



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

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

Revista de Filosofía Jurídica y Social

Nº 35

2014



Registro de la Propiedad Intelectual N° 746314, Formulario H N° 77004

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 1514-2469

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

Director responsable: Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

Responsables de edición: Dra. Marianela Fernández Oliva

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: 50 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Prof. Darío Maiorana

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ernesto I. J. Granados

Vicedecana: Dra. 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

Marcela Sabrina Mancini
Betania Gallo
Ángel Leonardi
Noelia Rocío Berni
Cecilia Paula Baleani
Gerónimo Martín Fich
Agostina Rovitti
Renzo Bertapelle

Consejero No Docente

María Inés Popolo

Consejero Graduado

Dr. Mario González Rais

Consejero Superior

Dr. Carlos Hernández

Consejero Superior Suplente

Dr. Gustavo Nadalini

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

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

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

Secretaria Técnica: Dra. Marianela Fernández Oliva
(Becaria doctoral del CONICET)

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar

Diseño y edición web: Dr. Gabriel M. 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,

“La significación del marco teórico en la construcción de una teoría general del proceso” 9

CIURO CALDANI, Miguel Ángel,

“¿Integración hoy?” 15

FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela,

“Residencia gerontológica: El cuidado de la vejez extramuros del hogar y el derecho personalísimo a la intimidad”. 53

VALICENTI, Ezequiel,

“Proyecciones de la creatividad y el acto artístico en el mundo jurídico. Reflexiones desde el Derecho del Arte” 81

PRESENTACIONES A REUNIONES ACADÉMICAS

BENTOLILA, Juan José,

“Estrategia en la organización de los Tribunales” 121

CIURO CALDANI, Miguel Ángel,

“Aportes al estudio de la historicidad del Derecho en el período 1914-2014 (Una contribución metodológica a la historia del Derecho)” 131

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <i>"Instituto de Ética y Formación Profesional"</i> | <i>183</i> |
| <i>"Necesidad de un complejo del Derecho para atender a la complejidad de la salud. Nuevas reflexiones sobre el Derecho de la Salud"</i> | <i>193</i> |
| <i>"Un despliegue de complejidad pura del Derecho en el arte. Las artes representativas, el Derecho y la Filosofía en obras de Miguel Ángel Buonarroti"</i> | <i>207</i> |
| Normas Editoriales | 227 |

LA SIGNIFICACIÓN DEL MARCO TEÓRICO EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

JUAN JOSÉ BENTOLILA *

Resumen: En este trabajo queremos subrayar la importancia de adoptar teorías filosóficas coherentes con los modelos jurídicos que se diseñan y contar con amplio desarrollo categorial como el que se propone desde la teoría trialista del mundo jurídico.

Palabras claves: Filosofía - Derecho - Teoría trialista del mundo jurídico

Abstract: In this paper we want to underline the importance of adopting philosophical theories consistent with legal models designed, and have broad categorical development such as that proposed by trialist theory of the juridical world.

Key words: Philosophy - Law - Trialist theory of the juridical world

1. En el ámbito de la epistemología, entendida como el área del saber que discurre acerca de los fundamentos y métodos de la indagación científica, uno de los temas más significativos lo constituye el de los diversos niveles de marco teórico que se ponen en funcionamiento en la tarea investigativa.

De tal suerte, ninguna conclusión a la que se arribe puede prescindir de un marco teórico referencial, paradigma desde el cual se extraen las aserciones que se sostienen¹.

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la UNR. Correo electrónico: johnb@arnet.com.ar .

¹ Al respecto, p. v. GUIBOURG, Ricardo A., "La construcción del pensamiento", Bs. As., Colihue, 2004; también c. ANDER-EGG, Ezequiel, "La ciencia: su método y la

En efecto, debe comprenderse que quien discurre sobre el mundo lo hace necesariamente adscribiendo a alguno de estos marcos teóricos, aunque no lo explicita o, inclusive, aunque no sea consciente de ello.

Y si bien en múltiples ocasiones no se encuentra comprometido cada nivel de marco teórico, por lo que no correspondería en principio su explicitación, quien pretende construir una teoría que sirva de modelo a algún fenómeno jurídico no puede desconocer cuáles son sus asunciones al respecto.

Es que, caso contrario, la consistencia de la estructura teórica a la que pretende arribarse se verá resentida, habida cuenta que la asunción acrítica de diversos marcos teóricos en cada nivel puede conducir a incompatibilidades de paradigmas.

En adición, si bien no resulta siempre necesario puntualizar el ámbito cognoscitivo desde el que se parte (y, en algunos casos, ello hasta se oculta intencionalmente), lo cierto es que una buena técnica investigativa no puede prescindir del signo de lealtad hacia el auditorio que implica la denuncia del propio marco teórico.

2. Sentado lo antedicho, debe destacarse que existen al menos tres niveles diversos de marco teórico, cuyo contenido debe ser compatibilizado en ocasión de abordar una temática particular referida a una rama cualquiera del Derecho.

2.1. El marco teórico de primer nivel se encuentra representado por las diversas posiciones que responden, en términos generales, a preguntas sobre el universo.

Tal segmento resulta materia privativa de la filosofía general², y es en este ámbito que se plantean interrogantes como: a) *¿de qué está compuesto el universo?* y b) *¿qué relación existe entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido?*

expresión del conocimiento científico”, Bs. As., Lumen Humanitas, 2004.

² Cuya vocación de universalidad suele entrar en tensión con la regionalidad propia de la filosofía del Derecho. P. c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Metodología Jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Zeus, págs. 58 y ss.

Sobre el primero, las propuestas de respuesta se han orientado en el sentido idealista (en la obra de Platón o Hegel, por ejemplo) o realista (en la concepción aristotélica) cualitativos. Y aunque existieron autores que pretendieron restar significación al problema (de algún modo Kant, afirmando que sólo accedemos al conocimiento del fenómeno), lo cierto es que en tal caso la cuestión termina siendo marginada en vez de asumida.

El segundo interrogante también mereció respuestas idealistas (en el desarrollo de Fichte) y realistas (las posiciones asumidas por la filosofía cristiana) genéticas.

Si bien en la mayor parte de nuestros actos no solemos poner en cuestión este marco teórico de primer nivel, resulta imposible evadirse de él, toda vez que al universo ingresamos por alguna de las vías referenciadas, siendo metodológicamente insostenible la mixtura entre ellas.

2.2. El marco teórico de segundo nivel, en el ámbito jurídico, se encuentra representado por las diversas posiciones que responden a la pregunta *¿qué es el Derecho?*

Advirtiendo que haremos una referencia sumamente genérica, toda vez que el desarrollo de cada una de estas propuestas justificaría claramente una obra que excede los límites pensados para el presente trabajo, revisaremos los marcos teóricos más usuales³.

Una respuesta muy difundida es que el Derecho es un conjunto de normas, posición que, sin pretender agotar el enorme debate calificatorio de cada escuela, denominamos positivismo normológico. Las vertientes más representativas las encontramos en la escuela de la exégesis, el

³ A los fines de ampliar este panorama, p. v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Panorama trialista de la Filosofía en la Postmodernidad (Desarrollo de la lógica y "desembrujamiento" del lenguaje - Eclipse de la filosofía por la lógica y la teoría del lenguaje - Humanismo y antihumanismo - Esperanza del renacimiento de la filosofía)", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, Nro. 19, págs. 9 y ss.; GUIBOURG, Ricardo A., "Saber Derecho", Avellaneda, Abeledo Perrot, 2013, págs. 41 y ss.; MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Panorama histórico de los grandes paradigmas para la construcción del conocimiento jurídico", en BENTOLILA, Juan José (Coordinador), "Introducción al Derecho", Bs. As., La Ley, 2009, págs. 11 y ss.; CHAUMET, Mario Eugenio, "Panorama sistemático de los grandes paradigmas para la construcción del conocimiento jurídico", en ídem, págs. 23 y ss.

kelsenianismo y la filosofía analítica.

El segundo posicionamiento que analizaremos sostiene que el Derecho es el conjunto de conductas de los operadores jurídicos. Enrolados en tal propuesta encontramos a los representantes del realismo jurídico escandinavo (Hägerström, Olivecrona, Ross) y norteamericano (Holmes, Pound, Hall).

En un tercer orden de ideas, también existen corrientes de pensamiento que entienden que el Derecho consiste en un conjunto de normas de producción humana que coexisten con normas extraídas de ámbitos extrahumanos, cuya discordancia genera alguna clase de demérito en las primeras. Solemos referirnos a ellas como jusnaturalistas (tanto si hacemos alusión a la versión aristotélico-tomista como a la de Grocio).

En cuarto lugar, también hay quienes sostienen que el Derecho es un producto del poder y, por ende, cuestionan su carácter autónomo. En tal línea crítica se ubican las tesis marxista y foucaultiana, y más modernamente la obra de Habermas.

Finalmente, otros marcos teóricos -donde nos enrolamos- afirman que el Derecho admite un abordaje metodológico múltiple y, por ende, integran las diversas perspectivas en teorías unificantes. Tal el tridimensionalismo de Reale⁴, la egología de Cossio⁵, la posición de Alexy⁶, y la teoría trialista del mundo jurídico de Goldschmidt y Ciuro Caldani⁷.

⁴ Vide REALE, Miguel, "Filosofía del Derecho", Madrid, Pirámide S.A., 1979.

⁵ COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2ª edición, Bs. As., Abeledo Perrot, 1964; del mismo autor "Teoría de la verdad jurídica", Bs. As., Losada S.A., 1954.

⁶ Cf. ALEXY, Robert, "El concepto y la validez del Derecho", 2ª edición, traducción Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Gedisa S.A., 1997, pág. 21.

⁷ 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", 6ª edición, 5ª reimpresión, Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, U.N.R. Editora, 2012; del mismo autor, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; y también "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Claramente, hablar de “Derecho” implica asumir alguno de estos marcos teóricos que pretenden dar cuenta de tal objeto de estudio, aunque no estuviera explicitado en el discurso o aunque -inclusive- no se tuviera clara consciencia de ello.

Y si bien en múltiples ocasiones el debate no se centrará en este nivel de marco teórico, ello no exime a quien pretenda desarrollar una posición jurídica del deber de conocer sus asunciones al respecto.

2.3. El marco teórico de tercer nivel, en el ámbito jurídico, se encuentra representado por las diversas posiciones que responden a la pregunta específica y propia de la rama del Derecho. En nuestro caso, *¿qué es el proceso?*

Ejemplos de estos marcos teóricos de tercer nivel lo constituyen, en el Derecho procesal civil argentino, el garantismo (en la obra de Alvarado Velloso) o el activismo judicial (propiciado por Morello y Peyrano).

3. Como puede claramente apreciarse, existen vinculaciones entre los diversos niveles de marco teórico.

Así, la asunción de una teoría en el tercer nivel implicará la necesaria toma de posición respecto del segundo y primero, teniendo en consideración que una incorrecta decisión metodológica conducirá a la existencia de incoherencias, insuficiencias o asimetrías en los resultados de la pesquisa.

En efecto, existiendo marcos teóricos de tercer nivel que son afines, por ejemplo, al jusnaturalismo en el segundo nivel, no puede adoptarse una posición idealista genética en el primer nivel, al menos sin ingresar en contradicción de paradigmas.

4. De todos los marcos teóricos de segundo nivel, entendemos que las posiciones integrativistas, entre las cuales se encuentra la teoría trialista del mundo jurídico, son las que describen con mayor amplitud categorial al fenómeno jurídico, al permitir el abordaje multidimensional.

Es por esa razón que desde la citada teoría puede diseñarse una teoría general del proceso (marco teórico de tercer nivel) que discurra

acerca de las diversas dimensiones del fenómeno bajo examen.

En tal sentido, desde la perspectiva sociológica del proceso podemos indagar quiénes adjudican, quiénes se benefician o perjudican, qué se otorga, con qué grado de audiencia -efectiva o formal-, bajo qué razones -reales o invocadas-, dentro de qué límites, con relación a qué orden -planificado o espontáneo-.

Desde la perspectiva normológica del proceso, los interrogantes se orientan a la identificación de las fuentes formales y materiales involucradas, a la evaluación de pertenencia a un ordenamiento normativo abierto (orden) o hermético (sistema), al modo en que los encargados de su funcionamiento cumplen con las respectivas tareas (reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, síntesis, argumentación, conjetura, aplicación).

Finalmente, también resultan relevantes los aspectos axiológicos involucrados, permitiendo analizar el grado de realización de los diversos valores que entran en juego en el proceso (cuán justa o útil es la respuesta jurisdiccional frente al conflicto).

5. Va de suyo, no pretendemos afirmar que la teoría general del proceso *debe* construirse de este modo, sólo aseveramos que *elegimos* construirla de este modo.

Ello así toda vez que entendemos que una teoría general del proceso que sólo resulte adecuada para relevar coherencia normativa, tiene mínima capacidad transformadora. Otra que sólo tenga aplicación para discurrir acerca de la praxis, importa la imposibilidad de teorizar acerca del plexo valorativo implicado en el complejo de fines que informan al sistema de administración de Justicia. Y partir del *a priori* axiológico, sin otorgar su cabal significación al contenido normativo o a los hechos que informan la práctica forense, conduce a divorciar a los operadores jurídicos de la realidad.

Es por ello que, pretendiendo el diseño de una teoría general compleja del proceso, que modelice y admita una comprensión del fenómeno bajo estudio en su alcance más amplio, la vinculación con teorías integrativistas en el segundo nivel de marco teórico deviene inexcusable.

¿INTEGRACIÓN HOY?

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

Resumen: Se consideran las condiciones de la integración y la globalización aprovechando las propuestas del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico que incluye en el Derecho repartos de potencia e impotencia captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia. El desarrollo concluye en un análisis estratégico de las condiciones de la integración.

Palabras clave: Integración. Globalización. Derecho. Integrativismo. Tri-dimensionalismo. Trialismo. Estrategia.

Abstract: In this paper we consider the conditions of integration and globalization taking advantage of the three-dimensional integrativist approach of the trialist theory of the juridical world, that includes into Law, partitions of power and powerlessness, conceived by norms and valued by a complex of values that culminates in Justice. The development of this paper concludes in a strategic analysis of the conditions of integration.

Key words: Integration. Globalization. Law. Integratism. Three-dimensionalism. Trialism. Strategy.

I. Introducción

1. De cierto modo, aprovechando las enseñanzas socráticas, cabe construir la noción de *hombre* como un ser que se *pregunta* con especial intensidad¹. La *integración* es una posibilidad de gran significación que

* Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: mciuro@fder.unr.edu.ar .

¹ Es posible *ampliar* en nuestros trabajos "Justicia y Filosofía (La dignidad de la

merece, sobre todo en nuestro tiempo con la alternativa de la *globalización*, una profunda pregunta respecto a su viabilidad y valores².

Las condiciones de nuestra época, y de modo destacado las presentes fuerzas de producción, promueven situaciones de globalización, donde la referencia planetaria tiende a ignorar las particularidades que tradicionalmente vienen representando los Estados modernos-nacionales y, de modo muy preocupante, a *marginar* a quienes no alcanzan los niveles económicos imperantes³. Es más, la oquedad de la globalización se manifiesta en el predominio de la *financiarización* sobre los despliegues económicos agrícolas, comerciales e industriales. La globalización se presenta en el curso de la internacionalidad clásica, pero al fin significa su negación por la pérdida de significación de los Estados. En la dinámica de cultura, civilización y decadencia la globalización es una manifestación de decadencia⁴ que escapa a la “realidad”⁵.

pregunta)", "Investigación y Docencia", Nº 9, págs. 71 y ss.; "Dignidad jusfilosófica de la pregunta", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 16, págs. 15 y ss.

² Se pueden *considerar* nuestros artículos “La integración, un camino para superar la globalización/marginación en la universalización”, en “Derecho de la Integración”, Nº 16, págs. 31/37; “Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Integración”, “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., Nº 21, pág. 122, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/531/391>, 3-6-2014.

³ Es posible *ampliar* en nuestros trabajos “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 24, págs. 41 y ss., 3-6-2014, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/568/472>, 3-6-2014; “Meditación sobre la tarea jurídica universitaria en los marcos de la integración y la globalización/marginación (A la búsqueda de la universalización)”, en “Derecho de la Integración”, Nº 12, págs. 52/56.

⁴ Cabe *ampliar* en nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 5, págs. 9 y ss. Tal vez se trate de la decadencia de un tiempo sometido al cambio más revolucionario que se ha presentado nunca.

⁵ Al menos desde el siglo XIX viene vinculándose la decadencia con el predominio del dinero sobre el Derecho y las instituciones o las tensiones entre economía y capitalismo y democracia y derechos humanos. Vale recordar apreciaciones que desde posiciones muy diversas hicieron Spengler y Habermas (SPENGLER, Oswald, “La decadencia de Occidente”, trad. Manuel G. Morente, 13ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe, t. 2, 1983, págs. 586/7, asimismo <http://www.abrelosojos.yolasite>.

En este marco resulta especialmente relevante lograr que la globalización sea superada mediante el respeto de las particularidades concretado en la *universalización*⁶. La globalización es indiferenciada y *circunstancial*⁷, la integración *diferencia* y es *circunstanciada*⁸. Aunque los caminos se han evidenciado difíciles -en los últimos tiempos sorprendentemente difíciles- la búsqueda del respeto a las particularidades encuentra uno de los cauces más relevantes en la *integración*⁹.

com/resources/Libros/La%20decadencia%20de%20occidente%20(TOMO%20II).pdf, 30-7-2014; HABERMAS, Jürgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", trad. José Luis Etcheverry, Madrid, Cátedra, 1999; cabe c. también http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/teoria_crisis.htm, 27-6-2014).

⁶ Es posible *ampliar* en nuestro artículo "La Unión Europea y América Latina (Entre la globalización y la universalización)", en "Investigación ..." cit., N° 33, págs. 51/58, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/833/644>, 26-6-2014.

