderes nacionales y provinciales, etc.). Según hemos manifestado, además de estos límites necesarios, se encuentran las propias limitaciones personales, espaciales, temporales y reales de los repartidores, las que no presentan mayores particularidades en esta materia.

Por último, no debemos dejar de mencionar que ante dicha situación, han sido los propios Estados los que han realizado algunos esfuerzos, sobre todo en los últimos tiempos, a los efectos de disminuir los obstáculos propios del auxilio jurisdiccional. Ello se observa, por ejemplo, en la relativamente reciente proliferación de tratados internacionales celebrados sobre la materia y el creciente interés, fundamentalmente político, en destrabar los obstáculos formales y burocráticos que se visualizan en la sustanciación de dichas medidas. Sin embargo, queda aún mucho camino por recorrer.

II.2. Aspecto normológico

II.2.1. Fuentes

Según la propuesta trialista, los repartos de potencias e impotencias, a los que nos hemos referido, son captados *lógica* y *neutralmente* por las normas. En otras palabras, las normas representan captaciones lógicas de los repartos proyectados por los repartidores, elaboradas desde un punto de vista neutral; es decir desde la visión de un tercero objetivo e imparcial.

A su vez y conforme con esta línea de pensamiento, las normas pueden ser clasificadas en: a) *generales*, cuando sus antecedentes se refieren a casos futuros y supuestos e b) *individuales*, cuando sus antecedentes

describen por el contrario casos pasados, reales y concretos. “A diferencia de la norma general, que enlaza la consecuencia jurídica a un tipo legal que contiene la descripción de un sector social supuesto (y, por ende irreal), la norma individual se basa en un sector social real descrito. Por ello, la norma individual se compone de una descripción del sector social real y de la indicación de la consecuencia jurídica”¹⁹. Los tratados internacionales y las leyes nacionales representan el clásico ejemplo de normas generales, mientras que las sentencias, resoluciones administrativas y los contratos son la forma típica de normas individuales. Encontramos ambos tipos de normas en el ámbito cautelar internacional.

Ahora bien, dentro de esta construcción normológica trialista, podemos resaltar como puntos de gran interés las apreciaciones que se han realizado en torno a la idea de fuentes del derecho y sobre el funcionamiento del sistema normativo.

En este sentido, el trialismo se ha preocupado por diferenciar claramente la existencia de dos clases de fuentes: las reales y las de conocimiento²⁰. A su vez, dentro de las primeras, distingue las fuentes formales de las materiales²¹.

A pesar de estas apreciaciones técnicas, no debemos olvidar que en la práctica ambos tipos de fuentes se encuentran estrechamente interrelacionados y que solo la correcta articulación de ellas nos acerca a una cabal comprensión del mundo jurídico. Ello es así, toda vez que cualquier análisis que se fundamente meramente en las fuentes reales formales resulta a todas luces insuficiente e insatisfactorio. En definitiva, siempre necesitaremos “dar el salto” a la fuente material para obtener una íntegra y total comprensión de los repartos²². Sólo así, podremos determinar auténticamente si las normas elaboradas por los repartidores se condicen con la realidad o si por el

¹⁹ Ibíd., pág. 207.

²⁰ Las fuentes reales son los repartos mismos y nos permiten acceder a un conocimiento directo de la norma. En cambio, las fuentes de conocimiento están compuestas por la doctrina y la literatura jurídica, lo cual nos otorga siempre un conocimiento derivado de las normas.

²¹ *Las fuentes reales formales* representan una autodescripción o autobiografía que realizan los propios repartidores. Constituyen la manifestación en forma expresa y directa de la voluntad de los repartidores a través de la norma. Los ejemplos tradicionales lo constituyen los tratados internacionales, las leyes, los decretos, las sentencias judiciales o administrativas, los contratos, los testamentos, etc.. Por el contrario, en *las fuentes reales materiales* la descripción no se encuentra plasmada en forma visible, sino que el reparto es desprendido de la propia realidad social, es decir de la materialidad de los hechos.

²² GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pág. 225.

contrario constituyen meras declaraciones poéticas que no están destinadas efectivamente a modificar la actualidad.

En cuanto al estado normativo de la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado se observan las siguientes características: a) la existencia de una gran dispersión normativa a nivel convencional²³ y b) la carencia absoluta de normas específicas que lo regulen en la **fuente interna**; situación que se ve dramáticamente agravada por la coexistencia de una multiplicidad de códigos procesales provinciales²⁴. Ante dicha situación, adquieren una gran importancia las fuentes normativas individuales como son las sentencias, las resoluciones administrativas e incluso los propios contratos o compromisos arbitrales celebrados entre las partes.

En concordancia con todo lo expresado, se observa que la problemática cautelar internacional se ha propagado fundamentalmente a través dos tipos de fuentes reales formales: a) los tratados internacionales, caracterizados por su generalidad, flexibilidad y elasticidad y b) las sentencias referidas a los casos concretos. Ello genera, no pocas veces, graves inconvenientes en el funcionamiento del sistema, ya que las innumerables lagunas normativas deben ser resueltas por los jueces, quienes adquieren un papel preponderante en el desarrollo de la cooperación internacional y no siempre presentan una uniformidad en la aplicación de los criterios.

II.2.2. Funcionamiento de las normas

Según la teoría trialista, un correcto análisis desde el punto de vista normológico no puede concluir con el mero estudio estático de las normas, es decir con la simple captación lógica de los repartos proyectados. Por el contrario, resulta de mayor interés aún comprender el verdadero funcionamiento y dinamismo de las mismas. En este sentido, para que “...los repartos

²³ Entre las fuentes convencionales internacionales que regulan el fenómeno de cooperación jurisdiccional de segundo grado en nuestro país se destacan: los tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, la CIDIP II sobre Ejecución de Medidas Preventivas y el **Protocolo de Ouro Preto** sobre Medidas Cautelares entre los Estados Parte del MERCOSUR.

²⁴ REINICK, Javier, “Sobre la competencias legislativas en materia de cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado”, en “Investigación y Docencia”, N° 44, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2011, en proceso de publicación.

proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas *funcionen*, real o conjeturalmente, cumpliendo en cuanto sea necesario tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis²⁵. Según estas ideas, el funcionamiento de la norma refleja el funcionamiento de la vida misma²⁶.

Considerar que esta actividad es llevada adelante de manera aleatoria, movido por el azar, en forma desordenada y no predeterminada, representa cuanto menos una visión ingenua sobre la cuestión.

El funcionamiento de las normas conlleva necesariamente a la creación de nuevas fuentes formales, materiales o de ambas clases. Ello se observa con total claridad en el fenómeno que sometemos bajo análisis en el presente trabajo, ya que cuando el juez requerido recibe la solicitud de cooperación por parte del juez requirente, luego de interpretarla y aplicarla, dictará una nueva resolución, por ejemplo, ordenando la inscripción de una medida cautelar en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado se caracteriza por la intervención de una gran cantidad de personas encargadas del funcionamiento de la norma. Por ejemplo, habitualmente, un exhorto proveniente del extranjero dirigido a un juez provincial queda sujeto a la intervención de los siguientes individuos y organismos: el juez requirente, el Tribunal Supremo de Justicia del país requirente, la respectiva embajada de dicho país en Argentina, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina, más precisamente la Oficina de Dirección de Asistencia Judicial Internacional, el Ministerio del Interior de la República, luego generalmente interviene el Poder Ejecutivo de la Provincia correspondiente, el Tribunal Supremo de Justicia de esta provincia y finalmente el juez requerido que corresponda. El camino inverso es empleado para devolver el exhorto una vez diligenciado. Según se observa, es éste uno de los puntos donde debemos centralizar nuestros esfuerzos con el objetivo de simplificar y agilizar estos trámites a veces demasiados burocráticos y engorrosos. Por otro lado, también consideramos que resulta sumamente recomendable modificar el sistema actual con

²⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 28, Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2005, págs. 19 – 32, pág. 26.

²⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Complejidad...”, op. cit., pág. 786.

el objeto de que intervengan en el proceso una menor cantidad de personas que, a su vez, se encuentren adecuadamente capacitadas en la materia.

Según esta visión tridimensional del derecho, el desenvolvimiento del funcionamiento de la norma se lleva a cabo mediante varias etapas. En la propuesta originaria encabezada por Werner Goldschmidt las mismas consistían en: a) interpretación, b) determinación, c) elaboración y d) aplicación de la norma. A su vez, mientras que la interpretación y la aplicación son etapas que siempre están presentes en el funcionamiento de la norma, no sucede lo mismo con la determinación y la elaboración. Sin embargo, no debemos dejar de destacar que según versiones renovadas del trialismo, encabezadas fundamentalmente por Ciuro Caldani, “el funcionamiento de las normatividades, en este caso las normas, abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Goldschmidt se refería sólo a la interpretación, determinación, elaboración y aplicación; cabe agregar el reconocimiento, la argumentación y la síntesis”²⁷. Por otro lado e independientemente de la visión trialista que se adopte, estas diversas etapas jamás se desarrollan en forma independiente y aislada, sino que por el contrario se complementan y retroalimentan.

Sin bien escapa a los fines del presente trabajo realizar un análisis detallado de cada una de estas etapas, consideramos que resulta necesario resaltar algunas de las particularidades que se observan en el sistema cautelar internacional:

1) La primera tarea a realizar es obviamente la del reconocimiento normativo. El encargado del funcionamiento deberá detenerse a analizar el estado de vigencia de las normas, el ámbito de aplicación temporal y espacial de las mismas, su posibilidad de aplicación al caso concreto, etc.. Como es de notorio conocimiento, en el derecho internacional privado dicha tarea adquiere gran relevancia. Ello es así, ya que esta rama jurídica se caracteriza precisamente por la existencia de una multiplicidad de normas,

²⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Complejidad...”, op. cit., pág. 783. Puede v.: CIURO CALDANI, “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, T. 72, Buenos Aires, 1977, págs. 811 y ss.; “La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)”, en “Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 21, Rosario, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1996, pág. 52 y ss.; “Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas”, en “Investigación y Docencia”, Nº 18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1990, pág. 23 y ss..

internas y convencionales, que deben ser perfectamente delimitadas a los efectos de establecer correctamente su ámbito aplicación. A su vez, en el ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional la tarea de determinación presenta una mayor complejidad, ya que no solo nos encontramos ante la situación normativa a la cual hemos hecho referencia, sino que además, por lo general, son diversas las leyes que finalmente regulan las distintas facetas del proceso. Un claro ejemplo de ello se observa en el art. 3 de la CIDIP II cuando dispone: *“La procedencia de la medida cautelar se decretará conforme a las leyes y por los jueces del lugar del proceso. Pero la ejecución de la misma, así como la contracautela o garantía, serán resueltas por los jueces del lugar donde se solicita su cumplimiento, conforme a las leyes de este último lugar. La garantía que debe prestar el solicitante, así como la que ofrezca prestar el afectado en el lugar en que se haga efectiva la medida, se regirán por la ley del lugar de cumplimiento de la medida”*²⁸. Como si esto fuera poco, la situación suele enmarañarse aún más debido a que la mayoría de los instrumentos internacionales aplicables a la materia, poseen normas flexibles que otorgan una participación activa al encargado del funcionamiento, quien puede optar por la aplicación de normas anteriores o futuras e incluso por “prácticas” o costumbres que beneficien la cooperación entre los distintos países²⁹.

2) La interpretación pretende determinar si una norma formal describe fielmente la voluntad de su autor y, en caso contrario, adaptarla a ella. “La interpretación de la norma consiste en una comparación entre su sentido conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el momento de su creación, sobre todo con miras a clases de casos imaginarios o reales”³⁰.