⁷ Pese a la diversidad histórica de la noción de circunstancia, la empleamos en este caso considerando que "circunstancial" es la limitación a la fugacidad del momento (en relación con la multivocidad de las expresiones circunstancia y situación (es posible v. por ej. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5ª. ed., Bs. Sudamericana, "circunstancia", t. II, 1965, págs.292/3; circunstancia, filosofía de la, http://www.mercaba.org/Rialp/C/circunstancia_filosofia_de_la.htm, 28-6-2014).

⁸ En el sentido de que atiende a la complejidad más profunda atribuida a la situación. Cabe recordar nuestro artículo "El papel de Europa en la superación de la globalización", en "Revista de ECSA-Argentina N° 3, "Integración Unión Europea y Mercosur", págs. 35 y ss.

⁹ Es posible v. por ej. MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., "Instituciones y Derecho de la Unión Europea", 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2012; "MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Integración Europea", Madrid, Dijusa, 2002; SCHEMBRI CARRASQUILLA, Ricardo, "Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana", Parlamento Latinoamericano, <http://www.parlatino.org/es/temas-especiales/comunidad-lat-de-naciones/teoria-juridica.html>, 19-6-2014. Cabe *ampliar* también en nuestro trabajo "Aportes metodológicos para la integración del Mercosur", Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/35/10, 19-6-2014. V. asimismo Unión Europea, http://europa.eu/index_es.htm, 27-6-2014; Mercosur, <http://www.mercosur.int/>, 27-6-2014; CEPAL, http://www.google.com.ar/search?q=CEPAL&client=firefox-a&rls=org.mozilla%3Aes-ES%3Aofficial&channel=s&hl=es-ESbiw=&bih=&safe=active&gfe_rd=cr&safe=active&og=CEPAL&gs_l=heirloom-serp3...2170.4220.0.4788.10.7.0.0.0.0.0.0....0...1ac.1.34.heir

La referencia a “la” integración es una *generalización* en última instancia afin a la globalización. Se trata de un modelo que, en cambio, debe ser atendido en sus *especificidades* muy variadas en niveles y circunstancias para lograr la universalización¹⁰. Como toda *respuesta*, la integración ha de ser siempre apreciada en sus *alcances*, *dinámica* y *situación*¹¹.

loom-serp..1000kT_IDIfwmQQ, 2762014; FLACSO Argentina, <http://flacso.org.ar/>, 27-6-2014.

¹⁰ Se puede v. por ej. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, integrar. <http://lema.rae.es/drae/?val=integrar>, 26-6-2014. Cabe *ampliar* por ej. en nuestro artículo “Filosofía y sistema del Derecho de la Integración”, “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 29, págs. 27 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent294.pdf>, 18-8-2014.

Como ejemplos de los diversos procesos de integración cabe c. por ej. Europa, http://europa.eu/index_es.htm, 15-6-2014; Mercosur, http://europa.eu/index_es.htm, 15-6-2014; Unasur, <http://www.unasursg.org/>, 15-6-2014; Comunidad Andina, <http://www.comunidadandina.org/>, 15-6-2014; Caricom, <http://www.caricom.org/>, 15-6-2014; Sieca, <http://www.sieca.int/General/Default.aspx>, 15-6-2014; Alba, <http://www.portalalba.org/>, 15-6-2014; Alianza del Pacífico, <http://alianzapacifico.net/>, 15-6-2014. Por lo demás, actualmente hay decenas de acuerdos económicos regionales o subregionales, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Iberoamerica/Paginas/ProcesosDeIntegracionRegional.aspx>, 15-6-2014. También es relevante atender a la articulación entre los procesos de integración.

La preferencia arancelaria se interrelaciona con la *preferencia jurídica*. La zona de libre comercio se vincula la zona de *libre circulación jurídica*, por ejemplo de sentencias, fe pública, etc. que son fácilmente reconocidas, incluso con cooperación local. La unión aduanera se interrelaciona con la *unión jurídica* externa, cuando se avanza en el sentido de una internacionalidad común. El mercado común se vincula con la *juridicidad común*, donde no sólo hay libertades de circulación de personas, bienes, capitales y servicios, sino de actos procesales y fe pública automáticamente reconocidos, etc. La unión económica se interrelaciona con la *unión jurídica*, donde hay una política jurídica común y los actos procesales y notariales pueden realizarse indistintamente en los diversos países.

¹¹ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 85/140, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/959/793>, 14-6-2014).

Los *alcances* de las respuestas, en este caso de integración, son *materiales, espaciales, temporales*¹² y *personales*¹³. La teoría más tradicional refiere la materialidad de la integración a la circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Los alcances que pretende la Unión Europea son más amplios que los del Mercosur, menos remitido, por ejemplo, a la circulación de personas.

En cuanto a la *dinámica*, las respuestas pueden desenvolverse en “*plusmodelación*”, “*minusmodelación*” o *sustitución*. Las tres pueden ser ideales¹⁴ y fácticas o a veces ocurrir en sólo uno de estos aspectos. La plusmodelación ideal y fáctica es expansión, cuando sólo hay plusmodelación ideal se produce inflación y si la plusmodelación es únicamente fáctica hay sobreactuación. La minusmodelación ideal y fáctica es reducción, si sólo ocurre en lo ideal se produce deflación y cuando sucede únicamente en lo fáctico hay vaciamiento. A medida que hay más integración hay más plusmodelación de lo integrado y minusmodelación de lo nacional, pero en lugar de expansión ideal y fáctica de lo integrado puede haber sólo plusmodelación ideal, en términos de “inflación”, o plusmodelación únicamente fáctica, en “sobreactuación”. En la perspectiva del Estado puede producirse una reducción ideal y fáctica de lo nacional o sólo “deflación” por minusmodelación única de lo ideal o “vaciamiento” por única minusmodelación de lo fáctico. Durante años, no sin idas y relativas venidas o al menos estancamientos, el proceso integrador europeo se ha expandido, pero tal vez quepa ejemplificar un *vaciamiento* de lo nacional en la reciente crisis europea, donde la influencia de la integración monetaria ha promovido la restricción de

¹² Un enfoque es la integración en el tiempo, otro el del tiempo de la integración.

¹³ De cierto modo, en el horizonte de la integración jurídica y política y cultural en general cabe referir la noción matemática de integración. También sirve para aclarar el despliegue integrador la noción matemática de derivación. Por la derivación se conoce la integración con más claridad. Se suele aclarar, en lo que se considera un teorema fundamental del cálculo, que la derivación y la integración son operaciones inversas (es posible v. por ej. Definición de integral, <http://definicion.de/integral/>, 13-6-2014; Definición de derivada, <http://definicion.de/derivada/>, 13-6-2014; Hacia el teorema fundamental del cálculo, http://www.fca.unl.edu.ar/Intdef/Teorema_fundamental.htm, 16-6-2014).

¹⁴ En sentido trialista pueden referirse idealidades normativas y valorativas.

derechos nacionales fundamentales. Los últimos años parecen mostrar un vaciamiento del Mercosur por incumplimientos fácticos muy graves de sus reglas, por ejemplo, en las relaciones argentino-uruguayas. Aunque a veces no se advierta, la globalización tiende a sustituir la diversidad respetuosa de la internacionalidad clásica que suele invocar para oponerse a la integración.

Desde el punto de vista de las *situaciones*, las respuestas pueden ser de *coexistencia* de unidades independientes, *dominación*, *integración*, *desintegración* y *aislamiento*. La integración, con partes que se “compenetran”, se desenvuelve entre fronteras principales diversas de regresiones a la coexistencia de unidades independientes, desintegración, aislamiento y dominación¹⁵. Requiere el recurso a *denominadores comunes* que superen a los particulares¹⁶. A medida que hay más integración hay más dominación de las respuestas de integración respecto de las respuestas integradas. La compenetración de los elementos, relativamente autónoma, puede combinarse con la penetración autoritaria¹⁷. En los últimos tiempos diversas potencias, a menudo *predominantes*, como Alemania en Europa e incluso en Brasil en el Mercosur, han mostrado tendencias a la regresión al menos hacia la *coexistencia* de unidades independientes con fuertes intereses externos a la integración. Quizás la presencia de gran magnitud de China ha atraído a los participantes en la integración hacia el exterior. La Unión Europea y en especial el Mercosur han enfrentado, con diverso éxito, asimetrías significativas. Ambos pro-

¹⁵ Cabe *ampliar* en nuestro trabajo “La tensión entre integración y dominación en el Derecho Universal de nuestro tiempo”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 21, págs. 64 y ss., CIDECI, <http://www.cideci.org/portal/modules/wfdownloads/singlefile.php?cid=7&lid=24>, 3-6-2014, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/504/418>, 3-6-2014.

¹⁶ Se puede *ampliar* en nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 205 y ss.

¹⁷ Es posible *ampliar* en nuestro artículo “La noción de permeabilidad y su importancia en la teoría jurídica de nuestro tiempo”, en “Investigación...” cit., N° 33, págs. 45/50, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/832/645>, 15-6-2014. También v. “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1091/995>, 15-6-2014.

cesos, sobre todo el Mercosur, tienen denominadores culturales comunes relevantes.

Las medidas de integración requieren *permeabilidad* y pueden generar en las partes *asimilación* y *rechazo*. En el horizonte filosófico cabe referir que, como es común en todos los despliegues de la vida, la integración ha de recorrer caminos *empiristas*¹⁸ y no desviaciones idealistas. Se trata de largos *procesos* no desprovistos de grandes dificultades. Suele decirse que Europa no se construyó en un día.

2. El carácter satisfactorio de la referencia a los despliegues jurídicos depende en gran medida de la *construcción*¹⁹ del *objeto* de la ciencia del Derecho. Consideramos que la propuesta de construcción del *integrativismotridimensionalista trialista*, referida a realidad social, normas y valores como repartos²⁰ de lo que favorece o perjudica a la vida humana (“potencia” e “impotencia”)²¹ captados por normas²² y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia²³, brinda un despliegue particularmente rico para referirse a la integración. Ese despliegue resulta más satisfactorio cuando se hace referencia, más dinámicamente, a la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar repartos captados por normas y valorados por

¹⁸ En relación con el complejo tema de la experiencia, es posible v. por ej. JAY, Martin, “Cantos de experiencia”, trad. Gabriela Ventureira, Bs. As., Paidós, 2009.

¹⁹ Es posible c. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004.

²⁰ Ya Aristóteles se refería a los repartos (v. por ej. ARISTÓTELES, v. “Ética Nicomaquea”, V, 5 y 6, 1133b, 1134b, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1234; id. trad. Salvador Rus Rufino y Joaquín Meabe, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2011, pág. 185; además c. VILLEY, Michel, “Philosophie du droit”, 2a. ed., París, Dalloz, t. I, 1978, págs. 65/6 (le partage); “La Justicia en Aristóteles”, en Civitas Digital, <http://civitasdigital.wordpress.com/2012/01/07/569/>, 17-6-2014).

²¹ Dimensión sociológica.

²² Dimensión normológica.

²³ Dimensión axiológica, específicamente dikelógica porque Diké era una de las divinidades griegas de la justicia. La palabra “dikelogía” fue empleada por Altusio, con un sentido relativamente diverso al trialista.

un complejo de valores que culmina en la justicia²⁴. El trialismo se orienta a la construcción del objeto de la ciencia jurídica como despliegue de la *vida humana* y al *desenmascaramiento* de la realidad que suele ocultarse en las normas, todo con miras a una construcción del valor justicia que atiende al pleno desarrollo del individuo para que pueda así convertirse en *persona*²⁵. Aprovecha la simplicidad pura con la que Kelsen superó la complejidad impura en que las ciencias sociales y humanas y el Derecho Natural absorbían el objeto jurídico desarrollando una *complejidad pura*. Diferencia las dimensiones, pero las integra.

La construcción del objeto de la teoría trialista evidencia que la

²⁴ Acerca del integrativismo tridimensionalista trialista es posible v. por ejemplo GOLDSCHMIDT, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas", 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 10-5-2014; "Metodología Dikelógica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 10-5-2014; "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 9-5-2014; "Estudios Jurídicos del Bicentenario", Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, 19-5-2014; "Bases del pensamiento jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 10-5-2014; "Complejidad del funcionamiento de las normas", en "La Ley", t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 12-5-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 12-5-2014; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 12-5-2014.

²⁵ Adoptamos una versión del trialismo que consideramos actualizada pero con alcances simplificados respecto de la que desarrollamos en "Metodología Jurídica".

integración produce en general, en las circunstancias actuales, juridicidades que nos resultan de *mayor calidad*. La integración ha de producir una nueva “*homogeneidad*” jurídica tridimensional universalista. Al fin quienes se integran son los seres humanos, de cuyo mejor desarrollo se trata.

Como todo despliegue del Derecho, la integración requiere desenvolvimientos *estratégicos* que a la luz del trialismo pueden desplegarse de manera más idónea²⁶. A través de él es más posible tomar conciencia de las *fortalezas* y las *oportunidades*, de las *debilidades* y las *amenazas* (“foda”, “dafo”) ²⁷ y resolverlas²⁸. La *estrategia trialista* exhibe una relevante cantidad de *opciones tácticas* de gran significación. Al ser relacionada con la posibilidad alternativa de la globalización (heredera aparente de la internacionalidad clásica, hoy quizás imposible) la integración resulta más *difícil* pero más *justa*.

II. La integración en el mundo jurídico

1) Parte General

a) Dimensión sociológica

3. La dimensión sociológica del mundo jurídico se constituye con

²⁶ Respecto de la estrategia es posible *ampliar* en nuestro libro “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 17-6-2014; asimismo en “Acerca de la estrategia jurídica”, en “La Ley”, 16 de mayo de 2014, págs. 1/6, cita on line: AR/DOC/1215/2014; también en “Investigación ...” cit., N° 46 (monográfico), Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 17-6-2014.

²⁷ Es posible v. por ej. Matriz FODA, <http://www.matrizfoda.com/>, 23-6-2014; también Análisis DAFO, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/An%C3%A1lisis_DAFO, 23-6-2014; Cómo hacer un DAFO, Emprendedores.es, <http://www.emprendedores.es/gestion/como-hacer-un-dafo>, 24-6-2014.

²⁸ Suele hacerse referencia, de manera simplificada, a estrategias defensivas, ofensivas, de supervivencia y reorientación.

adjudicaciones de “*potencia*” e “*impotencia*”, es decir, de lo que favorece o perjudica a la *vida humana*²⁹. Las adjudicaciones se desenvuelven en el curso de *fuerzas* diferentes. Son *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar o *repartos* producidos por la conducción de seres humanos determinables. Las distribuciones de la naturaleza abarcan, por ejemplo, las adjudicaciones relacionadas con el territorio, el clima y la biología. Las distribuciones de las influencias humanas difusas son originadas v. gr. por la economía, la religión, la historia, la lengua, la ciencia, el arte, la educación, el funcionamiento psíquico, la concepción del mundo, las bases profundas de la cultura³⁰, etc. Cabe hacer referencia a la realización de los repartos en marcos de distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y de otros repartos. La conducta humana, desenvuelta en el discutido ámbito de la libertad, obedece siempre a *intereses* más o menos conscientes, económicos o no. Aunque se trata de nociones entrelazadas en un complejo y difíciles de delimitar, la referencia a ellas tiene alta virtud esclarecedora.

La integración puede desenvolverse mejor en la medida que se apoye en *continuidades* complejas en las distribuciones y los repartos. Por ejemplo: en el territorio, la economía, la religión, la historia, la lengua, la ciencia, el arte, la educación, etc. y en la cultura en general. Asimismo que se base en intereses relativamente compartidos. Tal vez quepa sostener que la integración en su profundidad está más cercana al inconsciente colectivo que la globalización y por eso es al fin más “humana”.

Cada marco de adjudicaciones es un campo diverso para la integración. La integración puede tender a poner en marcha la superación de divisiones anacrónicas, que no responden a las necesidades vitales actuales, por ejemplo al menos en la Unión Europea originaria y el Mercosur³¹. En días de la posmodernidad³², cuando el hombre “débil”

²⁹ La noción de vida humana es difícil de determinar pero de imprescindible referencia, porque vivimos.

³⁰ Quizás pueda hacerse referencia a lo que en ciertos marcos historicistas se ha llamado “espíritu del pueblo”.

³¹ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Aportes teóricos para la comprensión estratégica del papel de la región litoral en el Mercosur”, en “Distribuciones y

vive la “liberación” de Eros, se desarrolla mucho más el tener que el ser³³, hay pocos “entusiasmos”³⁴ y es limitada la capacidad de “compromiso”; en un tiempo “fracturado” y del instante en que priman la inestabilidad de las finanzas y el consumismo más que la industria³⁵ y el comercio; en días en que la inteligencia se remite especialmente a circunstancialidades como las del fútbol más que a la estabilidad y cuando el “hombre unidimensional” posee poca riqueza de trama vital para sustentar lo que exceda la economía³⁶, la integración resulta más difícil de lo que fue en la modernidad la formación de los Estados y luego la composición de las nacionalidades. Se hace necesario generar, en oposición a las tendencias dominantes, una difícil cultura de la integración.

4. La consideración específica de los *repartos* requiere atender a los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas (camino previos) y las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). La integración suele plantear construcciones repartidoras diversas de las de la globalización, más “próximas” a las personas que las que ésta significa. Los repartos son autoritarios, desenvueltos por imposición y realizadores del valor poder, o autónomos, desarrollados por acuerdo de los

repartos en el mundo jurídico” cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/DyRenMJ/DyRenMJ5.pdf>. 22-6-2014.

³² Cabe recordar LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991.

³³ Es posible v. por ej. MARCEL, Gabriel, “Ser y tener”, trad. Ana María Sánchez, Madrid, Caparrós, 2003, Google, http://books.google.com.ar/books?id=NHixTP2ykFoC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, 22-6-2014; FROMM, Erich, “Tener y ser”, Psikolibro, <http://www.aacounselors.org.ar/adjuntos/Biblioteca%20AAC/Erich%20Fromm%20%20Tener%20y%20Ser.pdf>, 22-6-2014. En relación con el tema cabe c. asimismo MARX, Karl, “Manuscritos económicos y filosóficos de 1844”, ed. Juan R. Fajardo, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/manuscritos/>, 22-6-2014, también Biblioteca Virtual universal, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/157836.pdf>, 22-6-2014.