En el ámbito de la cooperación, consideramos que toda interpretación deberá ser efectuada considerando las particularidades propias de la materia -ceñida por su carácter internacional y respeto al elemento extranjero- y

²⁸ Disposiciones similares se encuentran en los arts. 5 y 6 del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto para los Estados Partes del MERCOSUR.

²⁹ Art. 18 CIDIP II: “Esta Convención no restringirá las disposiciones de otras convenciones sobre medidas cautelares que hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia”. En igual sentido art. 18 del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto para los Estados Partes del MERCOSUR.

³⁰ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...”, op. cit., pág. 254.

priorizando siempre las normas que favorezca el auxilio jurisdiccional internacional y contribuyan, en definitiva, a la realización “justa” del derecho de fondo.

3) Otra característica de este fenómeno es la presencia de una gran cantidad de lagunas normativas. Ello se observa con gran claridad en los códigos procesales que carecen absolutamente de normas específicas sobre medidas cautelares internacionales. Por otra parte, a nivel convencional, si bien nuestro país ha ratificado una serie de tratados internacionales sobre la materia (Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, CIDIP II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979 y Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares dentro del ámbito del Mercosur de 1994), los mismos resultan aplicables a una limitada cantidad de casos. Por otro lado, tampoco se ha podido avanzar en el ámbito de la Conferencia de la Haya en la elaboración de un marco convencional mundial³¹, sin perjuicio de las consideraciones hechas sobre la posible aplicación de la Convención de la Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil a la materia³².

Ante dicha situación, son los encargados del funcionamiento los que deben colmar cualquier carencia normativa que se presente en el caso. Para ello, pueden valerse de cualquier herramienta que brinde el sistema jurídico, como por ejemplo recurrir a las soluciones análogas que se encuentran en el propio ordenamiento normativo o a los principios generales del derecho o, en su defecto, apelar a los valores preponderantes en la materia a los cuales ya hemos hecho referencia: cooperación, utilidad y justicia. Como se observa, una vez más, resulta fundamental aquí el rol que cumplen los encargados del funcionamiento normativo.

Por último, cabría decir que por lo general no se presentan particularmente una gran cantidad de lagunas o carencias dikelógicas en esta área.

³¹ Puede v.: FORNER DELAYGUA, Joaquim Joan; “Hacia un convenio Mundial de Exequátur”; ed. Bosch; Madrid, 1999; pág. 472 y GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar; “Cooperación Cautelar en el Derecho Internacional Privado”; J. A.; T. 2000; Vol. III; Buenos Aires, págs. 1242 – 1262.

³² Tal es la postura por ejemplo de Boggiano, quien entiende que la Convención de la Haya sobre Procedimiento Civil de 1954, aprobada por la Argentina por ley 23.502, podría resultar aplicable a las medidas cautelares en virtud de la amplitud de su artículo 8, a pesar de que reconoce la falta de tratamiento específico del tema en ella (BOGGIANO, Antonio, “Curso de Derecho Internacional Privado: derecho de las relaciones privadas internacionales”, 2da. Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 2000, págs. 194).

4) Por fin, el funcionamiento de la norma finaliza con su aplicación al caso real y concreto. Consiste en la solución del caso en virtud de la norma. “La aplicación de la norma se lleva a cabo encuadrando el caso real en el tipo legal y en la consecuencia jurídica de la norma y actualizando luego esta última. En otras palabras, la aplicación supone un doble encuadramiento y una única actualización”³³.

Es precisamente aquí donde confluyen las tareas del creador y del aplicador de la norma, ya que éste último es el encargado de materializar la voluntad del autor en el caso concreto. Es en esta última instancia cuando finalmente el reparto proyectado se convierte en reparto realizado.

II.3. Aspecto dikelógico

Según la concepción trialista, resulta posible construir el objeto del mundo jurídico incorporando un conjunto de valores cuyo estandarte supremo es la justicia. Desconocer esta realidad impide, según el autor, una cabal y profunda comprensión del universo jurídico.

Sin embargo y si bien el complejo axiológico del mundo jurídico es construido por el trialismo a partir de la supremacía del valor justicia; ello no le impide reconocer también la presencia de otros innumerables valores que forman parte del derecho, como son: el amor, la utilidad, la cooperación, el orden, la seguridad, la verdad, la coherencia, la paz, entre otros.

La palabra dikelogía hace referencia al dios griego “Diké”, una de las divinidades griegas relacionadas con la idea de justicia³⁴. La dikelogía representa el gran esfuerzo realizado por Goldschmidt a los fines de abordar la temática de la justicia desde un enfoque científico. No resulta éste un dato

³³ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...”, op. cit., pág. 302.

³⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Zeus y Diké”, en “Investigación y Docencia”, Nº 18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1990, págs. 3 – 7, pág. 3. Agrega dicho autor que: “Entre las divinidades griegas más directamente referidas a la justicia, cabe recordar a Zeus, Themis y Diké. Zeus era el dios “padre”, en relación con lo más alto, con la luz y con el día y estaba indisolublemente asociado al orden jurídico. Aunque “themis” y “diké” suelen traducirse como “justicia”, en realidad manifestaron dos concepciones diferentes: themis es expresión de una voluntad superior al hombre; diké es producto de la razón y la experiencia humana”. También puede v.: GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Ed. Aguilar, Madrid, 1958.

menor, ya que la concepción dikelógica trialista presupone siempre una aproximación científica sobre la justicia³⁵.

El principio supremo de justicia propuesto por Goldschmidt “consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo a persona, en otras palabras de “personalizarse””³⁶. Conforme esta concepción, la justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente y convertirse en persona³⁷.

II.3.1. Aspecto dikelógico del fenómeno de cooperación jurisdiccional de segundo grado

Resulta casi obvio el hecho de que en todo caso jurídico, ya sea nacional o internacional, se presentan en mayor o menor medida disímiles valores jurídicos. Sin embargo, dentro del fenómeno que sometemos a estudio observamos la existencia de tres valores fundamental: la justicia, la utilidad y la cooperación. Según ya hemos manifestado, ello no impedirá la presencia de otros valores que en el caso concreto coadyuvarán a los fines de alcanzar la solución más adecuada.

Por último, sin lugar a dudas, una de las mayores complicaciones será establecer el adecuado equilibrio entre dicho valores, fundamentalmente entre la utilidad y la justicia; evitando que la resolución del caso se torne útil pero injusta o justa pero inútil. Un análisis profundo de dicha relación amerita un estudio minucioso que será objeto de un futuro trabajo.

II.3.2. El principio de desfraccionamiento de la justicia

Según las enseñanzas del trialismo, la justicia como valor “recae en

³⁵ En la concepción originaria de Werner Goldschmidt, el trialismo consideró a la justicia como “un valor objetivo y natural (no fabricado por el hombre) y lo presentó como tema de una ciencia especial, la Dikelogía”. Sin embargo, otra visión representada en el pensamiento de Ciuro Caldani, afirma que la justicia representa una “construcción” efectuada sobre la base de acuerdos que permiten alcanzar desarrollos científicos válidos entre quienes los comparten. La justicia ya no es un valor objetivo, natural e inmutable, sino que por el contrario, constituye el resultado de una elaboración social aplicable en un lugar y tiempo determinado y cuyo contenido se encuentra lleno de subjetividades (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Complejidad...”, op. cit., pág. 789).

³⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...”, op. cit., págs. 450, pág. 417.

³⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía trialista...”, op. cit., pág. 29.

rigor sobre la totalidad de todas las adjudicaciones de potencia y de impotencia pasadas, presentes o futuras”³⁸. Es ésta la denominada función *pantónoma* (pan = todos y nomos = ley que gobierna) de la misma. Conforme con esta línea de pensamiento, el valor absoluto, perfecto e igualitario de la justicia sólo podría ser abrazado mediante una visión omnipoente y comprensiva de la totalidad de los casos pasados, presentes y futuros y sin la existencia de ninguna restricción material, personal, temporal o espacial.

Como se observa, una valoración de este tipo presupone necesariamente la posibilidad de verlo, conocerlo y comprenderlo todo, lo cual a todas luces dista en forma absoluta con la naturaleza imperfecta del ser humano. Sólo un ser supremo, omnisciente y omnipotente, conocedor de todas las realidades podría realizar dicho cometido. Según las enseñanzas religiosas, dicha tarea será realizada por un ser divino y supremo recién al momento del juicio final. Cualquiera sea el caso, es ésta una justicia que evidentemente escapa a las posibilidades reales de los hombres mortales. En palabras del propio Goldschmidt, “he aquí la auténtica justicia, la justicia divina. Su realización es imposible para el hombre que desconoce el futuro, al que le escapó el pasado y que sólo domina muy imperfectamente la actualidad: la justicia humana es, por tanto, necesariamente justicia fraccionada”³⁹. Es por ello que “toda justicia humana es siempre e irremediablemente justicia fraccionada”⁴⁰.

En virtud de todo ello y acorde con la teoría trialista, el hombre se ve necesitado de efectuar recortes y fraccionamientos de la realidad con el objeto de alcanzar algún grado de justicia, seguramente imperfecta, pero definitivamente necesaria a los efectos de garantizar la seguridad y el orden social. Comprender esto, no resulta un dato menor y adquiere una especial relevancia en el caso de la cooperación jurisdiccional internacional. Ello es así, no sólo por el hecho de que el encargado del funcionamiento efectuará, como en todo proceso y por las razones ya explicadas, indefectiblemente un fraccionamiento de la realidad; sino porque además ello se observa con gran claridad en la tarea llevada a cabo por parte del juez requerido. En este sentido, al momento de recibir por ejemplo un exhorto internacional solicitando la traba en forma preventiva de alguna medida cautelar, el magistrado no sólo desconoce el proceso principal y los hechos allí alegados,

³⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...”, op. cit., pág. 391.

³⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...”, op. cit., pág. 401.

⁴⁰ Ibíd., pág. 393.

sino que incluso adoptará una medida cautelar basada en la verosimilitud de un derecho que luego será o no comprobado durante la sustanciación de un proceso que le es absolutamente ajeno⁴¹. Es por ello, que la generalidad de los instrumentos internacionales sobre la materia expresamente enaltecen el principio de autonomía de los actos de cooperación. Dicho principio consagra la idea trascendental de que la recepción o cumplimiento por parte del órgano jurisdiccional requerido de la medida cautelar no implica el compromiso por su parte de reconocer y ejecutar luego la sentencia extranjera dictada en el mismo proceso⁴². Otro claro ejemplo de fraccionamiento en materia procesal por razones de seguridad jurídica es el caso de la cosa juzgada.

II.3.3. La justicia de los repartos

Conforme las enseñanzas de Goldschmidt, la Axiología Dikelógica será la encargada de analizar, en primer lugar, la justicia de los repartos aisladamente considerados y luego la justicia del orden de los mismos, es decir del régimen⁴³.

Para ello, resulta de vital importancia partir de un principio o criterio rector de justicia, el cual consiste, según el pensamiento trialista, en asegurar a cada cual una esfera de libertad adecuada que permita a las personas desarrollarse en plenitud, es decir pasar de ser individuos a ser personas. Una vez dicho esto, procuraremos examinar el fenómeno de la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado a la luz de este principio de justicia y determinar los requisitos básicos de legitimación de los repartos considerados en forma aislada y como parte de un régimen.

⁴¹ El art. 2 de la CIDIP II dispone expresamente que: “Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto: a. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales; b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas”.

⁴² En este sentido se expresa el art. 6 de la CIDIP II sobre medidas cautelares y el art. 10 del Protocolo de Ouro Preto.

⁴³ GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pág. 417.

II.3.3.1. La justicia de los repartos aisladamente considerados

En primer lugar, trataremos de determinar cuándo un reparto en forma aislada puede ser considerado como justo. Para ello, será necesario someterlo a la valoración de un complejo axiológico cuyo fin último es la justicia. En otras palabras, someteremos los repartos que se producen en el ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional en materia cautelar a la luz de la justicia y determinaremos cuándo los mismos resultan valiosos.

Para llevar adelante este cometido resulta indispensable determinar cuáles son los requisitos o los elementos que legitiman a: los repartidores, los recipientes, el objeto, la forma y las razones del reparto. Sin embargo, resulta oportuno aclarar que aquí ya no nos referiremos a estos elementos para establecer lo que "son", sino lo que "deben ser"⁴⁴.

Conforme con el pensamiento trialista, partiremos de la premisa de que las adjudicaciones de potencias e impotencias, aisladamente consideradas, deben ser efectuadas de modo tal que garanticen a las personas una esfera de libertad necesaria para el desarrollo pleno de su personalidad. Por otro lado, merece ser destacado el hecho de que la sola legitimación de uno o varios elementos no resulta suficiente para legitimar todo el reparto. Por el contrario, bastará con que uno solo de ellos obstaculice el proceso de personificación de los individuos para que todo el reparto sea valorado en forma negativa a la luz de la justicia.

a) Los repartidores.

Según la visión trialista, existen distintas vías por las cuales se pueden legitimar el accionar de los repartidores⁴⁵. La legitimación del

⁴⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Complejidad...", op. cit., pág. 791.

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pág. 421. En primer lugar, se destaca la tradicional legitimación aristocrática, apoyada en la idea de una superioridad moral, científica y técnica de los repartidores y en segundo lugar, se encuentra la legitimación autónoma, basada en el consentimiento real de los interesados. A su vez y dentro del ámbito de la legitimación autónoma, resulta importante destacar aquella clasificación de los repartidores llevada a cabo por Werner Goldschmidt en: repartidores autónomos, paraautónomos, infraautónomos y antiautónomos o de facto. Los repartidores autónomos son justamente, y valga la redundancia, aquellos que realizan un reparto autónomo, es decir aquel que se efectúa con el consentimiento real, efectivo y actual de todos los interesados. Por su parte, el reparto paraautónomo implica que todos los interesados concuerdan en la necesidad de que un sujeto sea quien efectúe el reparto y cuya decisión luego será ineludiblemente acatada por todos. "Repartidores paraautónomos son, verbigracia, árbitro nombrados de consumo por las partes; pero que, una vez nombrados, les imponen su laudo". Por otro lado, los repartidores infraautónomos, son aquellos quienes llevan adelante la adjudicación de

accionar de los jueces como repartidores es una temática que presenta una alta complejidad y ha sido objeto de estudio y debate por parte de la doctrina más especializada en la materia⁴⁶. Escapa a los fines de este trabajo realizar un análisis detallado sobre la misma y nos contentaremos con establecer aquí simplemente algunas notas distintivas.

En primer lugar, entendemos que en regímenes democráticos como el nuestro, donde se garantiza una participación indirecta de los interesados en los asuntos públicos, los jueces son principalmente repartidores infra-autónomos. Sin embargo, no debemos dejar de destacar que también se puede observar un cierto resabio de legitimación aristocrática respecto de ellos. A su vez, entendemos que los encargados del funcionamiento del auxilio jurisdiccional internacional también se legitimarán mediante su desempeño en forma idónea e imparcial⁴⁷.

b) La forma y causa de los repartos.

La forma del reparto de cooperación internacional se legitima, sin lugar a dudas, mediante un debido proceso que satisface las garantías procesales constitucionales. A nuestro entender, existen fundamentalmente dos instancias trascendentales durante la sustanciación del mismo: la audiencia y la fundamentación de la decisión.

potencia e impotencias basados, no en el apoyo de todos los interesados, sino de la mayoría de ellos. El típico ejemplo es el régimen de gobierno democrático y cualquier otro sistema basado en un régimen de mayorías. Por último, los repartidores antiautónomos o de facto, son aquellos que no cuentan con el respaldo autónomo de los interesados pero, sin embargo, poseen el poder material, del cual se valen, para llevar adelante los repartos por ellos proyectados.

⁴⁶ Puede v.: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Complejidad...", op. cit., pág. 791.

⁴⁷ Consideramos valiosas las apreciaciones efectuadas por Ciuro Caldani en torno a la imparcialidad de los jueces en el proceso: "Aunque sean "impartiales" e "imparciales" (al menos en la medida en que podemos serlo los seres humanos) al momento de asumir los casos, los encargados del funcionamiento se convierten en partes interesadas, porque del trámite y de la solución dependen consecuencias que les pueden ser muy importantes (conservación de los cargos, ascensos, castigos institucionales, consideración y repudios sociales, etc.). Desde entonces serán "partiales", pero importa que sigan siendo "imparciales" y en esto hay que poner el mayor esfuerzo posible". "Según hemos expuesto, puede comenzar siendo "impartial" e imparcial pero al asumir el caso se hace al menos "partial" porque le aparecen intereses personales y esto pone en riesgo la imparcialidad. Se debe lograr que pese a ser inevitablemente al fin "partial", sea siempre imparcial. Estar en conocimiento de estas situaciones permite distinguir a los jueces que cumplen su función de manera valiosa y apoyarlos. También permite advertir cuáles son los que se desvían de sus deberes y lograr que se recorra el cauce valioso" (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Complejidad...", op. cit., pág. 785 y 791).

Conforme a ello, en primer lugar, la audiencia constituye una fase trascendental en la legitimación de los repartos. “La audiencia es el camino valioso para el funcionamiento de la norma”⁴⁸. No resulta posible hablar efectivamente de proceso si no existe una verdadera sustanciación que permita a las partes expresar sus posturas y ejercer una cierta y real defensa. Dicha audiencia, podrá ser implementada a través de diferentes mecanismos pero siempre deberá desarrollarse en un todo conforme con las garantías constitucionales de nuestro país.

Por otro lado, corresponde aquí recordar que en los procesos internacionales la distancia física juega un rol importante y por lo general dificulta el normal desarrollo de la audiencia. Sin perjuicio de ello, consideramos que en la actualidad la tecnología y los medios de comunicación nos brindan diversas posibilidades en aras de superar estos obstáculos. A su vez, hemos manifestado con anterioridad que urge es esta materia la necesidad de avanzar en la creación de nuevos mecanismos que reemplacen las viejas estructuras; muchas de las cuales se basan en meros ritualismos que impiden un rápido accionar y tornan, no pocas veces, en inútiles las medidas cautelares solicitadas y en definitiva menoscaban el derecho de fondo que se pretende proteger.

Sin lugar a dudas, una cuestión sumamente difícil de establecer y merecedora de un profundo análisis que sobrepasa las pretensiones del presente trabajo, será precisar el grado y los requisitos que dicha audiencia deberá presentar a los fines de que su valoración resulte positiva a la luz del valor justicia.

Según ya hemos manifestado, el segundo gran elemento de legitimación dikelógico de la forma procesal lo constituye la adecuada fundamentación de las decisiones por parte del encargado del funcionamiento. Esto se encuentra a su vez estrechamente vinculado con las razones del reparto. Sólo una correcta argumentación por parte del juez garantizará el derecho de defensa de las partes. Nadie puede defenderse de aquello que no sabe o no entiende. Como se aprecia y a diferencia de lo que sucede en la audiencia, aquí son los repartidores los que alegan sus motivaciones. Luego, en forma posterior y ya ante la presencia de un caso concreto, corresponderá determinar si las fundamentaciones invocadas resultan reales o, si por el contrario, encubren motivos que prefieren mantenerse en el anonimato.

⁴⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Complejidad...”, op. cit., pág. 791.

c) El objeto de los repartos.

Nos corresponde determinar aquí si el objeto del reparto debe ser, desde el punto de vista del valor justicia, repartido. En este sentido, un objeto resulta dikelógicamente valioso cuando fomenta el desarrollo pleno de las personas.

Atento a ello, consideramos que la cooperación en materia cautelar internacional resultará justa cuando se efectúe dentro del marco legal y mediante un incondicional respecto a las garantías constitucionales. Es que si bien dichas medidas tienden a restringir, en algún grado, la esfera de libertad de una de las partes del proceso y con ello su personalidad, las mismas resultan dikelógicamente valiosas en cuanto: a) la parte que se beneficia con las medidas se ve obligada a otorgar una contracautela que procura evitar o reducir la posibilidad de daños causados a la otra parte y b) resulta valioso todo esfuerzo tendiente a subsanar o reducir a una mínima expresión los posibles daños causados por la larga duración de los procesos y a garantizar la eficacia de las decisiones judiciales. Ello contribuye, definitivamente, a la realización de valores tan trascendentales en una sociedad como la seguridad jurídica, el orden, la utilidad y la justicia.

Conforme a las pautas de legitimación que hemos sentado precedentemente, entendemos que un análisis sumamente interesante para ser abordado en otro trabajo consiste en un estudio sobre la valoración dikelógica de las denominadas medidas autosatisfactivas.

II.3.3.2. La justicia del orden de repartos

De acuerdo al principio supremo de justicia sentado por la teoría trialista, al que ya hemos hecho referencia, un orden de repartos (régimen) resulta justo cuando logra que cada individuo disponga de una esfera de libertad tan amplia que le permita desarrollar su personalidad, convirtiéndose de individuo en persona⁴⁹. En otras palabras, un régimen no debe estar organizado de forma tal que restrinja indebidamente las zonas de libertad necesarias para que sus miembros puedan desenvolverse personalmente.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, dicha concepción de justicia comprende dos principios básicos que le sirven de sustento: el humanismo y la tolerancia. Según la teoría trialista, un régimen es humanitario (en oposición a

⁴⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción...", op. cit., pág. 439.

totalitario) cuando considera a cada uno de los individuos como un fin y no como un mero medio. A su vez, deberá preferirse, en principio, un humanismo abstencionista por sobre un humanismo intervencionista o paternalista⁵⁰. Sólo en casos de excepción este último puede ser aceptado⁵¹.

Claramente, cualquier desviación que lleve a la mediatisación de las personas deberá ser fervientemente condenada. En el ámbito del auxilio judicial internacional, un claro ejemplo que puede conducir a ello y por lo tanto debe ser evitado, lo constituye una interpretación excesivamente rigurosa del orden público internacional y un apego colossal a los formalismos o ritualismo procesales. Según es sabido, el orden público internacional constituye un límite a la aplicación del derecho extranjero y a la recepción de decisiones foráneas. Una correcta utilización de este instrumento, exige que toda interpretación sea realizada con miras a favorecer y promover el auxilio jurisdiccional internacional y sólo, en casos excepcionales, se lo podrá restringir por ser “manifestamente”⁵² contrario al orden público internacional⁵³.

⁵⁰ El Humanismo abstencionista es aquel que exige “...que cada cual tenga una zona de libertad lo suficientemente amplia para poder convertirse dentro de ella en persona según su propia elección, reclamando el humanismo abstencionista en su forma colectiva que la agrupación tenga una organización que asegure la existencia de estas esferas de libertad. El humanismo abstencionista comprende así dos ideas, la de la igualdad y la de la unicidad de cada hombre” (GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...”, op. cit., pág. 440). Por el contrario, el humanismo intervencionista es aquel en el cual las personas carecen de las libertades suficientes para elegir como desarrollar su personalidad y son los propios funcionarios los que les indican y ordenan como hacerlo.