³⁴ Es posible v. JASPERS, Karl, “Psicología de las concepciones del mundo”, trad. Mariano Marín Casero, Madrid, Gredos, 1967.

³⁵ El consumismo genera la grave condición marginal del subconsumidor.

³⁶ MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969.

interesados, en los que se satisface el valor cooperación. La integración es una manera de aproximación y compenetración relativamente afín a la autonomía, distinta de la dominación que ha caracterizado a otras vinculaciones entre los pueblos³⁷ y que subyace habitualmente en la globalización.

Los *cambios* de los repartidores y los beneficiarios son transmutaciones activas y pasivas, las modificaciones de los objetos de los repartos son transustanciaciones, las alteraciones de las formas son transformaciones y las variaciones en las razones son transfiguraciones. La integración produce cambios frecuentes en todos los despliegues de los repartos. En relación con los repartos internos son a menudo transmutaciones y transustanciaciones que los incrementan y transformaciones y transfiguraciones que los debilitan. Producen transustanciaciones que profundizan las posibilidades de la globalización. Las modificaciones en las clases de repartos son transmutaciones. La integración tiende a transmutar sobre todo la autoridad oculta de la globalización en más autonomía real.

La conducta repartidora significa *decisión*³⁸. La decisión en la integración es más compleja pero más rica en posibilidades vitales que la de la globalización e incluso la internalidad y la internacionalidad clásicas.

5. Los repartos pueden presentarse en *órdenes*, denominados también regímenes, donde se realiza el valor orden, o en *desórdenes*, llamados asimismo anarquías, en los que se produce el “disvalor” arbitrariedad. Los regímenes pueden constituirse mediante *planificaciones gubernamentales*³⁹ que indican quiénes son los repartidores supremos (supremos gobernantes) y cuáles son los criterios supremos de reparto. Asimismo por *ejemplaridad*, producida mediante el seguimiento de repartos considerados razonables. Los planes de gobierno suelen expresarse

³⁷ Difiere mucho de los despliegues imperiales de otras épocas.

³⁸ Se puede *ampliar* en nuestro artículo "El ámbito de la decisión jurídica (La construcción del caso)", en "Revista del Centro de Investigaciones ..." cit., N° 24, págs. 65 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/570/470>, 18-8-2014.

³⁹ No necesariamente estatales.

en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, reglamentos, decisiones, directivas, resoluciones, etc. La ejemplaridad se presenta en la costumbre, la jurisprudencia, los usos (como la *lex mercatoria*), etc. Cuando están en marcha los planes de gobierno realizan el valor previsibilidad. La ejemplaridad satisface el valor solidaridad. Al fin la realización de los planes de gobierno requiere cierta ejemplaridad básica y en ciertos casos los planes de gobierno se adoptan por ejemplaridad. La integración se ordena habitualmente por las dos vías. Exige, en definitiva, una importante ejemplaridad. Cuando ésta no existe los planes integradores quedan en meros propósitos.

Los niveles de la ejemplaridad son diversos: en la costumbre son más profundos que en la superficialidad y la a veces mera apariencia ejemplar de los usos de la *lex mercatoria*. La integración puede desenvolver una ejemplaridad más profunda que la globalización. La integración significa un nuevo sistema de *pensar el Derecho*, de establecimiento y ponderación de principios⁴⁰, competencias, presunciones y deferen-

⁴⁰ De cierto modo ponderación con resultados de equivalencia o divalencia, pero tendiente a soluciones de mayor proximidad. Es posible v. por ej. ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", trad. Rubén Sánchez Gil, Miguel Carbonell, http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales_ponderaci_n_y_racionalidad_Rober_Alexy.pdf, 12-6-2014; MORESO, Juan, José, "Alexy y la aritmética de la ponderación", Miguel Carbonell, http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy_y_la_aritmetica_de_la_ponderaci_n.pdf, 12-6-2014; CARBONELL, Miguel (ed.), "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, http://www.alfonsozambrano.com/minjusticia/220810/mj-principio_proporcionalidad.pdf, 12-6-2014; BEADE, Gustavo – CLÉRICO, Laura (ed.), "Desafíos a la ponderación", Bogotá, Universidad del Externado, 2011; BERNAL PULIDO, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", en "Doxa", 26, págs. 5 y ss. (el volumen es relativamente monográfico sobre la ponderación, <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>, 12-6-2014), <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>, 12-6-2014). Es posible c. asimismo REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", "ponderar. (Del lat. *ponderāre*). 1. tr. Determinar el peso de algo. 2. tr. Examinar con cuidado algún asunto. 3. tr. Exagerar, encarecer. 4. tr. Contrapesar, equilibrar. 5. tr. *Mat.* Atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada.").

cias⁴¹. Los órdenes de repartos pueden identificarse según sus alcances personales, materiales, espaciales y personales. Los órdenes nacionales, de la integración y la globalización tienen alcances diferentes. La globalización posee alcances espaciales y personales mayores que la integración, pero sus materialidades y temporalidades son menores.

Los cambios en los modos constitutivos del orden de repartos producen transmutación en el régimen. La integración transmuta la internacionalidad tradicional afirmando una ordenación planificada y ejemplar más consistente. A su vez puede transmutar la superficialidad de la *lex mercatoria*⁴² en planificación y ejemplaridad.

6. Los órdenes de repartos *cambian* a través de revoluciones donde varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, evoluciones, cuando se modifican sólo los criterios supremos y “golpes” (denominados a veces golpes de Estado), si sólo se altera el

Tal vez, aprovechando de cierto modo propuestas de Alexy, aunque sin tomar posición a favor o en contra de su presentación general, quepa decir que la intervención en el principio de amplitud en el comercio exterior en la integración no es desproporcionada porque su omisión afectaría el principio de la mejor realización del principio de la convivencia en el espacio integrado. Un interrogante significativo se refiere a la posibilidad de desarrollar la ponderación con los criterios que propone el jusfilósofo alemán.

Es posible ver Etimología de Ponderar, <http://etimologias.dechile.net/?ponderar>, 13-6-2014.

El verbo ponderar viene del latín ponderare (pesar, estimar el peso). Este verbo viene de pondos, ponderis (peso, pesa) y se relaciona con una raíz indoeuropea: estirar, hilar. Otras palabras que incluyen ponderar ponderable, imponderable, ponderador (quizás el que le pone más peso del que tiene), ponderoso (que pesa mucho), preponderar (pesar más), equiponderar (el mismo peso).

Cabe agregar por ej. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Vicerrectoría Académica, Proceso de Aseguramiento de la Calidad, Instructivo: Taller de Ponderación de Características y Factores, http://www.uptc.edu.co/export/sites/default/vicerectoria_academica/acreditacion/anexos/autoevaluacion/guias/guia_02_ponderaciones.pdf, 13-6-2014.

⁴¹ V. en relación con estos temas por ej. SCHAUER, Friederick, "Pensar como un abogado", trad. Tobías J. Schleider, Madrid, Pons, 2013, por ej. págs. 223 y ss.). La libre circulación es, v.gr., un gran ejemplo al respecto. Quizás impresione especialmente como deferencia el sistema de ingreso de personas al espacio europeo.

⁴² Una manifestación de ejemplaridad al nivel de usos.

marco de los supremos repartidores. Los cambios, sobre todo cuando son revoluciones y golpes, son especialmente próximos a la producción de anarquía. La integración tiende a producir importantes cambios y cierta “anarquía”, pero unos y otra son menores que las emergentes de la inestabilidad de la globalización. En ella se producen regímenes menos ordenados que los de los Estados tradicionales, pero más ordenados que los de la globalización.

La juridicidad en general y los órdenes de repartos muy en especial pueden entrar en *crisis*, sobre todo cuando los mecanismos necesarios para la solución de problemas son inferiores a los que resultan posibles. La integración suele entrar en crisis, pero un buen manejo de estos conflictos puede contribuir a la constitución de órdenes de más calidad, mucho más valiosos que los de la globalización.

7. La realidad social del mundo jurídico se desenvuelve en marcos de *factores de poder* y al fin en *constituciones materiales*⁴³. La integración ha de apoyarse en factores de poder que le sean favorables y requiere una nueva constitución material, todos diferentes de los que se presentan en los Estados nacionales y en la globalización. Construir integración es promover factores de poder y lograr una constitución material adecuada. Esto significa gran destreza.

En los órdenes de repartos hay fuerzas *centrípetas* y *centrífugas*. La integración suele alterar su equilibrio, sobre todo evitando el excesivo despliegue de las fuerzas centrífugas tendientes a la globalización.

Hay que considerar los *límites necesarios* que existen en la realidad, sea para aprovecharlos o cambiarlos. Siempre se hace lo que se quiere dentro de lo que se puede, y hay que querer y poder lo valioso. Los límites necesarios pueden ser generales o especiales. Los primeros pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos y socioeconómicos. Los segundos se presentan en los repartos proyectados en cuestiones vitales, porque al momento del cumplimiento lo proyectado se replantea. Con demasiada frecuencia los procesos de integración han tropezado con límites necesarios. Por ejemplo, por la tendencia psíquica al egoísmo y

⁴³ Es posible v. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte. 1957.

resentimientos históricos, las asimetrías sociopolíticas y socioeconómicas, los desvíos socioeconómicos y replanteos mal resueltos al cumplir proyectos vitales. La Unión Europea, que supo vencer los límites de resentimientos varias veces centenarios, ha tropezado recientemente con límites socioeconómicos que han puesto en cuestión bases de la democracia y quizás están llevando en algunos lugares y momentos, como límites especiales, al replanteo mismo del proceso integrador. Tal vez, sin embargo, con el tiempo los Estados se hagan menos sustentables que la integración y de cierto modo, más viables por ella.

8. La realidad social del mundo jurídico se desenvuelve sobre la base de las *categorías* principales de causalidad, finalidad objetiva (que “encontramos” en los acontecimientos), finalidad subjetiva, posibilidad, realidad y verdad. Todas, menos la finalidad subjetiva, se refieren a la plenitud de sus manifestaciones, es decir, son “*panónomas*” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como esas totalidades nos son inabordables, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas donde no podemos conocer o hacer, más produciendo certeza. La correspondencia entre la finalidad subjetiva y lo que ésta logra en las otras categorías, principalmente la causalidad, la finalidad objetiva, la realidad y la verdad, constituye el éxito de los repartos. La integración es un gran desafío en los cambios del desarrollo de las categorías básicas de la realidad, que modifican las condiciones de certeza. Sin embargo, se trata de variaciones casi siempre menores que el ir a la deriva en la globalización.

b) Dimensión normológica

9. La construcción integrativista tridimensionalista trialista procura acentuar la integración de las dimensiones construyendo la noción de *norma* como la captación lógica de un reparto proyectado hecha del punto de vista de un tercero; en el sentido de una “promesa” de que ese reparto ha de cumplirse. No se descarta la posibilidad de la captación “prescriptiva”, en términos de deber ser, pero la referencia a la realidad de la vida de las personas, objetivo fundamental en el trialismo, reclama

especialmente la construcción “promisoria”. Al fin importa que la norma se cumpla. Si la norma se cumple se la considera *exacta*. También importan la *fidelidad*, lograda cuando la norma capta con acierto el contenido de la voluntad de los autores, la *adecuación* obtenida en la medida que los conceptos normativos corresponden a la mejor concepción de la voluntad de los repartidores y los deseos de la sociedad, y el *impacto* en el complejo de normas. Diversos procesos de integración han desembocado en normatividades inexactas, que no se cumplen. La adecuación ha requerido el empleo de conceptos propios, entre los que se destaca la propia concepción novedosa de la “integración”, diversa -por ejemplo- de la federación, la confederación, etc. Las normas de integración pueden tener importante impacto en las normas de los países integrados.

10. Las *fuentes* de las normas son *reales y de conocimiento*. Las fuentes reales son *materiales*, los repartos mismos⁴⁴, y *formales*, las autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Las fuentes formales se diferencian, en lo normativo y lo fáctico, según su carácter más flexible o rígido, atendiendo a la facilidad o dificultad de su reforma; su condición elástica o inelástica, conforme a la mayor o menor adaptabilidad a los cambios de la realidad social y la mayor o menor intervención que en su producción tengan los interesados. Asimismo se diversifican atendiendo a la jerarquía que se les asigna y logran en el ordenamiento normativo.

La particularidad de los repartos y los equilibrios que éstos tienen en los procesos de integración suele requerir la jerarquización de fuentes tradicionales, como los tratados internacionales, y el despliegue de fuentes formales específicas, v. gr. los reglamentos, decisiones, directivas, resoluciones, etc.⁴⁵. A veces se pretende que los procesos integradores lleguen

⁴⁴ Las fuentes materiales de las normas, que a menudo todavía se refieren por ejemplo a la voluntad divina o a la razón, son según el trialismo los repartos mismos.

⁴⁵ Es posible *ampliar*, por ejemplo, en nuestro artículo “Comprensión filosófico-histórica de la evolución de las fuentes del Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit. , Nº 24, págs. 57 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/569/471>, 19-6-2014.

a constitucionalidades propias, como sucedió con la Unión Europea. A menudo se requiere cierta adaptación de las fuentes formales a los cambios del proceso integrador, v. gr. valiéndose de normatividades indeterminadas que “especifican” los Estados, pero con frecuencia se cuestiona la debilidad de la participación de los interesados. En ciertos casos los procesos de integración producen pluralidad excesiva y superposición de las fuentes y cabe hablar de cierta “inflación” normativa.

Las fuentes de conocimiento constituyen la *doctrina*, que se desenvuelve en relaciones a veces tensas con las fuentes reales. Así, por ejemplo, la “Ley de Citas” es un ejemplo de fuerte predominio de la doctrina y las posiciones exegéticas son muestras de claro predominio de las fuentes formales. En los procesos de integración viene produciéndose un importante acervo doctrinario que a menudo nutre a las fuentes reales.

11. Para que los repartos proyectados captados provisoriamente en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que ellas *funcionen*. Por este sendero los repartos y las normas llegan a las vidas de las personas. El funcionamiento de las normas abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis⁴⁶. Simultánea a todas las tareas del funcionamiento se desenvuelve la argumentación. Además del funcionamiento formal, hay otro conjetural en relación con el que se adopta la mayoría de las decisiones. La determinación reglamenta y precisa normas existentes y desarrolla principios. La elaboración se hace necesaria por *carencias* de normas (lagunas del ordenamiento) porque no fueron hechas (carencias históricas) o por el rechazo de las que existen por considerarlas “disvaliosas” (carencias axiológicas, específicamente dikelógicas)⁴⁷. Se desenvuelve

⁴⁶ A veces se prefiere, no sin fundamento, la noción menos comprometedora de *articulación*. También se emplea en ciertos casos la mayor pasividad de la mera adaptación.

⁴⁷ Pese a que la cuestión ha sido y es debatida, consideramos sostenible que “Casi siempre se ha reconocido que, por muy meditada que esté la ley, no puede contener una regla para todo caso que surja que requiera una decisión; con otras palabras: que toda ley, inevitablemente, tiene “lagunas”.” (LARENZ, Karl, “Metodología de la ciencia del derecho”, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1955, págs. 286 y ss.).

mediante “autointegración” o “heterointegración”, según se recurra a elementos del propio ordenamiento normativo o a otros ajenos.

Por su condición repartidora todo funcionamiento refleja un juego de intereses y de fuerzas. El funcionamiento se produce siempre en el marco social e incluye relaciones, muchas veces tensas, entre los autores de las normas (v. gr. los legisladores) y los encargados de producirlo (por ej. los jueces). En principio, la última realidad es la que generan los encargados del funcionamiento. Sin embargo, al fin cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede, aunque ha de querer y poder lo valioso. El funcionamiento de las normas reclama encargados comprometidos con sus objetivos.

La complejidad de una nueva era ha producido un mayor recurso a principios, la necesidad de frecuentes y amplias indeterminaciones y enormes carencias normativas que a menudo requieren ser llenadas mediante heterointegraciones. La integración genera en este sentido múltiples novedades que exigen indeterminaciones y nuevas normas, a veces, sin embargo, resueltas con cierta inflación normativa. En el desenvolvimiento de la integración europea han tenido un papel destacado los tribunales de las Comunidades. Sin embargo, contra lo que a veces se cree en la integración, instalar un tribunal es importante pero no tiene una fuerza mágica⁴⁸.

12. Las captaciones normativas tienen una doble tarea, que cumplen simultáneamente: al mismo tiempo describen los repartos y los integran. La *integración* se cumple mediante *conceptos* que dan precisión e incorporan sentidos. Se vive en gran medida, al menos hasta que se advierte la “falsificación”, según sentidos que incorporan las normas. La integración produce “materializaciones” que, personales o no, llevan a vivir conforme a sus producciones. Así aparecen las materializaciones personales (presidentes, jueces, senadores, diputados, profesores, alumnos, etc.) o no personales (pagarés, cheques, acciones, etc.). Los conceptos

⁴⁸ Cabe *ampliar* en nuestro libro "Filosofía de la Jurisdicción - Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1092/996>, 16-8-2014.

pueden tener más o menos carga ideológica y estar menos o más a disposición de los interesados, en los primeros casos son más institucionales y en los segundos son más negociales. En nuestro tiempo hay una decadencia y negocialización de los conceptos familiares tradicionales. Como en gran medida vivimos en el lenguaje y en los conceptos, las afinidades y las diferencias lingüísticas y conceptuales son relevantes.

La función integradora de las normas ha de realizar el valor *adecuación*⁴⁹. Es importante que los conceptos se adecuen a los requerimientos de la realidad sin prevalecer sobre ella; sin mutilarla, exagerarla, “insignificarla” o “sobresignificarla”.

La integración incluye amplios despliegues de función normativa integradora y es más viable en el curso de afinidades lingüísticas y conceptuales. Genera una considerable cantidad de materializaciones, personales o no (comisarios, consejeros, pasaportes de la integración, etc.). Con frecuencia se ha pretendido reducir sus contenidos según conceptos tradicionales, por ejemplo forzando a la integración a entrar o no en los conceptos de federación o confederación, pero afortunadamente viene prevaleciendo la tendencia a no someter la realidad a los conceptos. El concepto de globalización mutila la realidad que ha de integrar porque oculta grandes despliegues de dominación y marginación.

13. El *ordenamiento normativo* es la captación lógica de un orden de repartos. En él se desenvuelve el imperativo de la “legalidad”. El ordenamiento se constituye mediante *relaciones* entre normas, que son verticales y horizontales⁵⁰, 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

⁴⁹ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Perspectivas trialistas para el reconocimiento de la adecuación de los conceptos normativos”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 30, págs. 41 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1061/895>, 18-8-2014.

⁵⁰ Consideramos “horizontales” a las relaciones que no son verticales, aunque sean “oblicuas”, como las que suelen vincular a las resoluciones administrativas y las leyes penales que las protegen.

conjunto del ordenamiento satisface el valor coherencia. Todas las normas “puestas” en el ordenamiento se apoyan en una norma hipotética fundamental que indica que se ha de cumplir lo pactado o se ha de cumplir lo mandado por el constituyente histórico. La norma hipotética que se elige es la que brinda un escalonamiento (suele decirse pirámide) que se cumple⁵¹. En gran medida la norma hipotética identifica al ordenamiento e indica la “soberanía” normológica.

La integración puede producir diversas modificaciones en el ordenamiento, generando nuevo sentido de la legalidad e incluso con la pretensión de modificar la identificación de la norma hipotética fundamental. En ciertos ámbitos se procura que haya un constituyente histórico de la integración. Sin embargo los sentidos de la legalidad de la integración suelen no tener, sobre todo en nuestro tiempo, la consistencia que es deseable. En la integración se producen ordenamientos menos coherentes que los de los Estados tradicionales, pero más coherentes que los de la globalización.

c) Dimensión dielógica

14. La propuesta de construcción integrativista tridimensionalista del trialismo pone especial énfasis en incluir consideraciones valorativas. Para el fundador de la teoría, Werner Goldschmidt, eran sobre todo objetivas y naturales, abarcables directamente en una ciencia, y en nuestro caso las presentamos como *construcciones* sobre las que pueden desarrollarse, también, razonamientos de rigor.

En el ámbito valorativo del mundo jurídico se incluye un complejo de valores que culmina en la *justicia*. Consideramos imprescindible “criticar” la realidad y las normas para que se haga lo que se considera deseable, aunque no ateniéndose permanentemente a lo que de hecho se piensa sino a lo que se debe pensar según la base adoptada. Es difícil determinar qué ha de entenderse por justicia, pero creemos que no se ha de prescindir de hacer referencia a ella. Al fin, el Derecho pretende

⁵¹ Esto remite de la positividad normológica a la positividad sociológica, no a la justicia, como sucede en el jusnaturalismo (según suelen hacer los neoconstitucionalismos).

“enderezar” la vida humana y el “enderezamiento” tiene mucha relación con los valores y sobre todo la justicia.

En el complejo de valores que incluimos en el mundo jurídico hay algunos de muy elevada relevancia. Además de la justicia consideramos, por ejemplo, la *utilidad*, la *verdad* y el *amor*. Por sobre todos los valores ubicamos la *humanidad*, que es el deber ser cabal de cada individuo. El capitalismo tiende a jerarquizar la utilidad, incluso colocándola como valor superior a los demás. Una de las grandes tensiones de nuestro tiempo es la de las relaciones entre la economía, el capitalismo y la utilidad y la democracia, los derechos humanos y la justicia⁵².

La integración suele atender de manera destacable a la utilidad, en relación tensa entre ella y la justicia, pero su misión puede ser en gran medida evitar que la utilidad “ahueque” el resto de la vida. Vale lograr una integración plena, referida a la complejidad de lo humano. En ella pueden sobrevivir la democracia y los derechos humanos al menos de manera relativamente protagónica; en la globalización triunfan la economía y el capitalismo.

15. Atendiendo a los contenidos y jerarquías que les atribuimos los valores pueden encontrarse en diferentes *relaciones*. Las hay *legítimas* de coadyuvancia u oposición e *ilegítimas* de secuestro. Las relaciones legítimas de coadyuvancia se producen por contribución ascendente o descendente (v. gr. entre el poder y la justicia) o por integración al mismo nivel (de cierto modo, la justicia, la utilidad, la verdad, el amor y la belleza⁵³). La legitimidad en oposición se produce por sustitución (cuando se opta v. gr. por una profesionalización más referida a la justicia -abogacía, notariado, etc.- o la utilidad -economista, ingeniero, etc.-). Las relaciones ilegítimas se generan por subversión de los valores inferiores contra los superiores (el poder contra la justicia), inversión de los valores superiores respecto de los inferiores (destruyendo sus bases, v. gr. la justicia exagerada destruyendo el poder) y arrogancia entre valores del mismo nivel (cuando la justicia o la utilidad exageradas se atribuyen los respectivos lugares de la utilidad o la justicia).

⁵² Es posible v. por ej. HABERMAS, “Problemas de legitimación ...” cit.

⁵³ Aunque al fin atribuimos prioridad a la justicia.

La integración ha de cuidar la realización de relaciones axiológicas legítimas evitando, por ejemplo, los frecuentes secuestros que produce la utilidad desbordada atribuyéndose espacios de valores superiores, del mismo nivel o inferiores. Creemos que siempre hay que “utilizar la utilidad” sin “utilitarizar” la humanidad, la justicia, la verdad, el amor, la belleza, etc. Se debe integrar la “integración de los mercaderes”, al fin análoga a la globalización, en la “integración de las personas”.

16. Retomando el camino de la *clasificación* aristotélica de la justicia pueden reconocerse diversas maneras de pensarla. Entre éstas, a fin de diferenciar a la integración de la globalización, cabe decir que la integración admite senderos de justicia con consideración de personas, asimétrica⁵⁴, polilocal⁵⁵, espontánea⁵⁶, gubernamental⁵⁷, integral⁵⁸, de participación y general⁵⁹ que la globalización tiende a desconocer remitiéndose en cambio, de maneras excluyentes, a la justicia sin consideración de personas, simétrica, monolocal, conmutativa, “parcial”, sectorial⁶⁰, de aislamiento y particular. Como la justicia general está más presente en el Derecho Público y la justicia particular es más característica del Derecho Privado cabe referir que la integración admite despliegues publicistas que, con sentido más privatista, la globalización desconoce. Es más: una de las carencias importantes de la internacionalidad e incluso la integración en nuestro tiempo suele ser el insuficiente desarrollo del Derecho Público. Organizadas como están, con bases privatistas, la internacionalidad actual y más aún la globalización de nuestra época tienden a someter a los Estados y los sectores débiles a situaciones de dominación que el sentido de lo público podría superar. No se trata de abandonar de manera irrestricta el sentido privatista, sino de comprender que es necesaria una mayor organización pública, con las

⁵⁴ De difícil comparación de las potencias e impotencias.

⁵⁵ Orientada a distintas razones de justicia.

⁵⁶ Sin “contraprestación”.

⁵⁷ Originada en el todo.

⁵⁸ Dirigida al todo.

⁵⁹ Orientada al conjunto, diverso del todo.

⁶⁰ Al fin la globalización se edifica desde partes y para partes.

pertinentes responsabilidades, en la integración y la internacionalidad⁶¹. Asimismo cabe referir que la integración puede atender más a la justicia “de llegada”⁶², en tanto la globalización se refiere de modo más excluyente a la justicia “de partida”.

17. En la propuesta trialista el *material estimativo* de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Es más, la totalidad incluye complejos en lo material, espacial, temporal y personal y atiende a las consecuencia. Todo esto significa que también la justicia es una categoría “*pantónoma*”. Como esa totalidad nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla donde no podemos saber o hacer más, produciendo *seguridad jurídica*.

La integración produce diferentes tipos de cambios en los fraccionamientos generando a menudo cierta inseguridad, pero a nuestro parecer se trata de reacomodamientos más legítimos que los fraccionamientos producidos en la oquedad de la globalización. Hay que construir el pasado, el presente y el porvenir, los complejos y las consecuencias en aras de la justicia de la integración.

La justicia de las adjudicaciones no excluye la consideración jurídica marginal de las *virtudes* y los *vicios*. La justicia referida de manera principal a las virtudes y los vicios y sólo marginalmente a lo que se hace es tema central de la Ética⁶³. La integración de Derecho y Moral genera la “*eticidad*”. La integración permite mayor despliegue de “virtudes” referidas tradicionalmente, como la templanza, la prudencia, la

⁶¹ Uno de los casos interesantes de la carencia de publicidad suele ser el de la deuda externa de los Estados, cuyos despliegues no se resuelven satisfactoriamente con el no pago. Dentro de una estructura privatista el mínimo no pago puede ser contraproducente, destruyendo el crédito de los países deudores (es posible *ampliar* en nuestro trabajo “El contrato de deuda externa estatal y sus características administrativas”, en “Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional”, 16, págs. 303 y ss.). Parece necesaria la organización de un sistema concursal para los Estados.

⁶² Dispuesta a sacrificar el presente por el porvenir.

⁶³ Considerada aquí como “equivalente” de la Moral.

fortaleza, la justicia, la fe, la esperanza, la caridad, etc.⁶⁴ Cabe construir la comprensión de que la integración requiere cierto despliegue propio de eticidad. De alguna manera es la construcción de cierta “estatalidad” superior, más consistente que la mera “sociedad civil” en que se disuelve la globalización.

18. La consideración de la forma de la justicia permite desarrollos de rigor científico que constituyen la “Axiología Dikelógica” en sentido estricto⁶⁵. En cambio, el *contenido* de la justicia, tema de la Axiosofía Dikelógica, genera discusiones que a nuestro parecer sólo pueden superarse si se parte de una base considerada sin posibilidad de discusión. En nuestro caso, proponemos adoptar, como punto de partida *construido*, el *principio supremo* de justicia que Werner Goldschmidt sostuvo con carácter objetivo y natural según el cual se ha adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, para que se convierta en persona. Este principio permite esclarecer los que han de considerarse el reparto y el régimen justos. En este caso, el reparto y el régimen de integración justos, con su superioridad genérica respecto de la globalización.

La integración evita el *ensimismamiento*⁶⁶ en los moldes estatales tradicionales y la *alienación*⁶⁷ en la globalización. Es notorio que, por ejemplo, para un país de la Unión Europea vincularse con los otros de la Unión es *más* personalizador que alienarse abandonando esos cauces en relaciones circunstanciales globalizadas con otros países como China,

⁶⁴ Se puede v. por ej. FERRATER MORA, op. cit., “virtud”, t. II, 1965, págs. 910 y ss.

⁶⁵ Es posible *ampliar* en nuestra “Metodología dikelógica”, 2ª. ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

⁶⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario...” cit., ensimismar, <http://lema.rae.es/drae/?val=ensimismar>, 23-6-2014.

⁶⁷ Íd., alienación, <http://lema.rae.es/drae/?val=alienaci%C3%B3n>. alienación. (Del lat. *alienatĭo*, -*ōnis*). 1. f. Acción y efecto de alienar. 2. f. Proceso mediante el cual el individuo o una colectividad transforman su conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición. 3. f. Resultado de ese proceso. 4. f. *Med.* Trastorno intelectual, tanto temporal o accidental como permanente. 5. f. *Psicol.* Estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad. La alienación se refiere a algo ajeno a uno mismo que ya no se controla, el sujeto no conserva referencias que lo identifiquen, se hace un bien que se vende.

India, etc. No se trata del aislamiento, sino de la preferibilidad. La integración permite pasar de la mera tolerancia de la internacionalidad simple a la internacionalidad del respeto y de éste a la comprensión y al fin a la convivencia. Al fin pasar a cierto *proyecto vital* común. Es una nueva legitimidad de justicia, aparentemente menos honda pero al fin más perfeccionada que la de los Estados tradicionales y superior a la de la mera globalización.

19. La legitimidad dikelógica de los *repartos* requiere que éstos sean justos en todos sus elementos: repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones.

La justicia de los *repartidores* como tales surge básicamente del consentimiento de los interesados, es decir, de la *autonomía*. En la medida que ésta no sea posible, aparecen legitimidades relacionadas con ella: la *paraautonomía* del acuerdo de todos los interesados en cuanto a quiénes han de repartir, presente en el arbitraje⁶⁸; la *infraautonomía* del acuerdo de la mayoría, manifestada en la democracia y la *criptoautonomía* del acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer el reparto, manifestada en muchos casos en la gestión de negocios ajenos sin mandato. Asimismo, de cierto modo por proyección de la justicia de los objetos de los repartos, se produce la legitimación de la *aristocracia* basada en la superioridad científica, técnica y moral⁶⁹. En la medida en que no hay legitimación, los repartidores son dikelógicamente “de facto”.

La integración tiene dificultades no descartables para la legitimidad infraautónoma, pero una adecuada organización puede avanzar en ese sentido y sus repartidores suelen contar con facilidades en cuanto a los otros criterios de justicia. Es frecuente que la integración se valga de repartidores aristocráticos calificados por su idoneidad científica y técnica, pero en demasiados casos esa idoneidad es desviada hacia la burocracia. Los repartidores de la globalización tienen a menudo

⁶⁸ En ciertos casos la paraautonomía del arbitraje tiende a sustituir la complejidad de los tribunales judiciales estatales.

⁶⁹ Cabe *ampliar* en nuestro artículo "Integración trialista de la aristocracia y la democracia", en "El Derecho", t. 147, págs. 897 y ss.

especiales problemas de falsa legitimación. Los interesados exceden muy a menudo la contractualidad autónoma que presenta la globalización.

La justicia de los repartidores lleva a la problemática de su *responsabilidad*, por sus repartos y a veces por los regímenes. Los nuevos regímenes de la integración suelen requerir una responsabilidad especial que a veces los excesos localistas llevan a ignorar. A nuestro parecer, entre las debilidades evidenciadas recientemente por el Mercosur y la Unión Europea se encuentran las carencias de responsabilidad por el régimen. Es notorio que la globalización tiene muy escasas posibilidades de toma de conciencia de la responsabilidad por el régimen.

La legitimidad de los *recipiendarios* es referible a la conducta y las necesidades. Se trata, respectivamente, de los *méritos* y los *merecimientos*. La apreciación de los méritos y los merecimientos lleva a la necesidad de la *imparcialidad*. Importa considerar que a menudo los repartidores, por ejemplo los jueces, comienzan siendo “imparciales” e *imparciales*, pero al tomar los casos se hacen “parciales” porque les van intereses personales (de ascensos, riesgos, etc.), de modo que vale contar con recursos para mantener su imparcialidad. Es relevante considerar que, como le agradaría referir a Locke, dos hombres que no tienen un tercero imparcial para referir sus conflictos viven en estado de naturaleza⁷⁰. Los merecimientos suelen ser tema mayor en la actividad de los Estados tradicionales, pero la integración tiene más vocación a la consideración de las necesidades que la globalización. Entre los temas discutidos en la Unión Europea se encuentra el grado de responsabilidad que los ricos deberían asumir por los necesitados.

La justicia de las potencias y las impotencias, es decir de los *objetos* de los repartos, las hace “repartideras”⁷¹. Los avances científico-técnicos han progresado en la producción de problemas de justicia de los objetos de los repartos con especial intensidad. Entre las múltiples temáticas acerca de la justicia de los objetos de los repartos se destacan

⁷⁰ LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, trad. Amando Lázaro Ros, 1ª. ed. en B. I. F., Madrid, Aguilar, 1969, pág. 67. Es posible ampliar en nuestra “Filosofía de la jurisdicción” cit.

⁷¹ Dignas de ser repartidas. Los objetos que pueden ser repartidos son “repartibles”, los que merecen ser repartidos son repartideros.

las que se relacionan con la *vida* y la *propiedad*⁷². La complejidad de la problemática de la justicia respecto de la vida se ha incrementado sobre todo por las dificultades para “determinar” su comienzo, su desarrollo y su fin. Articular las soluciones acerca de lo repartidero es una de las cuestiones difíciles de la integración, por ejemplo en cuanto a los recursos a destinar a subsidios. La globalización no está en condiciones de atender los profundos problemas de la vida. La integración permite más que la relación del hombre con el mundo exterior sea de *ser*, la globalización se desenvuelve más en el *tener*.

La justicia de la *forma* requiere *audiencia*, sea a través de procesos o de negociación. La integración tiene a menudo dificultades de audiencia mayores que las de los Estados tradicionales, pero puede desarrollar cauces mejores que los de la globalización donde la negociación es muchas veces una apariencia que esconde mera adhesión.

Las *razones* de los repartos se legitiman a través de la *fundamentación* que ha de dirigirse sobre todo a los beneficiarios y a la sociedad. Hay que lograr, a través del lenguaje adecuado por el nivel y la accesibilidad, fuerza de convicción de que lo que se reparte es lo debido. Consideramos que las posibilidades de fundamentación en la integración son mayores que las de la globalización, donde la riqueza comunicacional es menor.

20. La justicia del *orden de repartos* exige que tome a cada hombre como un fin y no como un medio, es decir, que sea *humanista*. La construcción de esta exigencia, apoyada también en el principio general antes construido, tiene raíces en las más profundas bases de la cultura occidental. Sin entrar al formidable choque de tres culturas⁷³ que se produjo en el juicio a Jesús, es ilegítimo que el “justo” (Jesús) sea sacrificado para el bien del pueblo. Como indicaría Kant, el hombre debe ser un fin. Consideramos que la integración tiene más posibilidades de considerar al ser humano un fin; la magnitud “vacía” de la globalización puede tenerlo más fácilmente como un medio.

⁷² Otras son, por ejemplo, los instrumentos para la felicidad, la ocupación, la compañía, etc.

⁷³ Judía, cristiana y romana.