⁵¹ El propio Goldschmidt nos da el ejemplo de los padres de un niño quienes durante su infancia desarrollan obviamente un humanismo paternalista, ya que el mismo carece aún de la madurez necesaria para elegir su camino (GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...”, op. cit., pág. 440).

⁵² Destacamos que tanto el art. 12 de la CIDIP II, como el art. 17 de Ouro Preto, utilizan no sin intencionalidad esta palabra. Esto se condice con el art. 5 de la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado que dispone: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifestamente contraria a los principios de su orden público”. Margarita Argúas, explica que el término “manifestamente” importa una incompatibilidad que debe saltar a los ojos del juez. En el ámbito comparado, el orden público así expresado lo encontramos en ordenamientos legislativos como la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, al decir en el art. 27: “manifestamente incompatible con el orden público suizo”, de allí que autores como Bucher, Andreas lo denominen como “orden público atenuado” (BUCHER, Andreas, “Droit International Privé Suisse”, Tome I/1, Ed. Helbing & Lichtenhahn S. A., Alemania, 1998; págs. 312, pág. 212).

⁵³ FEUILLADE, Milton y REINICK, JAVIER, “Las medidas cautelares en el Derecho Internacional Privado del Trabajo”, en “Revista Derecho del Trabajo”, Año LXXI, N° 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, Enero de 2011, pág. 38.

Por otra parte y conforme con la teoría que venimos desarrollando, un régimen que pretende ser justo debe también necesariamente ser tolerante.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU RECEPCIÓN POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

Marcelo F. TRUCCO¹

Resumen: Los compromisos asumidos por los Estados al momento de ratificar y, por lo tanto, incorporar en el derecho interno convenciones internacionales, conlleva el cumplimiento de otras obligaciones. En el ámbito del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, los Estados han aceptado garantizar en sus respectivos ordenamientos la plena vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales contemplados en dichas convenciones. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete final de la aplicación de los tratados de Derechos Humanos de la región, ha venido reiterando en distintas sentencias el deber que tiene los jueces nacionales de hacer valer la primacía de las disposiciones internacionales sobre aquellas otras que puedan existir en el derecho interno. La supranacionalidad reclamada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, obliga así a los jueces nacionales realizar, al momento de ponderar la correcta aplicación de una norma interna, un test o “control de convencionalidad” para ponderar su adecuación con la norma internacional emanada de la Convención Americana de Derechos Humanos u otra convención sobre la materia ratificada en el país. A lo largo del presente trabajo, se abordarán las pautas que el Tribunal Interamericano ha sentado respecto al control de convencionalidad y su extensión, cómo el mismo ha sido recepcionado por la doctrina y jurisprudencia argentina, para finalmente aportar algunos elementos que permitan profundizar el debate respecto a la alegada primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras claves: Control - Convenciones – Derechos Humanos – Jerarquía - Jueces Nacionales – Supranacionalidad

¹ Abogado. Profesor Superior en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, de la Universidad Católica Argentina y de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

Abstract: The commitments made by States upon ratification, and incorporate into domestic law international conventions, has also others obligations. In the interamerican Human Rights protection system, States have agreed to guarantee in their internal laws the full exercise and enjoyment of fundamental rights enshrined in this conventions. The Jurisprudence of the Inter-American Court, final interpreter of the application of human rights treaties in the region, has been repeating in various judgments, the duty of national courts to assert the primacy of international provisions on those other that may exist in domestic law. The supranationality claimed by the Human Rights International Law, obliges national judges to do, when analyzing the proper application of an internal standard, a test or "conventionality control" to discuss their suitability with the international standard issued by the American Convention on Human Rights or other international convention ratified in the country. Throughout this paper, we discuss the guidelines that the American Court has established on the conventionality control and its extension, how was received by doctrine and jurisprudence in Argentina, to finally bring some elements to deepen the debate on the primacy of the International Law of Human Rights.

Keywords: Control - Conventions - Human Rights – Hierarchy - national judges - supranationality

I. Introducción

El fenómeno de la globalización se proyecta en distintos ámbitos. En esta creciente interdependencia mundial, lo jurídico no queda al margen. Así, cada día es mayor el impacto del derecho y la jurisprudencia internacional sobre las soberanías estatales. Esto hace que los Estados, a través de sus legislaciones internas y, concretamente, sus operadores, ya no puedan desconocer nuevas realidades que implican aceptar cambios y transformaciones profundas².

Esta evolución adquiere un significado mayor en el específico ámbito de la protección de los derechos humanos, pues a lo largo de la última década, el desarrollo progresivo de las garantías más elementales a la dignidad del ser humano, junto a nuevos principios e interpretaciones

² Estos nuevos paradigmas ponen en evidencia una creciente incidencia del derecho público por sobre el derecho privado.

nacidas de los organismos regionales de supervisión y control del sistema interamericano implican reforzar la tendencia experimentada en los últimos años en orden a imponer la primacía del Derecho Internacional sobre los ordenamientos internos. Interpretaciones que se proyectan sobre distintas ramas del derecho.

En el ámbito nacional, desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) operada en 1984, nuestro país ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) para intervenir en los asuntos en que Argentina sea demandada, como así también, hemos asumido la obligación de cumplir las resoluciones dictadas por el Tribunal interamericano, tanto las que dicte en asuntos contenciosos, como en las opiniones que emita en respuesta a consultas dirigidas por los distintos actores del sistema. De esta manera, hemos consentido que sea la CorteIDH la intérprete final de los instrumentos de protección vigentes en nuestra región.

En otras palabras, por sobre las normativas internas que los Estados puedan tener referidos a los derechos humanos, estarán siempre los compromisos internacionales, sean convencionales o consuetudinarios, a modo de normas generales imperativas, protectoras del bien público internacional, no pudiendo por tanto ser excluidas por la voluntad de los Estados obligados a cumplirlas.

En este sentido, uno de los principios que con más fuerza se viene imponiendo en la jurisprudencia interamericana es el llamado “control de convencionalidad” que, como veremos, reafirma la primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos, reclamando en los jueces nacionales, ya no solo ponderar la legalidad de una norma en cuanto su adecuación con la Constitución Nacional (control de constitucionalidad), sino ahora, analizar su conformidad con aquellos parámetros convencionales y jurisprudenciales derivados del sistema internacional. Es la expresión de los nuevos paradigmas que se van abriendo en el mundo jurídico; un “neoconstitucionalismo” o “supranacionalidad” que los Estados deben ir aceptando y reconociendo.

En el presente trabajo nos proponemos repasar brevemente la formulación del principio del “control de convencionalidad”, tal cual la interpretación que de él realiza la CorteIDH, para luego profundizar en el análisis de sus consecuencias, especialmente aquellas referidas al seguimiento y recepción del mencionado principio por la jurisprudencia nacional.

Asimismo, intentaremos abordar el rol que juegan los jueces nacionales en el cumplimiento de las resoluciones emanadas de la CorteIDH, como así también los límites que las jurisdicciones internas intentan poner a este “avance internacional sobre las soberanías nacionales”. Dejamos para el final algunas reflexiones a modo de conclusión, conscientes que el tema, por su actualidad y trascendencia, seguirá generando inquietudes y sumando nuevas dimensiones.

II. El principio del control de convencionalidad y su formulación por la Corte Interamericana

Será el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” de fines de Septiembre del 2006, donde la CorteIDH comenzará a precisar el contenido del llamado “control de convencionalidad”. En el párrafo más saliente de dicha sentencia, dijo textualmente el Tribunal que: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*³.

Del párrafo transcripto podemos señalar algunas dimensiones que el propio Tribunal intenta dejar en claro. En primer lugar, se ahonda en la obligación que asumen los Estados al momento de ratificar la CADH de

³ Corte IDH; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Apartado Nro. 124.

cumplir sus disposiciones, sin poder invocar normas internas que contradigan o atenten contra la aplicación del compromiso internacional. Recordemos que desde 1980, se encuentra vigente la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁴, que obliga a los Estados a no poder invocar disposiciones de Derecho Interno para justificar el incumplimiento de un Tratado⁵. Entonces, a los fines de ponderar la aplicación de la norma interna, la CorteIDH señala la obligación de los jueces de realizar no solo el test de comprobación o adecuación de dicha norma respecto a la Constitución Nacional, sino además, y con mayor importancia, la verificación del respeto debido a la Convención, de donde resultaría la inaplicabilidad de la disposición interna en caso que del último test resulte la oposición al instrumento internacional.

Es valioso resaltar que dicho control de convencionalidad no solo debe cumplirse respecto a la conformidad con la CADH, sino también, a la exégesis o pautas de interpretación que de dicha Convención realiza la propia CorteIDH, como intérprete final del sentido y alcance de sus disposiciones.

A los pocos meses de “Almonacid”, la CorteIDH profundiza el análisis en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” (Noviembre del 2006), especificando que: “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sujetos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...*”⁶.

⁴ Art. 27: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; Viena, 23 de Mayo de 1969; N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia 27 de Enero de 1980.

⁵ “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia”. CorteIDH; Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994. Apartado 35.

⁶ Corte IDH; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

Similares fundamentos reitera un año después en “Boyce y otros vs. Barbados”, de Noviembre de 2007⁷.

En estos últimos pronunciamientos, la CorteIDH avanza en remarcar el “efecto útil” de la Convención, intentando impedir que la aplicación de normas contrarias a la misma perjudiquen la protección de garantías indispensables al ser humano, destinatario final del Tratado.

Si bien tanto en “Almonacid” como en “Trabajadores Cesados del Congreso”, la Corte se refiere solo a la CADH como instrumento a cotejar con las disposiciones internas, pensamos que una correcta interpretación de la jurisprudencia citada no debe dejar de lado también a otros tratados de derechos humanos reconocidos en el sistema interamericano⁸.

Otro aspecto a clarificar está dado por saber qué tipos de normas deben ser sometidas al control de convencionalidad. Así, coincidimos con Sagües quien, al interpretar el alcance de las “leyes” que pueden resultar incompatibles con el Pacto, señala que cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. Incluso, para el mismo autor, la Constitución Nacional no queda exceptuada de dicho control, admitiendo que “el Pacto San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad”⁹.

Así formulado, podemos animarnos a señalar que el control de convencionalidad superaría al tradicional control de constitucionalidad, pues puede resultar entonces que una norma interna resulte “constitucional” pero “inconvencional”, si deviene contraria a la CADH o a la exégesis que de ella

⁷ Serie C No. 158; Apartado Nro. 128.

⁸ Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. Apartado Nro. 78: “...el análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención...”.

⁹ Así en el caso de “La masacre de las dos erres vs. Guatemala” se ponderó la adecuación de las disposiciones internas en Guatemala respecto a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida como “Convención de Belem do Pará”, firmada en dicha ciudad de Brasil, el 9 de junio de 1994. Ver Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

⁹ Sagües, Néstor P.; “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”; en La Ley; Año LXXIII, Nro. 35, jueves 19 de Febrero de 2009; Pág. 2.

realice la Corte IDH, produciendo dicha inconvencionalidad el deber para los jueces nacionales de declarar inaplicable el precepto objetado. De esta manera, se podría solicitar del justiciable, en el caso concreto, la inaplicabilidad de una norma (aun constitucional), por inconvencional.

III. La responsabilidad de los jueces nacionales en la realización del control de convencionalidad

De la jurisprudencia de la Corte IDH mencionada, surge que son los jueces del Poder Judicial de cada Estado los encargados de llevar a cabo el control de convencionalidad. En Argentina, donde existe un sistema de control difuso de constitucionalidad (a contrario del modelo europeo de control de constitucionalidad, en esencia dominado por tribunales constitucionales que ejercen jurisdicción concentrada), todo juez sería competente para proceder a dicho control, de la misma manera que está habilitado a realizar el control de constitucionalidad.