El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista*. Según el principio supremo de justicia adoptado, el humanismo abstencionista tiene preferencia sobre el intervencionista. Es más, el intervencionismo suele ser denominado paternalismo y la crisis de la idea de patria potestad en nuestro tiempo expresa la dificultad para sostener la intervención. La integración puede desarrollar un equilibrio mejor entre abstencionismo e intervencionismo, la globalización suele invocar más la abstención y realizar ocultamente más la intervención.

Entendemos que el humanismo requiere que cada ser humano sea considerado equilibradamente ⁷⁴ *único, igual* a los demás y parte de una *comunidad*. La unicidad suele necesitar el liberalismo político (no coincidente con el económico); la igualdad reclama a menudo la democracia y la comunidad (a veces llamada fraternidad) requiere una “res pública” (con sentido de un destino común). Los despliegues de la unicidad, la igualdad y la comunidad son necesarios para el desenvolvimiento humano. Así lo advirtió, por ejemplo, la Revolución Francesa. Es cierto que la crisis europea ha puesto en evidencia las dificultades para la igualdad y la comunidad, pero parece que en general la integración puede satisfacer mejor el equilibrio de los tres requerimientos en tanto la globalización tiende a menudo a ignorarlos, a veces en nombre de una abstracta libertad económica.

Para la realización del régimen justo es necesario *proteger* al individuo contra todas las amenazas: de los demás individuos, el régimen, sí mismo ⁷⁵ y “lo demás” (enfermedad, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). En todos los casos ese amparo se ha de producir en lo material, espacial, temporal y personal. Las propias fuerzas de eventual agresión pueden contribuir a menudo al resguardo. La protección contra el régimen requiere su debilitamiento mediante divisiones como las del federalismo, las autarquías, etc. y el fortalecimiento de los individuos a través de las declaraciones y las garantías de los derechos. En este resguardo se plantea

⁷⁴ Puede decirse ponderadamente.

⁷⁵ Consideramos que la protección del individuo respecto de sí mismo ha de ser muy excepcional, por ejemplo la estimamos admisible para liberarlo de la carga que puede tener por su pasado.

la protección de minorías, hoy referida en gran medida a los problemas de la multiculturalidad y la vulnerabilidad.

La integración puede desarrollar una complejidad protectora muy superior a la globalización, que suele desinteresarse de sus condiciones plenas y finales. La integración protege, pero no obstante hay que evitar sus desvíos.

2) *Parte Especial*

21. Además de la atención que brinda a la construcción de los rasgos comunes a todos los despliegues jurídicos la propuesta trialista considera *especificidades* en la *materia*, el *espacio*, el *tiempo* y las *personas*. Todas ellas evidencian, de diferentes modos, la conveniencia de la integración para superar la globalización que tiende a ignorarlas.

22. Las especificidades en la *materia* muestran la complejidad de la riqueza de oportunidades vitales y permiten referirse a *ramas* jurídicas diferenciadas de maneras principales y derivadas. Suele hacerse referencia a sus *autonomías*, noción que es válida con la exigencia de que también se despliegue la comprensión de conjunto ⁷⁶. La autonomía *principal* se presenta en la realidad social, las normas y sobre todo la justicia. Se refiere incluso a requerimientos en lo legislativo, judicial y administrativo. Las autonomías *derivadas* abarcan lo doctrinario, la investigación, lo académico y lo pedagógico (o educativo). Por ejemplo, el Derecho del Trabajo incluye la particularidad social de la relación de laboral con la debilidad del trabajador; normas propias que suelen tener cierta autonomía legislativa (no hay codificación) y poseen a menudo tribunales y administraciones propios y la exigencia de justicia de proteger al trabajador. Tiene autonomía doctrinaria, aunque parece que existe demasiada dispersión al respecto; es referido por proyectos de investigación; suele contar con cátedras propias y brinda grandes

⁷⁶ Es importante desenvolver una complejidad pura. Es útil el desarrollo de una Teoría General del Derecho abarcadora, a considerar en los planes de estudio al fin de la carrera, de manera más adecuada a través del análisis y la solución de casos cerrados y abiertos.

posibilidades pedagógicas (educativas) para la “apertura” mental de los estudiantes.

Existen ramas más tradicionales, a menudo vinculadas a la construcción del capitalismo, panorama en que se incluyen el Derecho Constitucional tradicional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, etc. Sin embargo es conveniente tomar conciencia de la necesidad de desarrollar otras ramas “transversales”, que las enriquezcan atendiendo a la complejidad de la cultura y a los derechos humanos, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de Menores y Adolescentes, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Educación, etc.

En este marco material adquiere relevancia el *Derecho de la Integración*. Posee las particularidades que hemos señalado y requiere “legislación”, tribunales con idoneidades propias y administración específica. Cabe recordar en todo momento la importancia que tuvieron en su desarrollo los Tribunales de las Comunidades Europeas. Se van desarrollando sus autonomías derivadas, por ejemplo con tratados e institutos de investigación específicos y cátedras propias, y vale atender a su capacidad para superar las limitaciones formativas que pueden surgir de la restricción a la perspectiva estatal tradicional y, sobre todo, de la mecánica consideración que puede tener la globalización.

Hoy el Derecho de la Integración es un componente *insustituible* en el complejo de la juridicidad⁷⁷. A diferencia de lo que ocurre en la globalización, sobre todo referida a la comercialidad, en su marco son más posibles los desenvolvimientos de ramas tradicionales como el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal y otras más nuevas, sobre todo vinculadas a los derechos humanos, como el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de la Salud, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la

⁷⁷ Es posible v. ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L., “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005.

Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho Ambiental, etc.⁷⁸ Importa resignificar la materia para la integración.

23. Las especificidades *espaciales* se manifiestan en la “*espacialidad*” como oportunidades vitales en el espacio y aparecen, por ejemplo, en el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado.

El Derecho de la Integración puede mostrar sus características logrando que se incluyan enriquecedoras particularidades en el espacio y que la globalización no produzca “no lugares” y mera oquedad. Vale resignificar el espacio con miras a la integración.

24. Las particularidades *temporales* se expresan, por ejemplo en la “*temporalidad*” como oportunidades vitales en el tiempo y aparecen de modos destacados en la Historia del Derecho y el Derecho Transitorio.

La integración puede y debe contribuir a la construcción de una temporalidad y una historicidad superadoras de las limitaciones estatales y a evitar la intemporalidad de la globalización, donde se despliegan los “no momentos” y la “ahistoricidad”. Vale resignificar el tiempo en aras de la integración.

La consideración de la integración es una exigencia para “estar a la altura de los tiempos”. Un despliegue interesante es apreciar cómo la evolución de la cultura, sobre todo la cultura occidental, ha ido contribuyendo a llegar hoy a la necesidad de la integración⁷⁹. En ésta puede realizarse mejor la humanización puesta en peligro en una nueva era.

⁷⁸ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo”, en “La Ley”, 4 de febrero, 2011-A, págs. 841 y ss.

⁷⁹ Es posible *ampliar* en nuestro artículo “Bases culturales de la ampliación de la Unión Europea y de la relación de la Unión Europea con América Latina”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 27, págs. 101 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/604>, 18-8-2014. Todo el pensamiento histórico, económico, filosófico, etc. contribuye a la comprensión de los desafíos y las respuestas de la integración (se pueden v. por ej. nuestros libros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.).

25. Las especificidades *personales* se manifiestan en la “*personalizabilidad*” como oportunidades de las personas que aparecen en su consideración como juridicidades particulares, en cada caso diferenciadas, y en el Derecho Interpersonal. En relativa analogía con el psicoanálisis, es relevante construir y resolver el “*jurianálisis*” de las personas ⁸⁰.

También hay que conocer y relacionar las perspectivas de las personas en la integración. Se trata de un sentido destacable de la personalidad jurídica total. En la integración las personas se interrelacionan en nuevas dimensiones mucho más que en la estatalidad tradicional y en la relativa reducción de la globalización. De cierto modo, la globalización es un marco de “*anonimato*” y recibe más fácilmente la robotización. La integración puede desarrollar un personalismo y un nosotros más humanizantes ⁸¹.

3) *El horizonte político general*

26. La construcción trialista del mundo jurídico puede integrarse en la construcción también integrativista tridimensionalista que presenta una *teoría trialista del mundo político*. Ésta abarca actos de coexistencia (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados por el complejo de valores de convivencia ⁸² (dimensión axiológica). En un despliegue más dinámico comprende la actividad relacionada con el aprovechamiento de las oportunidades para realizar actos de coexistencia, captados por normas y valorados por los valores de convivencia.

El mundo político propuesto se diferencia en especificidades materiales, espaciales, temporales y personales. En cuanto a las particula-

⁸⁰ Además interesa la jurigrafía.

⁸¹ En cuanto a la necesidad de salir del anónimo “todo el mundo” y ser yo, cabe c. por ej. FROMM, Erich, “El miedo a la libertad”, trad. Gino Germani, Bs. As., Paidós, 1961 (“Aun cuando la libertad le ha proporcionado independencia y racionalidad, lo ha aislado y, por lo tanto, lo ha tornado ansioso e impotente.”, pág. 24, <http://www.enxarxa.com/biblioteca/FROMM%20El%20Miedo%20A%20La%20Libertad.pdf>, 27-6-2014).

⁸² Consideramos convivencia a la coexistencia valiosa.

ridades materiales abarca distintas ramas diferenciadas por diversos valores de convivencia o por su consideración de conjunto en distintas perspectivas. Se trata, por ejemplo, de la política jurídica (o Derecho, valor justicia), la política económica (valor utilidad), la política sanitaria (valor salud), la política científica (valor verdad), la política artística (valor belleza), la política erótica (valor amor), la política religiosa (valor santidad), la política educacional (desarrollo sistemático de los valores), la política de seguridad (fraccionamiento de los valores) y la política cultural (consideración del conjunto).

La integración es y ha de ser desarrollada dentro de todas las perspectivas del mundo político, aunque la política económica suele tener especial significación. El complejo político de la integración es más difícil que el de la globalización, pero convivencialmente muy superior a él. Al fin, uno de los despliegues de superioridad está en las posibilidades de la política jurídica. La globalización suele corresponder a una más intensa “economización”.

III. Aportes a la estrategia jurídica de la integración

1) Fortalezas

27. Los enfoques antes referidos pueden contribuir a la *estrategia integradora* y son considerables en el sentido de reconocer las *fortalezas*, las *oportunidades*, las *debilidades* y las *amenazas*. Las ausencias de fortalezas y oportunidades pueden corresponder a debilidades y amenazas.

Entre las *fortalezas* que pueden tener los procesos de integración cabe referir:

- a) las continuidades territoriales;
- b) las situaciones biológicas compatibles (v. en cuanto a edades de la población);
- c) el contenido semejante del funcionamiento psíquico⁸³;
- d) la mayor proximidad al “inconsciente colectivo” de la integración,

⁸³ Ello, super yo, yo.

- en comparación con la superficialidad de la globalización;
- e) las economías complementarias, con desarrollo⁸⁴ sustentable común⁸⁵;
 - f) las voluntades políticas firmes coincidentes;
 - g) las religiosidades afines;
 - h) las historias entrelazadas con conciencia respectiva;
 - i) las afinidades lingüísticas⁸⁶;
 - j) los despliegues científicos y técnicos complementables;
 - k) la integración de los espacios interiores;
 - l) el sentido de hospitalidad;
 - ll) la capacidad de compromiso;
 - m) la opinión pública afin;
 - n) las idoneidades gubernamentales;
 - ñ) las juridicidades armonizables;
 - o) las posibilidades favorables del complejo de la vida política;
 - p) las concepciones del mundo afines⁸⁷;
 - q) las posibilidades de confluencias de las bases de la cultura, etc.

2) Oportunidades

28. Entre las *oportunidades* para la integración cabe mencionar, por ejemplo:

⁸⁴ Cabe c. por ej. RODRÍGUEZ, Luis Hernando, “Integración latinoamericana: pasado, fracaso y perspectivas”, Universidad de Los Andes, Colombia Internacional, <http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/22/index.php?id=22>, 26-6-2014.

⁸⁵ Se pueden v. no obstante duras objeciones al papel de las actuales burguesías en la integración latinoamericana en TEUBAL, Miguel, “El fracaso de la integración económica latinoamericana”, JSTOR Home, <http://www.jstor.org/discover/10.2307/3465914?uid=3737512&uid=2&uid=4&sid=21103902340701>, 26-6-2014.

⁸⁶ En cuanto a las críticas respecto de las diversidades lingüísticas, v. por ej. FERGUSON, Niall, “El proyecto europeo es un fracaso total”, telesur, <http://www.telesur.tv.net/articulos/2013/05/10/el-proyecto-europeo-es-un-fracaso-total-7211.html>, 26-6-2014.

⁸⁷ Acerca de las concepciones del mundo es interesante ver por ej. “Obras de Wilhelm Dilthey”, “Teoría de la concepción del mundo”, trad. Eugenio Ímaz, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura, 1954; JASPERS, op. cit.

- a) la libertad nacida de una organización mundial no excluyente ni demasiado hostil, hoy de cierto modo multipolar;
- b) los intereses externos en dimensiones integradas;
- c) las posibilidades de acuerdos con otros procesos integradores, etc.

3) Debilidades

29. Entre las *debilidades* es posible atender, por ejemplo:

- a) al economicismo del capitalismo que penetra todas las realidades ajustándolas radicalmente según sus necesidades;
- b) las asimetrías dimensionales entre los componentes del proceso⁸⁸;
- c) las diferencias en las economías estatales y los ámbitos afines (en los regímenes tributarios, aduaneros, bancarios, etc.)⁸⁹;
- d) el atraso y la desintegración internos;
- e) la no correspondencia entre las disciplinas económicas;
- f) la falta de voluntad en los pueblos y en las élites, sobre todo en los gobernantes;
- g) la escasez de responsabilidad por la integración, sea de los ricos o de los pobres⁹⁰;
- h) las institucionalidades sin eticidad;
- i) las incompatibilidades en los sistemas políticos⁹¹;
- j) la inestabilidad de las democracias, que constituyen una de las grandezas y los obstáculos de las aproximaciones actuales;

⁸⁸ V. gr. entre Brasil y los demás componentes del Mercosur.

⁸⁹ Cabe considerar, por ej., las barreras arancelarias, la moneda común y las necesidades locales de devaluación, etc. (es posible c. PADOA-SCHIOPPA, Tommaso, “*Demos et Kratos en Europe*”, *Commentaire*, N° 129, Printemps 2010, págs. 99 y ss. (considerado uno de los grandes arquitectos del euro).

⁹⁰ Se puede *ampliar* en nuestro artículo “La justicia como bien común en la elaboración de las normas jurídicas con especial referencia a la crisis monetaria europea”, en “Puente@Europa”, año X, número 2, diciembre de 2012, págs. 21 y ss.

⁹¹ Las discrepancias en este sentido son una de las causas que se atribuyen a los tropiezos latinoamericanos (se puede v. por ej. DI CONSTANZO, Ciro, “Por qué fracasa la integración en América Latina”, Foro para una democracia segura, <http://spanish.safe-democracy.org/2007/05/09/por-que-fracasa-la-integracion-en-america/>, 26-6-2014).

- k) las fracturas de la posmodernidad;
- l) la debilidad de los hombres posmodernos;
- ll) el carácter volátil y de permanente presente de la posmodernidad;
- m) la dificultad posmoderna para asumir relatos compartidos, etc.

4) Amenazas

30. Entre las *amenazas* para la integración cabe atender, por ejemplo:

- a) la injerencia de potencias exteriores;
- b) las dependencias externas fuertes, sobre todo si se refieren a las fuerzas de producción (petróleo, gas, etc.);
- c) las diversidades de intereses en el exterior (v. gr. casos europeos de la ex Yugoslavia, Irak, Ucrania), etc.

5) Requerimientos

31. En relación con lo antes expuesto cabe referir *requerimientos* de estrategia de la integración, por ejemplo:

- a) la realidad relativamente afín;
- b) el compromiso;
- c) la solidaridad;
- d) la conciencia del bien común;
- e) el esfuerzo;
- f) la adaptación e incluso la síntesis de las partes⁹²;
- g) el equilibrio entre cantidad y calidad en los despliegues⁹³;
- h) la conciencia de la necesidad de procesualidad y de la adquisición de experiencia en un aprendizaje continuo;

⁹² La síntesis es un nivel de adaptación elevado.

⁹³ Acerca de la importancia de la profundidad en el compromiso, v. por ej. MAJONE, Giandomenico, “La Unión Europea y la crisis financiera global: el fracaso de la gobernanza supranacional”, Konrad Adenauer Stiftung, http://www.kas.de/wf/doc/kas_22771-1522-4-30.pdf?110511201212, 26-6-2014.

Suele criticarse la relación entre la integración y el liberalismo económico.

- i) la formación de un relato común;
- j) la aptitud estratégica
- k) la conciencia cultural en general, etc.

6) Orientación y resultado

32. La integración es una manera de la estrategia de la *propia calidad y el relacionamiento*. Tiene *costos altos*, pero aporta *beneficios muy altos*⁹⁴.

La vida se desenvuelve con estrategias, la estrategia de la integración merece el compromiso vital.

⁹⁴ Sin adoptar la propuesta general del análisis económico del Derecho, cabe hacer una referencia al coste y el beneficio en el mundo jurídico por ejemplo con remisión a nuestro artículo “Aportes de análisis económico del Derecho para la teoría trialista del mundo jurídico”, en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 21/38, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/5.pdf>, 12-6-2014. Es posible v. por ej. HERRERO ACOSTA, Fernando, “La integración centroamericana: beneficios y costos”, Documento Síntesis CEPAL, http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/20464/Documento_S%C3%ADntesis.pdf, 12-6-2014; ANDERSON, Michael, “Estimación de los beneficios de la integración económica en América Latina”, http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/113-Estudios_1.pdf, 12-6-2014; HARO CARRANZA, Julio E., “Análisis. Costo beneficio, Sincerando las propuestas legislativas en el Perú”, en CCEP, http://www.congreso.gob.pe/dgp/CEP/publicaciones/cuadernos_parlamentarios/01/ANALISIS_COSTO_BENEFICIO_LEYES_J.Haro.pdf, 12-6-2014). Asimismo se puede v., en cuanto a evaluación, por ej. Naciones Unidas, CEPAL. Sede Subregional de la CEPAL en México, Integración regional y políticas públicas. Evaluación de la experiencia europea y posibles implicaciones para la integración latinoamericana, <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/2/27702/P27702.xml&xsl=/mexico/tpl/p9f.xsl&base=/mexico/tpl/top-bottom.xsl>, 26-6-2014; Universidad de Pamplona. Colombia. Acreditación. Programa Ingeniería de Alimentos. http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portallG/home_41/recursos/01_general/09052012/doc_fi nal_acreditacion.pdf, 13-6-2014.

RESIDENCIA GERONTOLÓGICA: EL CUIDADO DE LA VEJEZ EXTRAMUROS DEL HOGAR Y EL DERECHO PERSONALÍSIMO A LA INTIMIDAD

MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA *

Resumen: En las presentes reflexiones se analiza el derecho a la intimidad de los ancianos residentes en instituciones gerontológicas para el cuidado de larga estadía, considerando a esta última como parte de los dispositivos del modo de máxima intervención en el cuidado de la vejez y su impacto en la experiencia de aquel derecho personalísimo. Utilizamos las herramientas que nos brinda el integrativismo tridimensional trialista del mundo jurídico.

Palabras clave: Residencia gerontológica para el cuidado de larga estadía. Derecho a la intimidad. Cuidados. Intervención.

Abstract: In these reflections we discussed the right to privacy in context of Nursing Homes for the Elderly, considering the latter as part of the devices of maximum intervention in the care of elders and its impact on the experience of that utmost personal right. We use the tools provided to us by the trialist three-dimensional integrativism of the Juridical World.

Key words: Nursing Homes for the Elderly. Right to privacy. Care. Intervention.

1. Nuestro tiempo enfrenta el fenómeno global del envejecimiento y de la convivencia de múltiples generaciones (llamado el fenómeno del

* Profesora adjunta de las asignaturas Derecho Civil I (Parte General), Derecho de la Salud y Filosofía del Derecho de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: mfernandez21@gmail.com.

*multigeneracionismo*¹): el creciente aumento de la expectativa de vida que provoca el envejecimiento paulatino de las sociedades y la tendencia a la inversión de la pirámide poblacional, donde los viejos representarán la mayoría de los hombres del Mundo². La progresiva desaparición de la organización familiar decimonónica y la incorporación definitiva de la mujer al mercado, han contribuido definitivamente al cambio en el abordaje del cuidado de la vejez.

En este mundo postmoderno, la residencia gerontológica para el cuidado de larga estadía se ha convertido en un elemento importante del dispositivo de organización del cuidado. Es una solución adoptada frecuentemente por los individuos, la familia, la sociedad, el Estado y el Mercado, como intento de respuesta concreta frente a la necesidad de alojamiento y asistencia de las personas mayores. La proliferación de las residencias para mayores es sin duda, conexas al poderoso desarrollo del sector de los servicios, en relación directa con el advenimiento de la figura del consumidor como figura central de la economía posmoderna.

2. La residencia gerontológica es un elemento del *dispositivo de cuidado*, en tanto dispositivo implica una red que une a un conjunto de discursos, instituciones, instalaciones, y normas³. Es decir, como un

¹ DABOVE, María Isolina, “Derecho y Multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez”, en “Revista de Derecho de Familia”, N° 40, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Julio/Agosto de 2008, págs. 39 y ss.

² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Envejecimiento de la Población Mundial: 1950-2050”, Population Division, New York, DESAUnited Nations, 2002.

³ FOUCAULT, Michel, “Saber y Verdad”, 3ra. ed., Madrid, Endymion, 1991, págs. 230 y ss.: *He dicho que el dispositivo era de naturaleza esencialmente estratégica, lo que supone que se trata de cierta manipulación de relaciones de fuerza, bien para desarrollarlas en una dirección concreta, bien para bloquearlas, o para estabilizarlas, utilizarlas, etc.... El dispositivo se halla pues siempre inscrito en un juego de poder, pero también siempre ligado a uno de los bornes del saber, que nacen de él pero, asimismo lo condicionan... Lo que trato de indicar con este nombre es, en primer lugar, un conjunto resueltamente heterogéneo que incluye discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas, brevemente, lo dicho y también lo no-dicho, éstos son los elementos del dispositivo. El dispositivo mismo es la red que se establece entre estos elementos...*

mecanismo con *capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes*⁴. En ese orden de cosas, el estudio de la *viabilización* del cuidado de la vejez *extra muros* del hogar, ofrece un interesante escenario para el análisis de la experiencia de los derechos personalísimos. Es de nuestro especial interés -en este caso- puntualizar sobre la experiencia del derecho a la intimidad de los residentes.

*Un análisis de la experiencia de envejecer o ser un viejo requiere conceptualizar a la vejez como una experiencia. La experiencia refiere conceptualmente a como vivimos subjetivamente la realidad y nos la presentamos a nosotros mismos, y es importante distinguir entre mera experiencia y “una experiencia”; la primera alude a una simple aceptación pasiva de los eventos, en cambio, “una experiencia” es formativa y transformativa a un punto tal que lleva a una nueva forma de vida porque logra crear una estructura de experiencia*⁵.

Como explicita la *Ordenanza 8875/11* de la Ciudad de Rosario, de acuerdo a informes de la Auditoría General de la Nación sobre los establecimientos que tienen contrato vigente con el PAMI, centenares de actuaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, e inspecciones realizadas por los organismos de contralor de las residencias para adultos mayores, se alojan en estas instituciones de cuidado de larga estadía unos *veinte mil ancianos en todo el país*. En ese sentido, conviene recordar que según la Proyección de Población por sexo según grupos quinquenales de edad para la Provincia Santa Fe (Período 2001, 2005, 2010, 2015), realizada por el INDEC-IPEC, 390.296 personas de las 3.285.170 que constituyen la población total de la provincia, son mayores de 65 años. Para el año 2015, alcanzarán los 419.869. El 20,9% sobre este total de personas ancianas, residen solos en sus domicilios; el 73,7% residen en hogares colectivos, y el 2,4% de los restantes -es decir, 9.368 personas-, en la *Provincia de Santa Fe*, viven en *residencias geronto-*

⁴ AGAMBEN, Giorgio, “¿Qué es un dispositivo?”, en “Sociológica” (México), vol. 26, no.73 may./ago. 2011, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0187-01732011000200010&script=sci_arttext#notas, 25-07-2014.

⁵ ROBLES SILVA, Leticia, “La vejez: nuevos actores, relaciones sociales y demandas políticas”, en “Relaciones 105”, Invierno 2006, vol. XXVII, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2006, págs. 152 y ss.

lógicas. El impacto de esta particular forma de abordar el cuidado, se refleja en cifras contundentes sustentadas en personas concretas.

3. Los *modos de intervención en el cuidado de la vejez* están relacionados directamente con los requerimientos específicos de los sujetos beneficiarios de los dispositivos de cuidados; estos no sólo son los ancianos, sino también sus familias -convivientes o no convivientes- y allegados.

El cuidado se encuentra en las dicotomías más importantes de la provisión social. *Los cuidados están entre lo asalariado y lo no-asalariado; lo público y lo privado; lo formal y lo informal; la familia, el Estado, el mercado y el voluntariado; las ayudas monetarias y los servicios; la persona cuidada, la que la cuida, la familia*⁶, y un largo etcétera. Los cuidados son traspasados por una complejidad lógica-espacial, que pueden ser ordenados según el sistema que integran. Así pueden reconocerse:

1. Sistema doméstico⁷
 - 1.1. Autocuidado
 - 1.2. Cuidado por parte de familiares residentes en el hogar
 - 1.3. Cuidado por parte de familiares no residentes en el hogar
 - 1.4. Cuidados en el hogar por parte de no familiares
 - 1.4. a. Remunerado
 - 1.4. b. No remunerado
2. Sistema extra-doméstico
 - 2.1. Sin ánimo de lucro
 - 2.1.1. Servicios públicos
 - 2.1.2. Servicios de voluntariado
 - 2.1.3. Servicios de asociaciones/cooperativas/mutuales
 - 2.2. Con ánimo de lucro
 - 2.2.1. De contratación directa en el mercado
 - 2.2.2. De contratación indirecta a través de obras sociales/aseguradores

⁶ VEGA SOLÍS, Claudia, "Culturas del cuidado en transición: espacios, sujetos e imaginarios en una sociedad de migración", Barcelona, UOC, 2009, pág. 29.

⁷ DURAN HERAS, Ma. Ángeles, "Los costes invisibles de la enfermedad", Bilbao, Fundación BBVA1999, págs. 229 y ss.

Para comprender las características de los *modos de intervención del cuidado de la vejez*, resulta de importancia reconocer diversos elementos que los construyen y le dan identidad. La descomposición⁸ del concepto unificado de cuidado, brinda algunas herramientas para el análisis empírico e identifica sus dimensiones:

- *Identidad social de la persona* [repartidora] *cuidadora*: Especificada por el género, clase, raza y roles ocupacionales dentro de los servicios sociales y sanitarios.
- *Identidad social de la persona* [recipiendaria] *que recibe los cuidados*: personas dependientes y personas sanas.
- *Relación interpersonal entre la persona cuidadora y la receptora de los cuidados*: relación familiar, de amistad, de vecindad, contingente, legal, profesional.
- *Naturaleza de los cuidados*: estados de actividad (*care for*), estados afectivos (*care about*)⁹.
- *Ámbito social en el que se desarrolla la relación de cuidado*: privado, doméstico o público, formal o informal.
- *Relación económica en torno al cuidado*: no salarial o salarial; remunerada o no remunerada; mercado laboral formal o informal.
- *Contexto institucional del cuidado*: hogar, instituciones residenciales, hospital de crónicos, y otros contextos de servicios sociales, sanitarios y de voluntariado.

4. Consideramos transversalmente estas herramientas y las unimos la perspectiva *integrativista tridimensional trialista del Mundo Jurídico*¹⁰; reconocemos entonces los diversos modos de intervención y

⁸ THOMAS, Carol, “Deconstruyendo los conceptos de cuidado”, en “El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas”, BORDERÍAS, Cristina, CARRASCO Cristina y TURNS, Teresa (eds.), Madrid, La Catarata, 2011.

⁹ VEGA SOLÍS, op. cit., pág. 25.

¹⁰ Quien desee profundizar sobre la teoría trialista del mundo jurídico puede v. por ejemplo GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); “Justicia y verdad”, Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Buenos Aires, Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario,

sus respectivos dispositivos de cuidados de la vejez, en relación al *grado de penetración en la esfera de libertad* de los ancianos *recipiendarios* de la conducta tuitiva, con especial énfasis en el despliegue de su *derecho personalísimo a la intimidad*.

Aquellos ancianos *autónomos*, vale decir, esos que pueden realizar las actividades de la vida diaria (AVD) sin una asistencia directa y/ o personalizada; personas de edad que son aptos de preservar su vida y sus bienes -con las limitaciones propias que se derivan de la vejez-, serán los sujetos a quienes se direccionaran el *modo de intervención mínima y sus dispositivos de cuidado*.

Los mismos se traducen como la recuperación y el sostenimiento del *autocuidado*: acceso a la promoción de salud y prevención de enfermedades, acceso al esparcimiento y al ocio, beneficios económicos y tributarios en razón de edad, acceso al derecho de reunión y asociación, acceso a la educación especializada, eliminación de barreras, acceso a medios tecnológicos que permiten el sostenimiento de la vida en el hogar

Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 10-7-2014; “Metodología Dikológica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 10-7-2014; “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 9-7-2014; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, 19-7-2014; “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 10-7-2014; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 12-7-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 12-7-2014; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 12-7-2014.

particular, etc. Todos, valen como conjunto de elementos, tendidos en la red del mantenimiento de la independencia de las personas mayores, los que concretamente se visibilizan como mecanismos realizadores del *humanismo abstencionista*.

Es de considerar que este modo de intervención, facilita una vivencia del *derecho personalísimo a la intimidad*, mucho más que los modos subsiguientes, en tanto el escenario de la intimidad será el hogar particular (*sistema doméstico*) de la persona mayor.

Los *modos de intervención media y máxima, y sus dispositivos de cuidado*, están orientados a personas mayores con cierto grado de dependencia. La dependencia genera a su vez conductas queridas que se programan en torno a ella: por un lado, el reparto del cuidado asistido; y por ende, un sujeto de reparto específico: el cuidador -formal o informal-. Pero serán en la forma en como se viabilice este cuidado, la que determinará el modo y por ende los dispositivos -que como tácticas- abordarán la vejez asistida.

El cuidado de los ancianos *es un cuidado de largo plazo... de ahí que no sea una práctica social esporádica*¹¹. En principio, el cuidado de las personas que comienzan a envejecer es de *baja intensidad*, y puede que continúe en proporción mínima si la senectud no deviene en senilidad, sosteniendo así la independencia con su respectivo modo mínimo de intervención. Mas, de converger con la vejez procesos patológicos, conforme el grado de dependencia aumenta, se incrementa la intervención en la esfera personal del viejo.

Así, el tipo de dependencia en la vejez ante la que nos encontremos, determinará el *contenido pragmático del cuidado*¹², esto es el modo de intervención y los dispositivos para el cuidado. Así, se presentarán como mecanismos realizadores del *humanismo intervencionista*.

Como dispositivos de cuidados del *modo de intervención media*, identificamos a aquellos en los que, si bien el anciano recibe del cuidado de un tercero para la concreción de las actividades de la vida diaria, el *reparto del cuidado* se focaliza en aspectos puntuales -limitados espacial y/o temporalmente-, en los que las personas sostienen un nivel de

¹¹ ROBLES SILVA, Leticia, op. cit., pág. 154.

¹² VEGA SOLÍS, Claudia, op. cit., pág. 27.

independencia respecto de la intromisión tuitiva. Tal es el caso de los centros de día, la ayuda informal de familiares y/o no familiares, la asistencia de cuidadores en el domicilio -familiares o no familiares-. Más discutible es el caso de las viviendas compartidas.

Este modo de intervención, hará algo de mella en la experiencia del *derecho personalísimo a la intimidad*, toda vez que terceros entrarán en contacto con la esfera privada de los ancianos asistidos. Más, manteniéndose -en la mayoría de los casos-, el hogar particular (*sistema domestico*) como atmósfera preferente (*ayuda informal de familiares y/o no familiares, la asistencia de cuidadores en el domicilio -familiares o no familiares-*) la intimidad de la persona mayor será menos vulnerable a intromisiones indeseadas. Aún los ámbitos en los que la *casa particular* no es el eje del cuidado (*sistema extra doméstico*) -centros de día, viviendas compartidas-, el nivel de interferencia sobre la intimidad, no se impondrá como sí lo hace la organización aplastante de una institución total.

Los dispositivos de cuidados del *modo de intervención máxima*, son aquellos en los que el anciano recibe del cuidado constante de un tercero para la concreción de las actividades de la vida diaria. El *reparto del cuidado* se extiende a varios -sino a todos- los aspectos de la vida y son llevados a cabo generalmente en lugares físicos especiales, en los que resulta complicado para las personas ancianas sostener un nivel de independencia respecto de la intrusión tutora. En este tipo de dispositivos, se hallan comprendidas las residencias gerontológicas.

Creemos que los ancianos residentes de las instituciones para el cuidado de larga estadía experimentan detrimentos en el goce del derecho personalísimo a la intimidad -es decir-, sobre los dos despliegues del derecho a la intimidad, que hemos denominado:

- por un lado, *intimidad formal o informativa*: esta dimensión de la intimidad, es el derecho de cada persona a determinar en qué medida se puede comunicar a otros información sobre uno mismo. Es, en otras palabras, la autodeterminación informativa de la propia intimidad¹³.

¹³ “...La referencia al derecho a la intimidad informativa o incluso al derecho a la autodeterminación informativa como parte integrante del derecho a la intimidad ha

comenzado a ser frecuentemente utilizado. Vayan a continuación algunas citas: "El derecho a la intimidad, tradicionalmente definido como un derecho esencialmente negativo, ... se viene a perfilar con un contenido abiertamente positivo. No es, pues, sólo un derecho garantista frente a las invasiones indebidas o ilícitas en la esfera privada... La intimidad se manifiesta así como un derecho o facultad de autodeterminación informativa..." (Texto para la interposición de recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular). "El artículo 18.4 se refiere a una dimensión de la intimidad, aquella que tiene que ver con las informaciones sobre la vida de una persona que, de tal modo determinan el ámbito de lo que propiamente podríamos llamar su personalidad... esto que cabría denominar como intimidad informativa..." (Dictamen sobre aspectos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal realizado por Diego López Garrido).

"...en nuestra opinión forma parte del ejercicio del derecho a la intimidad de los ciudadanos la facultad que asiste a éstos de consentir o no la cesión de sus datos personales entre archivos y ficheros diversos a efectos de su tratamiento automatizado" (Texto para la interposición de recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo).

Asimismo el Tribunal Constitucional en su sentencia 254/ 1993, de 20 de julio del pasado año con motivo de un recurso de amparo relativo a una denegación del acceso a un particular a sus datos personales contenidos en los ficheros automatizados de la Administración del Estado, tuvo ocasión por vez primera de pronunciarse sobre este nuevo derecho "a la autodeterminación informativa" o derecho al control de los datos personales. "...nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es en sí mismo un derecho o libertad fundamental el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. lo que la Constitución llama 'la informática'" (fundamento jurídico sexto).

"La llamada 'libertad informática' es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)" (fundamento jurídico séptimo)." GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa, "El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales", Barcelona, Universidad del País Vasco, 1994, págs. 12 y ss.