Ahora bien, sabido es que los Estados actúan por intermedio de sus órganos. Es por ello que, cuando un país ratifica tratados de derechos humanos, no solo se obliga a adaptar su legislación interna a los resguardos contemplados en dichas convenciones, sino, principalmente, se obliga a que sus jueces, como legítimos encargados de hacer cumplir en el ámbito interno los compromisos asumidos en sede internacional, se vean conminados a respetar y dar primacía en la práctica a dichos compromisos. Así, creemos que los jueces deben recordar que más allá de la interpretación que cada uno pueda tener respecto a tal o cual derecho humano, forman parte de un órgano estatal que ya ha asumido un compromiso que no pueden relegar; caso contrario, persistiendo en desconocer la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos sobre todo el ordenamiento interno, como asimismo la interpretación de los órganos supranacionales como “naturales” interpres de las Convenciones, estarían haciendo pesar sobre el país la consiguiente responsabilidad internacional por incumplimiento de los compromisos asumidos.

La Corte IDH señala con contundencia que el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales es un “deber”, es decir, está formulado en términos de obligación y no de mera recomendación. Por

lo tanto, dicho control debe ser realizado de oficio, aún cuando no medie pedido de parte para hacerlo. En este sentido, el Juez Cançado Trindade en su voto razonado en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso señaló que: “*los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana*”¹⁰.

Somos conscientes de las resistencias que puede generar este modo de re-interpretar y, (en definitiva) aceptar el valor superior del derecho y jurisprudencia trasnacional. Resistencias que pueden obedecer a distintas motivaciones. Así, Gozaíni menciona, que algunas de ellas argumentan que: “el sistema interamericano y, en líneas generales, todos los mecanismos que provocan jurisprudencia tras fronteras, socavan las libertades de gestión del Poder Ejecutivo y resienten la creación legislativa al ponerle a ambos, condiciones establecidas en la interpretación dada para un derecho humano en particular. Otros sostienen que se otorga un poder demasiado lato y muy genérico a un tribunal especial (como la CorteIDH) exacerbando las potestades clásicas de la jurisdicción”¹¹. Creemos que llevar el conflicto hacia una lucha por defender “la soberanía Jurisdiccional” de los “embates” que pudiesen venir impuestos por el orden internacional implica una grave equivocación en varios sentidos: primero implica desconocer el carácter coadyuvante y complementario del derecho internacional de los derechos humanos respecto a los ordenamientos internos (el requisito de agotamiento de los recursos internos antes de realizar una petición ante la Comisión Interamericana o la prohibición de utilizar a la Comisión o a la CorteIDH como ámbitos para “apelar” las decisiones de los Tribunales nacionales constituyen ejemplos de dicha dimensión). En segundo lugar, un aspecto que podría “tranquilizar” los ánimos de aquellos jueces reacios a aplicar el control de convencionalidad y en su caso, inaplicar una norma interna

¹⁰ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158; Voto razonado Juez Antonio Cançado Trindade; Apartado Nro. 3.

¹¹ Gozaíni, Osvaldo A.; “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”; en: “El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008; Pág. 84.

contraria a los parámetros internacionales, es entender que el control que se reclama no es “contra” los Tratados, sino “conforme” a ellos, es decir, se busca una interpretación que resulte integradora o “armonizadora” de un ordenamiento jurídico que es uno y que, en función de los particulares derechos en juego, exige un “consenso” en su aplicación. Así, coincidimos nuevamente con Sagües cuando sostiene que: “el compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional, no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto San José y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta transmutación espiritual (si se acepta que la ideología es el alma de la Constitución y del Pacto) es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del control de convencionalidad”¹². Vemos consagrado una concreta limitación a la soberanía estatal a la hora de aplicar e interpretar derechos humanos.

IV. Recepción del principio por parte de la doctrina y jurisprudencia argentina

El principio que comentamos es recepcionado con criterio dispar por la doctrina nacional. En la mayoría de los casos, la opinión respecto al control de convencionalidad está íntimamente ligado a la manera en que los autores conciben la supremacía del orden internacional por sobre el interno, o en todo caso, la obligatoriedad de seguimiento de la jurisprudencia de la CorteIDH por parte de los tribunales nacionales. Este último supuesto será motivo de análisis en los puntos siguientes. Ahora, nos toca ocuparnos brevemente de señalar algunas diferencias doctrinarias relacionadas al control de convencionalidad.

Así, encontramos algunos autores que ponen fuertes reparos a la hora de aceptar su aplicación. En este grupo podemos identificar, entre otros, a Alberto Bianchi, para quien el control de convencionalidad representa la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la

¹² Sagües, Néstor P.; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”; en La Ley; Año LXXIV, Nro. 152, miércoles 11 de Agosto de 2010; Pág. 2.

interpretación y alcance que se le da, puede ser entendido como un simple e inofensivo juego de palabras, o bien como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el plano nacional. Sostiene que como todo instituto en desarrollo, presenta contornos imprecisos, concluyendo que el control de convencionalidad constituye un complemento del control de constitucionalidad que debe seguir siendo ejercido por la Corte Suprema como tribunal de última instancia en nuestro país¹³.

En este grupo de opiniones podemos citar a Gregorio Badeni, para quien el control de convencionalidad queda satisfecho cuando se realiza el control de constitucionalidad¹⁴ y a Carlos Fayt, quien, desde la Corte Suprema, sigue (aunque en posición minoritaria) defendiendo la primacía de la Constitución Nacional por sobre el ordenamiento internacional, aplicando un criterio restrictivo a la aplicación que los tribunales nacionales deben realizar de la jurisprudencia internacional¹⁵.

En otro orden de opiniones, encontramos a Susana Albanese, quien, si bien se pronuncia a favor del principio y, especialmente, al carácter vinculante que para nuestros tribunales genera la interpretación que de la CADH haga la CorteIDH, se muestra más prudente, al reconocer que “el control de convencionalidad puede llegar a ofrecer dificultades en su aplicación cuando la interpretación dinámica y evolutiva de normas convencionales por parte de los tribunales es variada, y disgregada la opinión de sus miembros”¹⁶, reclamando la aplicación de las reglas de la normal prudencia, más cuando existen interpretaciones derivadas de los tribunales supranacionales que no cuentan con la opinión unánime de sus miembros y por lo tanto impiden la construcción de una doctrina perdurable.

Entre aquellos autores que se muestran más partidarios de aceptar el principio sin oponer demasiados reparos (línea de pensamiento al cual adherimos desde nuestra humilde postura), encontramos a Sagües, quien no vacila en afirmar que la doctrina del control de convencionalidad “importa

¹³ Bianchi, Alberto B.; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”; en: Suplemento La Ley Constitucional; lunes 27 de septiembre de 2010; Págs. 15 a 24.

¹⁴ Citado por Bianchi, Alberto B.; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”; op. cit.; pág. 20.

¹⁵ Ver al respecto los votos disidentes del Dr. Carlos Fayt en causas Arancibia Clavel, Simón y Mazzeo.

¹⁶ Albanese, Susana; “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”; en “El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008; Pág. 44.

uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y subconstitucional de los países del área”¹⁷, y que bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, reconociendo, no obstante, que el buen suceso de la doctrina está condicionada por la voluntad de seguimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales¹⁸.

En el mismo sentido se pronuncia Lucchetti, resaltando la obligación que pesa sobre los jueces de realizar el control de convencionalidad, deber que no solo viene impuesto por la CorteIDH, sino por la propia Constitución Nacional, toda vez que los tratados de derechos Humanos son parte integrante de la Ley Suprema de la Nación. Para el citado autor, el juez, al momento de realizar el control de convencionalidad, debe apreciar los actos de los Estados al amparo de la Convención, en las condiciones de su vigencia, y en el entendimiento dado por la CorteIDH, intérprete última de esta Convención¹⁹.

En cuanto a la recepción del principio por la jurisprudencia nacional, no hay dudas que el caso que con mayor claridad lo acogió fue “Mazzeo”, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de juzgar la validez de indultos presidenciales concedidos durante el gobierno del ex presidente Menem y su oposición con pautas jurisprudenciales en contrario sostenidas por la CorteIDH señaló que: “*la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en*

¹⁷ Sagües, Néstor P.; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”; op. cit.; Pág. 1.

¹⁸ Sagües, Néstor P.; “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”; op. cit.; Pág. 3.

¹⁹ Lucchetti, Alberto J.; “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008; Pág. 144 a 148.

*el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*²⁰. En el considerando siguiente (21), la Corte Suprema Nacional recepciona el control de convencionalidad tal cual la formulación brindada por la CorteIDH en “Almonacid Arellano”.

Sin embargo, recientemente, se dio a conocer el Dictamen del Procurador General en “A.J.E. y otro s/recurso de casación” (10 de marzo de 2010), donde se relativiza la tesis del control de convencionalidad expuesta en “Almonacid”, entendiéndose que la CorteIDH solo brinda orientaciones que tienen efecto y alcance para el caso concreto, señalando que no sería obligatorio para la Corte Nacional el seguimiento de parámetros que colisionen en forma grave con los principios constitucionales. En caso de confirmarse este Dictamen por la Corte Suprema, sería un lamentable retroceso a la adaptación y adecuación de nuestra jurisprudencia a los nuevos estándares internacionales de interpretación de los derechos humanos.

V. Límites al control de convencionalidad. La doctrina del margen de apreciación nacional

Una de las doctrinas que ha servido para matizar el impacto que puede general la adopción sin cortapisas del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales es la llamada doctrina del “margen de apreciación nacional”, principio que si bien fue reconocido por la CorteIDH, cuenta con más desarrollo y recepción por parte de la jurisprudencia de los Tribunales europeos de Derechos Humanos.

Dicha doctrina fue pronunciada por la CorteIDH en la opinión consultiva nro. 4/84, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, oportunidad en que el Tribunal interamericano tuvo que referirse respecto a si ciertos proyectos de reforma a la Constitución Política de Costa Rica violentaban las garantías de igualdad y no discriminación contempladas en la CADH al estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros. Indicó el Tribunal que: *la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado*

²⁰ CSJN; 'Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; Sentencia del 13 de Julio de 2007; considerando 20.

que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados”²¹.

De lo expuesto surge que este “margen de apreciación nacional” consiste en la posibilidad de interpretar o valorar un derecho o garantía contemplado en un tratado de derechos humanos de acuerdo a las particularidades propias del país donde dicho derecho sea invocado, otorgando en definitiva, una especie de privilegio a los tribunales nacionales en la apreciación de derechos conforme las realidades que se presenten en ese país, conservando así la última palabra para “moldear” o “adaptar” al contexto social, económico o jurídico nacional, el derecho emanado de un tratado o convenio internacional.

Al respecto opina Sagües que si bien es importante reconocer que ciertos derechos encuentran condicionamientos materiales y sociales derivados del ambiente donde se aplican, hay un margen nacional “aceptable” (flexible), que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo las idiosincrasias y experiencias de cada país, y hay otro margen “inadmisible”, integrado por un núcleo duro de derechos de fuente internacional, esenciales, básicos y por lo tanto inalterables e innegociables. Sobre estos últimos no cabrían restricciones de interpretación a cargo de las soberanías estatales. Para el citado autor, ambas doctrinas deben coexistir lo más armónicamente posible²².

Personalmente, no adherimos a esta doctrina del margen de apreciación nacional. Pensamos que su recepción pondría en serio peligro la primacía que debe tener el derecho internacional de los derechos humanos por sobre todas las disposiciones internas, generando incluso que un mismo derecho pueda tener diversas dimensiones o proyecciones según sea el país

²¹ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Apartado Nro. 62.

²² Ver al respecto Sagües Néstor P.; “La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”; Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Antícpo de “Anales” – Año XLII – Segunda época – Número 36; Buenos Aires, 1998; Pág. 19 a 22.

Ver también: “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”: op. cit.; Pág. 2.

donde se aplique o según sean las pautas tenidas en cuenta para apreciar el contenido del derecho que se trate. Si bien es cierto que cuando dichas “apreciaciones” sean intolerables, cabrá a la propia CorteIDH “encauzar” u otorgar la “justa interpretación”, reafirmando así el carácter de intérprete final que ostenta la CorteIDH de los tratados regionales de derechos humanos. En este sentido, sostiene Sagües que la actuación de la CorteIDH para corregir la amplitud del margen de apreciación nacional responde a una “necesidad jurídica”, ya que de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su “margen de apreciación nacional”²³.

Los convenios sobre derechos humanos, si bien adquieren una significación particular que los distingue de los demás acuerdos que celebran los Estados, no dejan de ser tratados, y, por lo tanto, someterse a las reglas de buena fe que debe guiar el cumplimiento de sus disposiciones. Así volvemos al planteo inicial, pues cuando un país ratificó la CADH y consintió expresamente respetar a la CorteIDH como intérprete de sus disposiciones, no puede luego exigir cierta “flexibilidad” en atención a “particularidades propias”, afectando el sentido de universalidad e integralidad con que deben ser entendidos y aplicados los derechos fundamentales.

VI. Sobre la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte Interamericana

Dispone el art. 68 de la CADH que “*Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”.

Ha sido siempre un tema de discusión en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, el alcance de la obligatoriedad que detentan los fallos emanados del Tribunal trasnacional. Profundizar en este alcance guarda una íntima conexión con el tema que venimos desarrollando, pues, en definitiva, no olvidemos que los jueces, al realizar el control de convencionalidad, deben observar los tratados internacionales de derechos humanos conforme a la interpretación dada por la CorteIDH.

²³ Sagües Néstor P.; “La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”; op. cit.; Pág. 21.

Al momento de ratificar la CADH y el resto de los Tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes para la región, los Estados no solo asumen el compromiso de respetar sus disposiciones, sino, fundamentalmente, que sus respectivas jurisdicciones internas puedan ir progresivamente asumiendo las directrices e interpretaciones cimentadas a la luz de la jurisprudencia interamericana. La propia CorteIDH ha señalado que “los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos útiles (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”²⁴.

Ya antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN), reconoció en el caso Ekmekdjián c/ Sofovich: “*Que la interpretación del Pacto debe, además, guiar por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José*”²⁵. Luego, en 1995, en “Giroldi”, manifestó su postura en el sentido de reconocer que la jurisprudencia de la CorteIDH debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana²⁶. Esta doctrina, conocida como “doctrina del seguimiento nacional”, fue reafirmada un año después en “Bramajo”²⁷, extendiendo la directriz a la interpretación que realice la CIDH. Dijo la Corte Suprema al respecto: “*Los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas*”²⁸.

Sostiene Leonardo Franco que: “la evolución jurisprudencial ocurrida en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación devela que, más allá de la jerarquía constitucional que claramente ostentan los tratados internacionales de derechos humanos, se le ha asignado a la jurisprudencia inter-

²⁴ CorteIDH; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 34.

²⁵ CSJN; Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros; 7 de Junio de 1992, Considerando 21. Publicado en La Ley, 1992-C, 543.

²⁶ CSJN, Caso “Giroldi”, sentencia del 7 de Abril de 1995, Fallos 318: 514.

²⁷ CSJN, Caso “Bramajo”, sentencia del 12 de Septiembre de 1996, Fallos 319: 1840.

²⁸ CSJN, 8/9/2003, “Hagelin, Ragnar E.”, Fallos 326:3268; JA 2003-IV-402. Voto Dr. Maqueda.

nacional, en particular a la interamericana, un “rol” o “función” de decisiva trascendencia en la fundamentación de las decisiones judiciales nacionales”²⁹.

Fallos más recientes de la CSJN (entre otros “Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo, etc.) reiteran de manera uniforme la obligación por parte del Estado Argentino de seguir las pautas indicadas por la CorteIDH.

Sin embargo, pensamos que el mayor conflicto se genera cuando se pretende que la jurisdicción nacional siga criterios esbozados por la CorteIDH en casos en que nuestro país no ha sido parte. Así, Bianchi distingue claramente aquellas resoluciones dictadas por el tribunal interamericano en casos contenciosos en donde Argentina ha sido parte en el proceso, de aquellos otros donde no ha habido participación del Estado en el litigio. Respecto al primer supuesto, sostiene que no está en discusión que las sentencias de la CorteIDH son vinculantes u obligatorias para el Estado, pero no así en el segundo supuesto³⁰. Disentimos con esta interpretación. Creemos que cuando se sostiene que el Poder Judicial de los Estados debe “tener en cuenta” las interpretaciones que de la CADH haga la CorteIDH, no implica asignarle un sentido meramente recomendatorio, sino, por el contrario, que los tribunales nacionales están obligados a respetar la regla interpretativa aún cuando nuestro país no ha sido el destinatario del fallo en donde se expuso tal criterio. Esto es así porque si solamente resultaríamos obligados por los casos en los que fuimos parte, ante un caso planteado en la jurisdicción local, donde ya se cuente con un antecedente jurisprudencial de la CorteIDH que reconozca nuestro derecho, bastaría, ante el no seguimiento de la “línea” jurisprudencial internacional, iniciar el procedimiento ante los organismos internacionales, convencidos que finalmente obtendremos de la CorteIDH el fallo contra nuestro país coincidente con nuestros intereses.

No solo pensamos que los tribunales nacionales deben seguir la jurisprudencia de la CorteIDH en todo caso en que sean o no parte, sino que también extendemos ese entendimiento respecto a las opiniones consultivas, sobre las que se siembran ciertas dudas respecto a la obligatoriedad de su seguimiento. Sobre estas opiniones, decimos que si bien no tienen la misma fuerza vinculante que las sentencias en materia contenciosa, ello no debe llevar

²⁹ Franco, Leonardo; *Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino*, Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM; pág. 162.

³⁰ Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, op. cit.; pág. 17.

a la conclusión que dichas opiniones no deban ser tenidas en cuenta especialmente por los Estados y demás actores del sistema interamericano. Bien señala al respecto el ex juez y Presidente de la CorteIDH, Pedro Nikken que “las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados (...) representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u "otro tratado" sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales”³¹.

VII. La primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: ¿Ha dejado la Corte Suprema de ser suprema?

Otra de las cuestiones que sigue suscitando encendidas polémicas tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial gira en torno a reconocer la primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos sobre todo el ordenamiento interno. Esta polémica se va a ir profundizando en nuestro país con el correr de los años, y, especialmente, a partir de la entrada en vigencia en 1980 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, luego la ratificación en 1984 de la CADH donde Argentina reconoce la competencia de la CorteIDH y finalmente, la reforma constitucional operada en 1994, donde se elevan a rango constitucional los principales declaraciones y Convenciones de derechos Humanos incorporadas hasta ese momento por el país.

Si bien la reforma constitucional aludida, dejó en claro que los tratados celebrados por la Nación con potencias extranjeras gozan de jerarquía superior a las leyes, la cuestión quizás más problemática está representada por preguntarnos si la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos implicaría que ahora el derecho internacional de los derechos humanos pudiera avanzar sobre la propia Carta Magna. Definir esta cuestión no resulta un tema menor, pues, en caso de aceptar esta

³¹ Nikken, Pedro; “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; en El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI – Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José Costa Rica – 2da. Edición – 2003, pág. 176.

última posibilidad, la lógica consecuencia sería reafirmar la primacía del derecho internacional por sobre todo el orden interno, incluida la propia Constitución.

No nos quedan dudas que a la luz de la evolución normativa experimentada en el campo de los derechos humanos tanto a nivel regional como universal, y a partir del desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH, concretamente, desde la formulación de la doctrina del control de convencionalidad, la citada primacía resulta clara y evidente. Fundamentamos nuestra postura en dos cuestiones básicas. En primer lugar, el ya mencionado art. 27 de la Convención de Viena sobre derechos de los Tratados, al imponer la obligación para los Estados de no poder alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus compromisos internacionales, incluye sin dudas a la propia Constitución dentro de ese derecho interno, por lo tanto ella tampoco podría ser invocada. Asimismo sostiene Cançado Trindade que “no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobre todo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos”³².

En segundo lugar, la lógica del control de convencionalidad posiciona a la CADH por encima de la propia Constitución. Esto es, ni más ni menos, que admitir que si la Carta Magna resulta contraria al Pacto, dicha regla debe quedar inaplicado por los órganos judiciales nacionales. De esta manera, coincidimos una vez más con Sagües cuando afirma con toda contundencia que “la Constitución no puede válidamente lesionar al Pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas”³³. Incluso ya en algunos casos (como por ejemplo el de “la últimas tentación de Cristo” vs Chile), la CorteIDH obligó a un Estado a dejar sin efecto una norma constitucional por su oposición a la CADH.

³² Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Voto razonado juez Cançado Trindade; Apartado 40.

³³ Sagües, Néstor P.; “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”; op. cit.; Pág. 3.

En cuanto a la pregunta formulada en el título del presente punto que estamos analizando, sobre si la Corte Suprema ha dejado de ser suprema, la respuesta, creemos, resulta positiva, por varias razones, aunque la principal, es que, guste o no, la Corte Nacional no es intérprete final de las Convenciones que en materia de derechos humanos ha ratificado nuestro país. Por lo que, si dicho Tribunal, arrogándose ese poder que no le corresponde, realizará una interpretación contraria a las Convenciones, haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Luego, la CorteIDH, real y legítima intérprete final del sistema interamericano, puede obligarla a dejar sin efecto dicha interpretación y adecuarla a los parámetros que le indique el tribunal transnacional. La propia Comisión interamericana ha señalado que: “el Estado es responsable por los actos del Poder Judicial aún en los casos en los que actúe más allá de su autoridad, independientemente de la postura de sus otros órganos; si bien internamente los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son distintos e independientes, todos ellos conforman una unidad indivisible y por lo mismo el Estado debe asumir la responsabilidad internacional por los actos de los órganos del poder público que transgredan los compromisos internacionales”³⁴. Incluso ya en algunos casos la CorteIDH dejó sin efecto resoluciones tomadas por nuestro máximo Tribunal, como se dio en el caso “Bulacio”, en donde se obligó a la justicia nacional a dejar sin efecto la resolución que había dejado firme la prescripción de la acción penal por el paso del tiempo. De los ejemplos mencionados, reafirmamos nuestra opinión de que la Corte Suprema dejó de ser suprema, pues siempre se ve expuesta a que el Tribunal supranacional le “recuerde” cuáles son los criterios que deben seguirse a la hora de cooperar en la aplicación e interpretación de una doctrina uniforme de derechos humanos. En este sentido, para Sagües, la CorteIDH tiende a perfilarse como un tribunal regional de casación³⁵.

³⁴ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Apartado 61 i).

³⁵ Sagües, Néstor P.; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”; op. cit.; Pág. 1.