- y por el otro, *intimidad material*¹⁴: Esta categoría incluye a su vez dos subespecies:
 - la *intimidad psicofísica*: la exposición y el cuidado del cuerpo primero, es decir que encuentra su punto de partida en la intimidad corporal, y llega al *constructo de los valores y creencias*¹⁵ del residente.
 - la *intimidad espacial*, que envuelve a las zonas propias y efectos personales del residente.

Asimismo, resulta de enorme interés práctico para la comprensión de las posibilidades del desarrollo del derecho personalísimo a la intimidad de los residentes, considerar algunos elementos condicionantes¹⁶. Por un lado:

¹⁴ CELIS QUINTAL, Marcos Alejandro, “La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos”, en “Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales” (coord. por CIENFUEGOS SALGADO, David y MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen), Madrid, 2006, pág. 74. en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2253/9.pdf 24-07-2014.

¹⁵ LÓPEZ ESPUELA, Fidel, “La intimidad de los pacientes percibida por los de Enfermería”, en “Nure Investigación”, N° 46, Mayo - Junio 10, pág. 2, en www.fuden.es/FICHEROS.../orig_intimidad_46842010103923.pdf, 24-07-2014.

¹⁶ BLANCA GUTIÉRREZ, Joaquín Jesús, MUÑOZ SEGURA, Rafael, CRABALLO NUÑEZ, Miguel Ángel, EXPÓSITO CASADO, María del Carmen, SÁEZ NARANJO, Rocío, FERNÁNDEZ DÍAZ, María Elena, “La intimidad en el Hospital. La experiencia de los pacientes, sus familias y las enfermeras”, en “Index de Enfermería”, v. 17, n.2, Granada, UG, 2008. Quien desee ampliar v. QUERO, Rufián A., “Los cuidados no profesionales en el hospital: la mujer cuidadora”, en “Enfermería Clínica”, vol. 13, Madrid, Doyma, 2003, págs. 348 y ss, <http://www.elsevier.es/es/revista/enfermeria-clinica-35/acerca-1#c0c549c74facb4a9636a805b57aa0a43> 24-07-2014; STRAUSS, A. y CORBIN, J., “Bases de la Investigación Cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la Teoría Fundamentada”, Medellín, Facultad de Enfermería de la Universidad de Antioquia, 2002; MORSE, Juan Manuel (ed.), “Asuntos críticos en los métodos de investigación cualitativa”, Medellín, Facultad de Enfermería de la Universidad de Antioquia., 2005; SAVAGE, J., “Nursing intimacy: an ethnographic approach to nurse patient interaction”, Londres, Scutari Press, 1995; DOWLING, M., “The sociology of intimacy in the nurse-patient relationship”, Londres, Nursing Standard, 2006; NIETO POYATO, R. M., “La intimidad de la diálisis vista desde un sillón de escay negro”, en “Arch Memoria” 2006, en www.index-f.com/memoria/3/n0601.php, 24-07-2014; QUERO,

- *los sujetos [repartidores y beneficiarios] en la vivencia de la intimidad*: el residente, la familia, los visitantes no familiares, los convivientes en el cuarto (compañero residente y su familia), los profesionales sanitarios y los extraños (personal de mantenimiento, personal sanitario auxiliar).
- *el objeto del ambiente íntimo [potencia e impotencia]*: esto es, las características favorecedoras -potencias- (*respeto, confianza, buen trato, privacidad, libertad de acción, apoyo, comodidad, protección, tranquilidad y confidencialidad*¹⁷) o las características desfavorecedoras -impotencias- (*desnudez, ruidos, molestias, ansiedad, desconocimiento, falta de control y miedo*¹⁸).

En relación a *los sujetos [repartidores y beneficiarios] en la vivencia de la intimidad*, será de suma importancia determinar cómo los mismos se introducen en el “*espacio propio institucional*”, o la forma en que se incorporan en ese espacio.

Así podemos construir las categorías de:

- *intimidad acordada*, cuando la forma de incorporación al espacio propio institucional por parte de terceros ha sido aceptadas de manera voluntaria por el residente -de carácter puntal o continuo-.

Rufián, A, BRIONES GÓMEZ, R, PRIETO GONZÁLEZ, M.A., PASCUAL MARTÍNEZ, N., NAVARRO LÓPEZ, A., GUERRERO RUIZ, C., “Los cuidadores familiares en el Hospital Universitario de Traumatología y Rehabilitación de Granada”, en “Index de Enfermería”, Granada, UG, 2005; CELMA, VICENTE, Matilde., “Cuidadoras informales y enfermeras. Relaciones dentro del hospital”, en “Revista de Enfermería ROL”, nro 26, 2003, págs. 190 y ss, [http://www.e-rol.es/articulospub/articulospub_paso3.php?articulospubrevista=26\(03\)&itemrevista=190-198](http://www.e-rol.es/articulospub/articulospub_paso3.php?articulospubrevista=26(03)&itemrevista=190-198) ; PORTILLO VEGA, M.C., WILSON-BARNETT, J., SARACÍBAR RÁZQUIN, M.I., “Estudio desde la percepción de pacientes y familiares del proceso de participación informal en el cuidado después de un ictus: metodología y primeros resultados”, en “Enfermería Clínica”, vol. 12, nro.3, Doyma, 2002, http://www.elsevier.es/revistas/ctl_servlet?f=7064&ip=193.144.178.47&articuloId=13033381&revistaId=35 ; FLORES, M.L.; CANO-CABALLERO, M.D.; CARACUEL, A.; CASTILLO, A; MEZCUA, A; OSORIO, M.V.; VEGAS, S., “La calidad de vida de los acompañantes de pacientes hospitalizados de media y larga estancia”, en “Index de Enfermería”, Año 11, nro. 38, 2002, http://www.index-f.com/ciberindex.php?l=3&url=/index-enfermeria/38revista/38_articulo_18-22.php .

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem.

- *intimidad meramente impuesta*, cuando se incluyen personas ajenas dentro del espacio privado, que persisten en él sin consentimiento del anciano residente.

Es imprescindible considerar los *límites* en relación a los sujetos y el objeto, estos son: los *factores extrínsecos e intrínsecos al residente que determinan la vivencia de la intimidad*, respectivamente.

Los *factores extrínsecos* a su vez dividirse en subcategorías:

- 1) *Barreras de separación físicas*: las mismas pueden ser barreras de separación físicas *débiles* (cortina, biombo, sábanas, cristalerías de un box, persianas) y barreras de separación físicas *fuertes* (puerta, las paredes de una habitación).
- 2) *Instrumentos de uso exclusivo de la habitación*: TV, diarios, libros, revistas, pequeños muebles, fotografías, elementos de culto, papeles privados, etc.
- 3) *Régimen de visitas*: el mismo puede ser *cerrado* (que incluye a familiares o personas determinadas), o *abierto* (que incluye las visitas de familiares, amigos, etc.).

Por su parte, los *factores intrínsecos al residente, que determinan la vivencia de la intimidad*, puede analizarse de acuerdo a tres variables:

- 1) *Grado de dependencia del residente*: el grado de dependencia del anciano residente, será la medida de la cantidad y la calidad de los cuidados directos necesarios. Esto dará como resultado que, serán muchos más los profesionales y auxiliares que permanezcan dentro del núcleo de la intimidad. *Un paciente dependiente va a tener que ser suplido en la mayoría de sus necesidades básicas y en esta circunstancia no va a ser tan determinante la configuración del espacio físico como que el profesional entre en el núcleo íntimo dentro de la situación de intimidad consentida*¹⁹.
- 2) *Grado de implicación de la familia*: la participación de la familia, beneficia la comunicación y la construcción de relaciones más estrechas con los profesionales y auxiliares de la atención, por lo que se favorecen las interacciones dentro de la intimidad consentida. Cuando la familia está implicada en los cuidados, el resi-

¹⁹ Ídem

dente logra un grado de independencia mayor que el experimentado por el residente que no cuenta con relaciones de familia.

- 3) *Experiencias previas de residencia en otras instituciones de albergue*: las experiencias previas que el anciano residente posee sobre otras instancias de institucionalización en residencias gerontológicas, impactan sobre las relaciones que se tenderán con los demás compañeros, los profesionales y auxiliares de la atención; influirán de igual forma en las *estrategias de supervivencia institucional*, que incluyen los espacios físicos. En el caso de la residencia gerontológica, algunos ancianos provienen de otros geriátricos y se reubican por motivos originados en problemas convivenciales o de conveniencia geográfica para ellos mismos y/o las familias. Más, para algunos otros, las experiencias *previas de residencia en otras instituciones de albergue*, se retrotraen a la infancia (hogar de huérfanos) y a la edad adulta (albergue de mendigos, la cárcel), las cuales formaron “*instituyentes*” capaces de sobrevivir a la estructura aplastante de la institución.

El modo de intervención máxima, afectará definitivamente la experiencia del *derecho personalísimo a la intimidad*, -creemos que negativamente- siempre que terceros, organizados formalmente como una institución especializada en el cuidado de la vejez, impondrá el contacto con la esfera privada de los ancianos asistidos. Ya no será el hogar particular (*sistema extra doméstico*), la piedra de toque de ese mundo privado, sino que todos los aspectos de la vida del anciano se desarrollará en una vivienda colectiva absorbente, que hará vulnerable al viejo a intrusiones no queridas en la esfera de su intimidad, justificadas por la complejidad del cuidado (*intimidad acordada*) -o no justificadas, en el peor de los escenarios (*intimidad meramente impuesta*)-. Las residencias gerontológicas serán dispositivos de este modo de intervención.

5. Quizá resulte esclarecedor recodar la *dimensión normativa* de las residencias gerontológicas para el cuidado de larga estadía privadas en la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe), para entrever su complejo estado de situación lógico, en el que se verifica la existencia de una *carencia normativa bifronte y paradójica*, a la vez por exceso y por defecto. Por un lado, la inexistencia a nivel nacional de una fuente formal

específica y abarcadora que de cuenta de los lineamientos mínimos en relación a la situación jurídica de la institución y de las personas que en ella residen. Por el otro, una proliferación de normas específicas de diverso nivel de producción, entre sí contradictorias e insuficientes -a nuestro criterio- para establecer criterios que permitan a su vez seguridad jurídica y grados de justicia aceptables para los actores involucrados.

Concretamente, las residencias gerontológicas privadas en Rosario, son alcanzadas formalmente por las siguientes *normas específicas*:

- Decreto Provincial 2719/77 y Decreto Provincial 2091/80 (B.S. 637), de 7 de Julio, que regula la *estructura, equipamiento y control de las Instituciones Geriátricas* de carácter privado.
- la Ordenanza municipal N° 3684/84, del 13 de septiembre, derogatoria del decreto-ordenanza 39.000/69 y demás reglamentaciones vinculadas al mismo (decreto 2043/74) que regula la habilitación de *geriátricos privados*²⁰.
- la Ordenanza municipal N° 4526/88, de 24 de noviembre, sobre *reglamentación y funcionamiento de Institutos Geriátricos privados*, modificatoria de la ordenanza 3684/84 en sus artículos 1 y 2.
- la Ordenanza municipal N° 6287/96, de 26 de noviembre, sobre *Residencias para Personas Mayores Públicas y Privadas*; y la Ordenanza N° 6294/96, de 28 de noviembre, *aclaratoria de la Ordenanza 6287/96*.
- la Ordenanza municipal N° 8875/11, del 3 de enero de 2012, sobre *regulación de los llamados Geriátricos para Adultos Mayores*.

La Ordenanza 8875/11, resulta muy importante, ya que consagra cuatro clases de residencias gerontológicas, que aplica para las del sector privado:

- 1) *Geriátricos para Adultos Mayores (GAM)*: todo establecimiento privado y público con o sin fin de lucro, destinados exclusivamente al

²⁰ El Decreto-Ordenanza de la Municipalidad de Rosario 39.000/69, del 4 de noviembre, se refería a la *habilitación y funcionamiento de "Guarderías de Ancianos"*; el Decreto-Ordenanza municipal N° 2043/74, del 3 de octubre, que reformaba los arts. 2 y 14 del decreto 39.000/69. La Resolución del 7 de marzo de 1977, de la Secretaría de Salud Pública de la Municipalidad de Rosario, que establecía mecanismos de inspección y control.

alojamiento de personas mayores, para su reposo, alimentación, higiene, recreación, atención médica y psicológica no sanatorial, junto con las prestaciones específicas abarcadas por la especialidad tales como enfermería, nutrición y servicios sociales. A los fines de esta Ordenanza se *considerarán adultos mayores a aquellos de edad no inferior a sesenta (60) años*, permitiendo la internación de hasta el 20 % de personas de menor edad a la estipulada, bajo exclusiva responsabilidad y prescripción médica.

- 2) *Geriátricos para Adultos Mayores, con trastornos de conducta o enfermedades psiquiátricas (GAM-TCEP)*: esto son los establecimientos que aloja Adultos Mayores que por trastornos de conducta o afecciones psíquicas tengan dificultades de integración social con otras personas, y no requieran internación en un efector de salud. Se consideran residentes que presentan trastornos mentales: a) aquellos secundarios a los diferentes cuadros demenciales; b) aquellos con déficit cognitivo-conductuales por patología congénita y lo adquirida no demencial; c) aquellos sujetos con patología psiquiátrica crónica, que por la naturaleza de su sintomatología requieran de un soporte psiquiátrico y socio-preventivo especializado. En todos los casos los cuadros deberán ser de evolución crónica no admitiéndose en esta instancia residentes con descompensaciones agudas de sus cuadros de base o con síntomas que pongan en riesgo su integridad o la de sus pares. Estos Geriátricos podrán alojar personas menores de 60 años hasta un 30% del total de los residentes.
- 3) *Hogares u Hostales para Adultos Mayores (HOLEPAM)*: son los establecimientos destinados a Adultos Mayores para su alojamiento, alimentación y actividades de prevención y recreación con un Médico responsable, en su mayoría con autonomía física, pudiendo alojar menores de 60 años hasta el 30% del total de los residentes, y ancianos dependientes hasta un 20% pudiendo incrementarse hasta un 10% más, según criterio de la Dirección General de Auditoría Médica que posean una capacidad no superior a 16 camas. Quedan comprendidos en esta categoría los denominados HOLEPAM alcanzados por la Resolución Provincial 814/07.

La presencia del *derecho a la intimidad*, a nivel nomológico en estos instrumentos es -cuanto mucho-, breve. La ordenanza 8875/11

resulta nos *altamente significativa*, ya que entre su articulado se hace referencia expresa cuando lo consagra como un derecho de los adultos mayores *alojados en todos los establecimientos regulados (Artículo 6.7.1.1.bis - Derechos de los Adultos Mayores...b) A la intimidad, no divulgación de datos personales y al ejercicio de una vida sexual acorde a su edad. A recibir información calificada con actividades de promoción de la salud sobre la importancia de vivir una sexualidad con "hábitos saludables", cuidada y responsable en abuelos sexualmente activos;... g) A mantener sus vínculos afectivos familiares y sociales en forma permanente sin restricciones;...El ejercicio concreto de estos derechos y garantías podrán ser exigidos, por el alojado y sus familiares, allegados u otros con interés directo en la persona alojada)*

Las residencias gerontológicas privadas en Rosario, como hemos expresado más arriba, son un elemento del dispositivo de cuidado del modo de máxima intervención en la vejez. Así, en cuanto a los *sujetos*, hallamos *repartidores* y *recipiendarios* de este tipo de cuidado específico:

- la *persona mayor residente* (en la mayoría de los casos mayores de 60 años, aunque sorprende cada vez con menos intensidad encontrar personas más jóvenes con alguna discapacidad): su rol como *repartidor* en la institución, se ha observado un papel difuso y mínimo. Quizá debido a que el viejo, generalmente visto como el sujeto pasivo (*recipiendario*) de los cuidados de la residencia gerontológica (rol otorgado y asumido), no se constataron conductas instituyentes. Específicamente, en relación a la vivencia del derecho a la intimidad, se producen usualmente situaciones de *intimidad acordada*, en tanto el residente permite la intromisión en ocasión del cuidado. Pero también, son frecuentes situaciones de *intimidad meramente impuesta*, siempre que la intromisión se hace sin el consentimiento del anciano -cuando le es posible brindarlo-.
- la *familia* (o responsable no familiares) del residente: su papel como *repartidor*, se visualiza con mayor claridad en el comienzo de la relación con la residencia gerontológica privada, en tanto constatamos que en un número elevado de personas mayores entrevistadas, la contratación de los servicios se produjo entre el familiar/responsable y la institución, con una participación limitada

de la voluntad del anciano -que, en el mejor de los casos, fue dada por *adhesión*-. La familia también cumple un papel repartidor en relación al contacto con el residente [*Régimen de visita*]: esto es, mediando entre el viejo y el *afuera*; y entre el viejo y el personal y directivos de la institución entorpeciendo o facilitando estas vías de socialización. Son *recipiendarios* de los servicios de la residencia gerontológica, tanto como el anciano, en tanto la asistencia dispensada al viejo repercute en la dinámica de sus vidas *beneficiándolos* (mediante la ayuda de los cuidados formales) y *gravándolos* (económicamente²¹, y en muchos casos, emocionalmente)

- la *residencia gerontológica privada*: su papel primordial como *supremo repartidor* del cuidado, a través de la organización e imposición de los *supremos criterios de reparto* que ejecutan los diversos actores mediante los cuales posibilita la atención: profesionales y no profesionales; y auxiliares del cuidado. Se constataron la preeminencia de *repartos autoritarios* (vgr. imposición de horarios -comidas, tareas de esparcimiento, reposo-, de menú, de organización habitacional), por sobre los repartos *autónomos* (vgr. elección de las actividades sociosubjetivas del ocio, formación de grupos de afinidad). La empresa gerontológica también es de cierto modo *recipiendariabeneficiada* (vgr. posibilidad de ejercer una actividad lucrativa) y *gravada* (vgr. riesgo empresario, controles del Estado, control de obras sociales, para la que es prestadora) del reparto del cuidado que ofrece.
- El *Estado* a través de los gobiernos cumple su rol repartidor, en tanto *contralor* de las residencias gerontológicas. Mucho hay que decir de las falencias de los mecanismos de control en su dimensión fáctica: ejemplo de ello es el requerimiento de las formalidades de participación de profesionales especializados para mejorar la calidad de vida de los residentes (psicólogo, psiquiatra, terapeuta ocupacional, trabajador social, etc.), y que en los hechos se traduce en el reporte de una carpeta de actividades que sólo existen a nivel discursivo, como biografías fantásticas de prácticas

²¹ Recordamos que, según la Ordenanza Municipal de Rosario 8875/11, las internaciones geriátricas a 2011, oscilaban entre \$3.000 y \$14.000.

que rara vez se ponen en marcha. Un gran número de instituciones de este tipo cuenta con una *“habilitación provisoria”* para funcionar; *provisoriedad* con vocación de permanencia, ya que son comunes las prórrogas otorgadas por la administración para cumplimentar los requisitos en miras de obtener la habilitación definitiva.