VIII. Conclusiones.

La confianza y creencia en el sistema interamericano debe ser demostrada en acciones concretas. La aceptación por parte de los estados y, concretamente, de nuestro país, de la doctrina del control de convencionalidad representa una muy buena oportunidad para reafirmar esa confianza. Esto significa que los jueces nacionales deben realizar este control sin demasiados reparos.

A modo de breves reflexiones finales de todo lo expuesto en el presente trabajo señalamos:

1. La adecuación de las normas internas a las convenciones internacionales, debe contemplar especialmente la interpretación de la Corte IDH, órgano e intérprete natural de sus disposiciones.
- 1- Los jueces nacionales deben honrar a través de sus fallos, los compromisos que en materia de derechos humanos ha asumido nuestro país en sede internacional, dejando de lado “ciertos orgullos” que impiden aceptar con humildad que el paradigma jurídico ha avanzado y que hoy la supranacionalidad se va imponiendo en la mayoría de las latitudes.
- 2- La primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos impide a los magistrados locales invocar incluso la propia Constitución Nacional para abstraer al Estado del cumplimiento de sus obligaciones.
- 3- Debe mediar una gran responsabilidad por parte de los operadores de la justicia, pues una posición “caprichosa” en querer seguir aplicando criterios propios alejados de los estándares de interpretación supranacionales, implicaría exponer al país a ser condenado por la CorteIDH por violación a las disposiciones de la CADH o de la exégesis que de ella realizó el Tribunal Americano.
- 4- Pensamos que debe abandonarse la doctrina del margen de apreciación nacional, pues, como bien sostuvo la CorteIDH en su opinión consultiva nro. 6/86: “la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el

Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.

- 5- Los tribunales nacionales deberán asimilar que los veredictos que emergen de la jurisdicción supranacional reflejan reglas interpretativas generales que permiten una aplicación uniforme de los principales derechos y garantías de la persona humana.
- 6- Finalmente, pensamos que cuando un Estado se hace parte de un tratado internacional (y en mayor medida si se trata de derechos humanos), se compromete a poner en marcha todos los mecanismos internos destinados a su efectivo cumplimiento. La justicia es uno de esos mecanismos importantes. Si la jurisdicción nacional no acompaña, será cuestión de replantearse seriamente la utilidad de seguir perteneciendo al sistema.

Bibliografía consultada

ABREU BURELLI, Alirio; “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; en: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004; 1era. Edición – Corte Interamericana de Derechos Humanos – San José Costa Rica – 2005 – 1228 páginas.

ALBANESE, Susana; “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”; en: “El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008

BIANCHI, Alberto B.; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”; en: Suplemento La Ley Constitucional; lunes 27 de septiembre de 2010.

FRANCO, Leonardo; Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”, Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM; 1era. Edición, 2009.

GELLI, María Angélica; “El valor de la jurisprudencia internacional” a propósito del caso Bayarri” en un dictamen de la procuración general de la Nación en: La ley, Año LXXIV Nro. 103, 1 de Junio de 2010.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estrategia Jurídica” – Rosario. UNR
Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2011, 256 págs.

La temática abordada por esta obra -cuyo sólo título cautiva nuestra atención-, genera un profundo interés en relación al desenvolvimiento dinámico del Mundo Jurídico. Que logre captar nuestro interés, es demostrativo de la necesidad del abordaje del estudio de la Estrategia Jurídica, como campo del Derecho a desarrollar y que reclama una *comprensión integrada y dinámica de lo jurídico*. Al decir de su autor: *la vida es de cierto modo una gran estrategia*. Organizada en cinco trabajos, íntimamente unidos por esta afirmación, demuestra como el *integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista entiende al Mundo Jurídico* en su profunda relación con la complejidad pura de la vida y propone, un abanico de posibilidades con las que pueden acrecentarse *los enfoques, las variables y las opciones de la Estrategia y la Táctica del Derecho*.

En *Una perspectiva del Integrativismo Tridimensionalista de la Teoría Trialista del Mundo Jurídico (aplicada a la estrategia de la sanción del Código Civil argentino)*, el autor realiza un detallado análisis del proceso de sanción de este cuerpo legal fundamental. La ley Nro. 340 -sancionada a libro cerrado-, estableció la nueva legislación civil que se convirtió en herramienta indispensable para la *estrategia* del grupo dominante por aquellos días. El modelo de la Argentina *anglofrancesa*, copiosamente encomiado por Domingo Faustino Sarmiento, y reforzado por el Código Civil, fue ejecutado utilizando una *estrategia* apuntalada por desarrollo de la ciencia y la técnica, la educación laica, común, gratuita y obligatoria, y la inmigración europea de los países centrales; acorralando enérgicamente los despliegues culturales del sector *“hispánico tradicional”*. El abordaje tridimensional, que incluye el estudio de la realidad fáctica y axiológica que vieron nacer al Código de Vélez Sarsfield, permite vislumbrar parte sustancial del complejo de situaciones que dieron origen a nuestra organización como país.

En *La Estrategia Jurídica, una deuda del Derecho actual*, se analiza la necesidad del desarrollo de la estrategia en el campo jurídico, considerando sus inmensos despliegues en el terreno militar y, especialmente, los avances de esta proyección dinámica en la Economía y la Política, habida

cuenta de su papel históricamente relegado en materia jurídica: primero, por la escuela de la exégesis y más tarde por el positivismo jurídico. El autor nos sumerge en un extenso análisis sobre los *antecedentes*, los *alcances* y los *contenidos* de la estrategia jurídica, utilizando para esto, el enfoque esclarecedor del *integrativismo tridimensionalista trialista* del Derecho. Con el mismo señero examen, se abordan los modelos y las variaciones de la estrategia jurídica, marcando la importancia de la *formación estrategia del jurista*, para quien resulta *poco estratégico* continuar utilizando los resquebrajados moldes decimonónicos del Derecho, largamente desbordados por la juridicidad de esta Nueva Era Postmoderna.

En “*Variables*” *Estratégicas del integrativismo tridimensionalista trialista*, se expone la riqueza de variables provistas por la Teoría trialista del Mundo Jurídico, como propuesta metodológica capaz de producir *estrategias y tácticas jurídicas* significativas, apoyada en su perspectiva multidimensional de jurística normo-socio-axiológica. Así entendido, la faz *estática* del Mundo Jurídico -compuesto de repartos de potencia e impotencia, captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la Justicia-, es movilizada por la faz *dinámica* -como actividad relacionada al aprovechamiento de las oportunidades su realización-. Actuar estratégicamente en Derecho supone, por un lado, una individualización (percepción y definición) eficiente del *problema* y, por el otro, una consideración de las *soluciones posibles*, los *medios necesarios* y los *recursos disponibles* -variables-, en cada caso. Supone también, la *elección* de una solución posible para el problema y su realización. Con gran lucidez, el autor identifica las variables estratégicas del Mundo Jurídico: *categóricas* o *continuas*, siendo estas últimas la urdimbre sobre la cual las primeras, dibujan el paño imbricado del Derecho, como materia viva.

En el cuarto estudio, *Estrategia Categorial Sociológica trialista (Un aprovechamiento del “análisis jurídico”)*, se consideran las posibilidades de análisis estratégico que proporcionan las categorías básicas de la dimensión sociológica del Mundo Jurídico. Estas son: la *causalidad*, la *finalidad “objetiva”*, la *finalidad subjetiva*, la *posibilidad* y la *realidad*; todas ellas, trazas primordiales del sustrato fáctico de la construcción estratégica. La Postmodernidad, tiempo signado por los cambios hercúleos en el desarrollo de la ciencia y la tecnología, ha puesto en jaque la certeza gracias a la proyección de estas mutaciones sobre la causalidad y la finalidad objetiva de

los hechos. Es preciso mantener una percepción finamente calibrada ante tal variación de las categorías básicas de la realidad, para lograr un equilibrio entre ellas y evitar la desintegración de nuestras estrategias vitales.

Finalmente, *Aportes trialistas a la Estrategia en el Derecho de la Salud* estudia la necesidad del desarrollo de la perspectiva estratégica de esta nueva rama jurídica trasversal, enriquecedora de las ramas tradicionales. Bien nos dice el autor, que la categoría *salud* sobrepasa a la de *falta de enfermedad*, siendo de particular interés para el Derecho, desarrollar la estrategia jurídica en salud, teniendo en cuenta la materia especialísima que aborda. Para esto, la propuesta del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del Mundo Jurídico brinda su andamiaje asentado en las tres dimensiones: normológica, sociológica y axiológica; sus especificidades material, espacial, temporal y personal; y sus horizontes político, filosófico general y de cultura general.

Marianela FERNÁNDEZ OLIVA *

* FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela: Abogada. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Jefa de Trabajos Prácticos Ordinaria en Taller de Derecho Civil; Jefa de Trabajos Prácticos Ordinaria en Derecho de la Ancianidad; Jefa de Trabajos Ordinaria Prácticos en Filosofía del Derecho; Jefa de Trabajos Prácticos Ordinaria en Introducción al Derecho – Cátedra A; Jefa de Trabajos Prácticos Ordinaria en Derecho Civil I – Parte General – Cátedra A; Docente tutor del Seminario de Grado de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR). Secretaría Técnica del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR. E-mail: mfernandez21@gmail.com. Dirección postal: Facultad de Derecho – U.N.R. – Córdoba 2020, 1er. Piso. Rosario – Santa Fe – Argentina (C.P. 2000). Tel. +54 (0341) 6790583 // 4802634 int. 165.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco – “Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR: Liber Amicorum Miguel Ángel Ciuro Caldani” – Buenos Aires. Eudeba, 2011

Es el reconocimiento a la entrañable y sincera amistad y relación personal que une desde hace casi tres décadas al Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, destacado jurista argentino, con el Prof. Dr. Carlos F. Molina del Pozo -Catedrático Jean Monnet y Catedrático de Derecho Administrativo y Derecho Comunitario de la Universidad de Alcalá-, lo que ha inspirado a tan prestigioso Catedrático, a coordinar y dirigir el *Liber Amicorum* en honor a su querido amigo Miguel Ángel. En el año 2011 la editorial Eudeba publicó el *Liber Amicorum* al Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, quien ha desempeñado una extensa carrera como Profesor Universitario, Investigador Científico y Tecnológico y Autor de aproximadamente 700 trabajos publicados, en el país y en el extranjero.

El libro es un claro homenaje al Maestro a quien va dedicado y un análisis de la historia, de las transformaciones operadas a lo largo de los años y de los últimos avances en el Mercosur y a la Unión Europea, procesos de integración regional que llevan varias décadas de existencia tanto en América latina como en Europa, respectivamente.

En la obra publicada el lector encontrará valiosas aportaciones de un seleccionado grupo de especialistas, profesores universitarios de acreditada experiencia profesional tanto nacional como internacional, tales como Elizabeth Accioly, Gonzalo Alvarez, Víctor Bazan, Jamile Bergamaschine Mata Diz, Liliana Bertoni, Christian Cao, Santiago Deluca, Jose Maria Espinar Vicente, Montserrat Guzmán Peces, Aida Kemelmager De Carlucci, María Alejandra Larrea, Ada Latucca, Fernando Milano, Carlos Francisco Molina Del Pozo, Sandra Negro, Jorge Orgaz, Calogero Pizzolo, Roberto Ruiz Díaz Labrano, Teresita N. Saracho Cornet, Lorenza Sebesta, Jorge Stahli, Roberto Stocco, Amalia Uriondo De Martinoli y Ernesto Velásquez Baquerizo.

Las reflexiones abordadas por los Juristas se despliegan en un

multifacético abanico de temas que incluyen la historia y la evolución institucional de los procesos de integración antes mencionados, las problemáticas asociadas al Sistema de Controversias del Mercosur, la Dimensión Social de la Integración, la Educación, la Economía, la Libre Circulación y los Derechos Fundamentales, entre otros. Asimismo los autores presentan interrogantes acerca de los alcances logrados en la materia y de los temas pendientes de debate y desarrollo. En suma el libro agrupa un conjunto de lecturas de singular valía, producto de una ocasión única, como es el homenaje al Prof. Dr. Ciuro Caldani, en el que se analiza de forma pormenorizada las principales cuestiones vinculadas al derecho de la integración y el resultado no es otro que el de un estudio profundo y completo del mismo, por lo que por su alcance, como por su contenido acerca de las principales cuestiones debatidas hoy día, se transforma en una obra de gran relevancia científica que enriquecerá sin lugar a dudas la cultura jurídica de integración, escrita en las lenguas española y portuguesa.

Estefanía FLORES SAUL¹

¹ Abogada de la Universidad Blas Pascal, Argentina. Master en Finanzas y Derecho Tributario en Universidad de Belgrano, Argentina. Licenciada en Derecho en la Universidad Católica de Ávila, España. Master en Derecho en la Universidad de Alcalá. Colaboradora de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario de la Universidad de Alcalá. Doctoranda en Derecho en la Universidad Alcalá.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Distribuciones y Repartos en el Mundo Jurídico” – Rosario. UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012, 200 págs.

Los estudios que conforman esta medulosa obra, toman como paradigma la enriquecedora propuesta del integrativismo tridimensional de la teoría trialista del Mundo Jurídico, que comprende la complejidad pura del objeto del estudio del Derecho. El despliegue trialista incluye en su consideración a la realidad social, las normas y los valores del Mundo Jurídico. La realidad social, centrada en los repartos producidos por la conducta de seres humanos determinables, adjudica importante consideración a las distribuciones originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar.

El libro, compuesto orgánicamente por cuatro trabajos específicos, parte de *la profunda relación de la pantonomía del Derecho con la pantonomía del Cosmos*, y prosigue *con dos muestras de la riqueza del trialismo en relación al funcionamiento de las normas y el Derecho de Familia*, para concluir con una lucida reflexión en torno a la comprensión estratégica del papel de la región litoral en el Mercosur.

En *La Pantonomía del Derecho en la Pantonomía Cósmica*, el autor considera la estructura del Derecho como objeto pantónomo. La integración tridimensionalista del objeto jurídico, tal y como lo concibe la teoría trialista, y la pantonomía de alguna de sus categorías básicas (la posibilidad, la realidad, la causalidad, la finalidad “objetiva” de los acontecimientos, la verdad y la justicia) permite comprender al Derecho como un objeto referido a la totalidad de sus partes. Así, las partes y el todo se *constituyen recíprocamente*, por lo que cualquier alteración en la trama imbricada de su constitución compleja, altera al Derecho en su totalidad, como así también al Universo en su conjunto. La pansofía –conocimiento del todo e interrelación del conocimiento de la parte y el todo-, cumple con la pantonomía del saber: *la primera requiere, la segunda, significa*, y la proyección de ambas en el Derecho lo integran en sí y en relación al complejo del Cosmos, considerando los sentidos y las exigencias de cada parte, en relación al todo.

En este sentido, cada hombre es un punto de referencia de toda la pantomomía y la pansofía del Derecho, y por tanto, del Universo.

En *Una muestra del Integrativismo Trialista (con especial referencia al funcionamiento de la norma – el artículo 3.826 del Código Civil argentino)*, se exponen, para una mayor comprensión de la integración de las dimensiones propuestas por el prisma trialista, la combinación de respuestas repartidoras que provee el artículo 3.826 del Código Civil en relación a la muerte: por un lado, la respuesta testamentaria, y por el otro, la respuesta legislativa. En un lucido análisis, se nos señala como la vida jurídica y la vida en su totalidad se encuentran en estado de cambio permanente, y *en que momento ese cambio deja de ser aceptado por una misma respuesta y genera otra diferente*. El autor nos invita a pensar cuando la norma debe ser *mantenida*, o cuando considerarla *agotada* por haber concluido su finalidad; o cuando producir una *carencia dikelógica* por haberse tornado la respuesta injusta, para elaborar así, una satisfactoria. Cada teoría formulada en relación al Derecho, responde a un complejo de intereses; uno de los objetivos primeros del trialismo es precisamente, desmascarar esos intereses y las conducciones, para mostrar la realidad social y sus proyecciones en el mundo del valor. Cada teoría comprende a la muerte y a la respuesta ante ella, en una forma particular.

En *La integración trialista de la Naturaleza y las influencias humanas difusas en la construcción del objeto jurídico: el marco del Derecho de Familia (Distribuciones y repartos. La superación de las máscaras repartidoras y normativas. Un tiempo de la complejidad y la “des-integración”)*, se estudian la referencia específicamente jurídica a la naturaleza, a las influencias humanas difusas y –quizá- al azar que permite la complejidad pura de la propuesta integrativista tridimensional de la teoría trialista del Mundo Jurídico, constructora de las nociones de adjudicación de potencia e impotencia (de lo que favorezca o perjudique a la vida humana) y de distribución. Las adjudicaciones jurídicas son distribuciones y nuclearmente repartos –originados por conductas humanas determinables-. La diferencia entre ambas, es difícil precisar pero su referencia es imprescindible para el Derecho de la Posmodernidad. Las familias ensambladas, el matrimonio igualitario, las familias monoparentales y la manipulación genética humana se desarrollan en la complejidad del Occidente de este tiempo, y es en este período de incertidumbres cuando las distribuciones

mantienen una profunda vinculación con los repartos -como nos señala el autor-, también en el ámbito de la familia. Excluir a las distribuciones del planteo jurídico, es claudicar en forma consciente a la comprensión de la complejidad pura del Derecho.

Concluye la obra con *Aportes teóricos para la comprensión estratégica del papel de la región del litoral en el Mercosur*. Este estudio recorre la problemática de la integración en la Posmodernidad, entendiendo que esta comprende en mucho la tesis entre *democracia, república y derechos humanos y economía, capitalismo y mercado*, vinculados al desarrollo de Occidente. La integración de la región litoral al Mercosur requiere atender a un complejo problemático que incluyen las perspectivas internas y externas de la región en cuanto a población, geografía, relaciones económicas, creencias religiosas, instituciones, etc. Se abordan tres elementos: en primer lugar, el desarrollo del “*portuñol*”, que evidencia la superación efectiva de las fronteras decimonónicas por la fuerza compleja de la vida; en segundo lugar, se aborda el *caso Botnia*, expresión del daño a las *posibilidades vitales* emergentes de las fronteras y como manifestación esas *barreras anacrónicas*. Por último, se estudian las *relaciones con China*, como indicador de la “relativa” negación de los espacios. El proceso globalización/marginación arrasa las fronteras y divierte la atracción hacia los mercados mundiales, presentandolos como mas deseables *en relación a los propios vecinos*. Estos ejemplos muestran la necesidad de categorías jurídicas superadoras de los modelos tradicionales, que hagan posibles implementar estrategias funcionales a la *mejor respuesta* para la región del litoral y el Mercosur.

Marianela FERNÁNDEZ OLIVA

Normas Editoriales

1. Tipos de trabajos o contribuciones

Investigación y Docencia aceptará trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Las contribuciones podrán pertenecer a cuatro categorías:

(1) *de investigación*, (2) *de revisión o aportes teóricos o metodológicos*, (3) *reseñas de libros*, y (4) *debates o ensayos*. En los casos 1 y 2, los trabajos deberán ser originales, reflejar un sólido y actualizado conocimiento del estado del arte y representar una contribución real al conocimiento. En el caso 1, los trabajos deberán reflejar rigurosidad en las metodologías utilizadas; en el caso 2, las contribuciones deberán reflejar rigurosidad en la argumentación. En el caso 3, las reseñas serán por solicitud de la dirección.

2. Formato de los trabajos

En lo posible, los trabajos deberán estar organizados del siguiente modo:

- 1) *Trabajos de investigación*: Introducción, Método, Resultados, Discusión y/o Conclusiones, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4).
- 2) *Trabajos de revisión teórica*: Introducción, Desarrollo del tema (con sus correspondientes apartados), Discusión y/o Conclusiones, Notas, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4).
- 3) *Reseñas bibliográficas*: Identificación del documento y Comentarios (Extensión máxima: 4 páginas).

En todos los casos, las citas textuales irán entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin ningún tipo de espaciado previo ni posterior).

3. Idioma

Los trabajos serán redactados en castellano, siendo obligatorio un resumen y un abstract, en español e inglés respectivamente, de entre 200 y 250 palabras cada uno. Asimismo, se deberán indicar, en ambos idiomas, entre 3 y 6 palabras clave.

4. Formato de presentación y envío

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo de Microsoft Word, versión 6 o superior. El archivo se enviará como adjunto en un

mensaje de correo electrónico simultáneamente a las direcciones:

mciuroc@arnet.com.ar y mnovelli@fder.unr.edu.ar

Los trabajos se organizarán como sigue:

Página 1: Título del trabajo, nombre y apellido de todos los autores, lugar o centro de trabajo, dirección postal, teléfono y dirección electrónica de contacto.

Página 2: Título del trabajo, resumen de entre 200 y 250 palabras, y palabras clave (entre 3 y 6). La misma información deberá ser presentada en inglés.

Resto de páginas: El cuerpo del trabajo se organizará de acuerdo a los apartados mencionados *supra*, en el punto 2. Tablas y gráficos se incluirán al final del trabajo, enumerados correlativamente según su correspondiente referencia en el texto.

En ningún caso deberá aparecer en las páginas dos y siguientes cualquier información que permita identificar a los autores.

Se utilizará página A4, interlineado sencillo y letra estilo Times New Roman 12.

El envío de un trabajo para su publicación implicará por parte de sus autores la autorización para su reproducción gratuita por parte de la revista por cualquier medio, soporte y en el momento en que se considere conveniente.

5. Citas

Las notas deberán constar a pie de página, con números arábigos, en letra estilo Times New Roman 10, siguiendo las siguientes pautas:

a- Artículo de revista

Ejemplo: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nuevamente sobre los efectos de la recepción jurídica en la cultura argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 29, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, págs. 49 y ss.

Para artículos de dos autores, se indicarán ambos, unidos por “y”. Para más de dos autores, se señalará el primero de ellos, seguido por “y otros”.

b- Libros

Ejemplo: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 4^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

Si son varios autores, se seguirá idéntico criterio que para los artículos.

c- Capítulo de libro

Ejemplo: CHAUMET, Mario, “El trialismo (la actualidad de una teoría del Derecho elaborada por un precursor visionario)”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvana (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorios. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 27 y ss.

d- Reiteración de citas

Se procederá del siguiente modo:

I) Si se trata de la reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior, se colocará “Íd.”, seguido del/de los número/s de página/s.

II) Si se trata de la reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “op. cit.” y del/de los número/s de página/s.

III) Si se trata de la reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “cit.” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

6. Evaluación de los trabajos

Se utiliza el método de revisión de doble ciego, esto es, manteniendo el anonimato de los autores y de los evaluadores. Los resultados finales de la evaluación pueden ser:

- 1) Trabajo Aceptado.
- 2) Trabajo Aceptado, sujeto a modificaciones.
- 3) Trabajo Rechazado.

La decisión será inapelable.

Impreso en Noviembre de 2012
en los Talleres Gráficos de
Librería Social Universitaria
Urquiza 2031 - Tel. (0341) 4259361
(2000) Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: libreriasocial@hotmail.com