En relación al *objeto del reparto del cuidado [potencia e impotencia]*, se prima el *favorecimiento* de las condiciones para satisfacer *necesidades vitales-biológicas* de la protección de la vida y el tratamiento de la salud psicofísica *urgente* del residente. Aunque formalmente, se considera la promoción de la salud mental, en el plano fáctico la realización de las actividades sociosubjetivas del ocio -y demás acciones preventivas y favorecedoras del desarrollo de la *participación-*, se vislumbran tímidamente.

En cuanto al *objeto del ambiente íntimo*, a través de los datos recolectados se han manifestado alternativamente características favorecedoras: *buen trato en general del personal de atención y de los profesionales, comodidad en relación a ser relevados de las obligaciones de mantener una casa, protección en relación a la salud, tranquilidad*. En cuanto a las características desfavorecedoras: *situaciones de desnudez a la hora del aseo; ruidos y molestias derivadas de compartir la habitación, ansiedad por el desprendimiento de la red social del “afuera”; falta de control sobre la organización de la vida diaria, tristeza*.

Como hemos dicho, pensamos a la *dimensión axiológica* de la residencia gerontológica privada, sobre el andamiaje que nos proporciona la actual teoría trialista, siempre que *el complejo axiológico del mundo jurídico se constituye con la justicia y el resto de los valores con los que ésta tiene que vincularse en el Derecho*²².

Pero ¿qué valores se hallan en juego en la residencia gerontológica privada? Creemos que primordialmente los valores *libertad y utilidad*, en un tenso diálogo planteado por el *fin de lucro* de la empresa geriátrica y el difícil desarrollo del *plan vital* de los residentes, en un ambiente institucional total de control. El valor *salud* toma un papel

²² CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica...” cit., pág. 82.

definitivo, aunque de la observación se concluye que las dispares formas de construirlo ocasionan tensiones entre el cumplimiento de los fines de la residencia y el cumplimiento de los deseos particulares de los ancianos.

Siempre resultan *preferibles* los repartos autónomos a los autoritarios (porque esto asegura un mayor espacio de libertad) mas, como hemos afirmado, existe una prevalencia de los segundos sobre los primeros en las residencias gerontológicas privadas.

En relación a la asistencia medica que proporcionan estas instituciones, parece justo que el profesional de la salud (repartidor) por su superioridad técnica, adjudique basándose en ésta. En tanto que sobre la dirección de la residencia, si bien es justo que repartan la organización del cuidado aquellas personas que los propios interesados (anciano, familiares o responsables) eligieron para que lo hagan por ellos (dueño, encargado), en muchos casos -para el residente- esta designación inicial lo coloca dentro de un *pacto hobbesiano*, al que no pueden darle fin sin sufrir graves consecuencias emocionales, psicofísicas y económicas. La *carencia* de una fuente formal que pauten en forma suficiente los derechos y deberes de los actores sociales del *contrato de servicios de residencia gerontológica* alienta estas maniobras.

Es preferible que los ancianos residentes, beneficiarios de las conductas de cuidado organizadas por la residencia, reciban de acuerdo a sus requerimientos -esto es-, con *acepción de personas*. Resulta frecuente, observar situaciones en las que los repartos del cuidado de la residencia, adjudican un *igualitarismo aplastante* -creemos, alimentada en la naturaleza misma de la institución total-.

La *forma* más justa del reparto del cuidado en una residencia gerontológica, en este caso privada, es la que contempla una mayor negociación en los repartos autónomos en los que los residentes tienen mayor protagonismo; y la que contempla la audiencia en los repartos autoritarios (derecho del anciano a participar de las decisiones vitales de la convivencia, de salud, etc.). De la observación se infiere un bajo nivel de audiencia de los residentes, aun de las cuestiones más elementales como el menú, los horarios de visita y de comidas -por nombrar algunas-.

La *intimidad* halla sus anclas mas profundas en la libertad de cada hombre, y el diálogo de la *libertad* con la *utilidad* (y sus valores co-

adyuvantes: *orden, previsibilidad, seguridad*) en la residencia gerontológica privada, es tenso. A esto se le suma, una tendencia alarmante de la arrogación de la utilidad por sobre la libertad. En ese contexto axiológico, creemos, se producen graves situaciones de injusticia sobre la esfera privada de los residentes, toda vez que en pos del funcionamiento de la institución, se prime lo instrumental por sobre lo humano.

6. Conviene también considerar la situación jurídica compleja de las residencias gerontológicas públicas rosarinas. Para el caso, la situación formal es la misma que en las residencias privadas y vale para lo que hemos afirmado previamente: el enmarañado complejo de normas de las residencias para ancianos, en el que existen lagunas por exceso y por defecto. Es creciente la necesidad de una fuente formal nacional específica y abarcadora que contenga los lineamientos básicos de la situación jurídica de la institución gerontológica pública y de sus beneficiarios. En la provincia de Santa Fe, existen algunas normas específicas de diverso nivel de producción, escuetas e insuficientes, que dejan -por su ambigüedad y silencios- al arbitrio del poder político de turno la implementación de políticas “parche” para la atención de la vejez en situación de vulnerabilidad económica, social y psicofísica.

Las residencias gerontológicas públicas rosarinas se hallan reguladas a nivel provincial y municipal, formalmente por las siguientes *normas específicas*:

- Reglamento Básico de Hospitales Generales – Decreto 2542/72)
- Ley Provincial 10.772/92 y Decreto 1534/97: sobre *Hogares Oficiales para Adultos Mayores* estas instituciones son residencias no hospitalarias dependientes de la Secretaría de Estado de Promoción Comunitaria y de la Dirección Provincial de la Tercera Edad de la Provincia de Santa Fe.

Veamos esquemáticamente²³, el grado de presencia de los derechos de los residentes en las normas específicas enunciadas *ut supra*:

²³ AA.VV., “Derecho de la Ancianidad. Perspectiva Interdisciplinaria”, DABOVE, María Isolina, PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (Coord.), Rosario, Juris, 2006. págs. 199 y ss.

*Reglamento Básico de Hospitales Generales (Decreto 02542/72)**A) En el momento del ingreso**Obligaciones:*

- Respetar las condiciones de ingreso establecidas por el reglamento del hospital (elaboración de historias clínicas, horarios de atención, etc.)

Derechos:

- Recibir atención médica adecuada, en particular si se trata de ancianos carenciados (art. 1 y ss.)
- No se establece la necesidad de consentimiento informado del anciano, respecto de su ingreso.
- Referencia expresa sobre el consentimiento del paciente necesario para realizar la autopsia en caso de su fallecimiento (art. 14)

*B) Durante la estadía**Obligaciones:*

- No se establecen obligaciones específicas

Derechos:

- Derecho de visita, con horarios fijados por la institución (art. 12)
- Derecho a recibir asistencia religiosa acorde con sus creencias religiosas (art. 13)

*C) Al momento del egreso**Obligaciones:*

- No se hacen referencias.

Derechos:

- No se hacen referencias.

*Hogares Oficiales para Adultos Mayores (Decreto 1534/97)**A) En el momento del Ingreso**Obligaciones:*

- Como requisitos para el ingreso a un Hogar se deberá acreditar (art. 6):
 - la necesidad de internación según art. 5;
 - no percibir ingresos económicos o percibir ingresos mínimos;

- tener 60 años como mínimo, salvo: por padecer vejez prematura o situaciones de violencia familiar;
- no sufrir enfermedades infecto-contagiosas ni alteraciones mentales (art. 12 y 13);
- no estar disminuido o inhabilitado para valerse de sí mismo; -no poseer antecedentes de mala conducta;
- depositar toda suma de dinero del anciano en una cuenta personal a la orden conjunta con el director del hogar.
- Documentación requerida, bajo pena de considerarse internación transitoria:
 - documento de identidad;
 - certificado de vecindad;
 - resumen de historia clínica firmada por profesional en la materia;
 - estudio socio-económico (art. 7)

Derechos:

- Nombrar un representante, de entre sus familiares, amigos o allegados, mediante su conformidad (art. 4.5)
- Tratándose de personas interdictas o declaradas insanas, la función del representante será ejercida por el tutor o curador (art. 4.5)

B) Durante la estadía

Obligaciones:

- Aceptar las disposiciones del reglamento interno sobre su comportamiento dentro y fuera del hogar (art. 11.1)
- Respetar normas de higiene y salubridad (arts. 11.2 y 3)
- Cumplir los horarios y actividades que se realicen diariamente (art. 11.4)
- Mantener relaciones cordiales y amistosas y de colaboración, con sus compañeros y con el personal (art. 11.5; 7 y 8)
- Observar la disciplina dentro y fuera del hogar, el orden y la prolijidad en los dormitorios (art. 11.6 y 9)
- Realizar una contribución voluntaria del 50% de la jubilación o pensión bajo recibo, en concepto de ayuda mutua y solidaria a la Asociación Cooperadora del instituto (art. 4.2). En caso de que el adulto mayor no sea apto para el manejo del dinero, y mediando consentimiento expreso y escrito de su representante, la contribución

podrá llegar al 100% de los ingresos del residente, a criterio del Director del Hogar, haciéndose cargo el Hogar de todos los gastos eventuales del adulto mayor (art. 4.2).

Derechos:

- Recibir los servicios en las condiciones previstas: albergue higiénico y confortable; alimentación sana y equilibrada; aseo y descanso adecuado; asistencia multidisciplinaria; atención médica y social (cap. I - Finalidades)
- Derecho a examen clínico completo, cuyos resultados constarán en un legajo personal (art. 12)
- Derecho a recibir medicamentos, provistos por la obra social de la cual forme parte el anciano, o bien, por el Hogar (art. 12.8)
- Derecho a participar y colaborar con todas las actividades programadas por el Hogar en su beneficio (art. 14)
- Derecho a participar de las ganancias obtenidas por la venta de trabajos realizados por los residentes en el Hogar, junto con la Cooperadora (art. 14.7)

C) *Al momento del egreso*

Obligaciones:

- Cubrir los gastos del servicio fúnebre correspondiente, en caso de poseer fondos (art. 15).

Derechos:

- No se hacen referencias.

(Ordenanza 6287/1996 modificada por Ordenanza 8875/11): nuevamente, en referencia a la presencia del *derecho a la intimidad*, a nivel nomológico en estos instrumentos, se aplica a nivel municipal Ordenanza 8875/11, su *artículo 6.7.1.1.bis - Derechos de los Adultos Mayores alojados en todos los establecimientos citados en el artículo anterior*.

Así, nuestro marco teórico *devela los elementos* de la institución como parte del dispositivo de cuidado del modo de máxima intervención sobre la vejez: esta vez a cargo del Estado.

Los *sujetos* del cuidado específico son:

- la *persona mayor residente* (en la mayoría de los casos mayores de 60 años, y en ocasiones personas mas jóvenes con alguna discapacidad y/o con una situación socioeconómica acuciante). Hemos relevado la presencia de personas de entre 45 y 60 años residentes, quienes accedieron al beneficio de internación derivados por orden judicial, como “*caso social*”. Sea como fuere, en cuanto al rol *repartidor del anciano* en la institución, mas marcadamente que en las residencias gerontológicas privadas, es mínimo. Considerado historiadamente como el sujeto pasivo (*recipiendario*) de los cuidados de la residencia gerontológica, las conductas instituyentes son esporádicas y generalmente provienen de personas con *experiencias anteriores de internación*. Tal vez, el hecho de que el Estado organice estas instituciones, cercanas a una estructura burocrática de oficina, profundice la sensación de invisibilidad de los supremos repartidores (como un mecanismo poderoso, más allá del cuadro administrativo que opera el Director).

En lo que refiere a la vivencia del *derecho a la intimidad*, se han observado situaciones de *intimidad acordada*, en menor número que en las residencias gerontológicas privadas. Las situaciones de *intimidad meramente impuesta* -cuando la intromisión se hace sin el consentimiento del anciano- son frecuentes. Las relaciones con el personal (enfermería, mantenimiento, profesionales) parecen mas formales –en relación a las residencias privadas-, y por tanto, el *móvil institucional del cuidado vigilante* toma una posición avasallante sobre la privacidad. Inclusive, unida al ritmo de las pujanzas de los mismos grupos de atención, que trasladan la fuerza centrípeta de sus agendas políticas y sindicales al terreno institucional.

- la *familia* (o responsable no familiar) del residente: resulta frecuente encontrar en las residencias gerontológicas públicas un número elevado de ancianos sin familia, o con relaciones familiares conflictivas o *lábil*es. En el rol *repartidor*, los familiares o allegados toman preponderancia en la presentación del *pedido de internación*, nuevamente con una participación limitada de la voluntad del anciano. Tal, como en las residencias gerontológicas privadas, la familia

también juega un importante un papel repartidor como puente de contacto con el residente [*Régimen de visita*]: mediando entre el viejo y el *afuera*; y entre el viejo y el personal y el cuadro administrativo. Se devela un papel clave como *recipiendario* del beneficio de la residencia gerontológica pública -como lo es el mismo anciano-, en tanto los cuidados que se brindarán, serán sin una contraprestación dineraria directa, lo que incide en su dinámica vital *beneficiándolos* (los cuidados formales, alivio económico) y *gravándolos* (en la mayoría de los casos, emocionalmente)

- la *residencia gerontológica publica*: será el *Estado*, en su papel fundamental como *supremo repartidor* del cuidado, por medio de la organización e imposición de los *supremos criterios de reparto* quien pondrá en marcha los actores institucionales mediante los que es posible la atención: profesionales y no profesionales; y auxiliares del cuidado. Por ser una institución total -tal y como sucede en las residencias gerontológicas privadas- se observaron la ventaja de *repartos autoritarios* (vgr. imposición de horarios -comidas, tareas de esparcimiento, reposo-, de menú, de organización habitacional), por sobre los repartos *autónomos* (vgr. elección de las actividades socio-subjetivas del ocio, formación de grupos de afinidad).

El *objeto del reparto del cuidado* primordial, es la satisfacción de las *necesidades vitales-biológicas* de la protección de la vida y el tratamiento de la salud psicofísica del residente. Se considera la promoción de la salud mental, en el plano fáctico mediante la realización de las actividades sociosubjetivas del ocio fomentando la *participación*, aunque las actividades son estructuradas y de *adhesión*.

En cuento al *objeto del ambiente íntimo*, se han constatado una clara preeminencia de *características desfavorecedoras*: *situaciones de desnudez a la hora del aseo; ruidos y molestias derivadas de compartir la habitación, ansiedad por el desprendimiento de la red social del "afuera"; falta de control sobre la organización de la vida diaria, tristeza, situaciones de miedo a personas determinadas (otros residentes y personal)*.

La *dimensión axiológica* de la residencia gerontológica pública, encuentra similares dilemas valorativos que la residencia gerontológica

privada. Los valores se hallan en juego son fundamentalmente la *justicia*, y sus complejas relaciones con la *salud*, la *libertad*, la *verdad* y la *utilidad*: con la *salud*, siempre que existen progresivas demandas de asistencia sanitaria de la población envejecida, y situaciones problemáticas en relación a los modos de distribución de los recursos de salud asignados a la vejez, como subgrupo frente al resto de la población; con la *libertad*, en tanto unicidad y las posibilidades de brindar al viejo un espacio en el que desarrollar su proyecto vital; con la *verdad*, cuando la realidad de la mecánica de los cuidados brindados por una institución total conllevan determinadas consecuencias en el desarrollo de la vida del anciano. Muchas veces, la institución -con la complicidad o no, de la familia y la sociedad- prefiere esconder esta característica, en el intento de justificar su naturaleza y suavizar el paso del hogar particular a una vivienda colectiva con andamiaje administrativo-; con al *utilidad*, en tanto necesidad de espacios exclusivamente destinados a la vejez, dada la imposibilidad del cuidado en el ámbito doméstico -de existir- de la persona mayor.

Como afirmáramos más arriba, resultan *preferibles* los repartos autónomos a los autoritarios, pero existe una prevalencia de éstos por sobre los primeros en las residencias gerontológicas públicas, quizá con mas fuerza que en las privadas.

La superioridad técnica del cuidado proporcionado por el cuerpo de profesionales, justifica algunos de los repartos autoritarios basados en la aristocracia del saber. En tanto que el reparto autoritario de otros actores institucionales encargados del cuidado, que no los ejercen en base a este título de legitimación, son *meras imposiciones* sobre los residentes. La *carencia* de un catálogo suficiente de derechos de los residentes, creemos, incita estas conductas dejando lagunas peligrosas en relación al *respeto de los derechos personalísimos de los ancianos*.

Hemos dicho que la *forma* más justa del reparto del cuidado en una residencia gerontológica, es la que contempla una mayor negociación en los repartos autónomos, en los que los residentes tienen mayor protagonismo; y la que contempla la audiencia en los repartos autoritarios. En las residencias gerontológicas públicas, de nuestra intervención se concluye un bajo nivel de audiencia de los residentes, tal como sucede en las del ámbito privado.

Reiteramos que la *libertad*, es el presupuesto de la *intimidad*, y resultando las relaciones valorativas entre la *libertad* con la *utilidad* en el marco de la residencia gerontológica pública de especial tirantez, encontramos peligrosos escenarios de injusticia en relación a la esfera privada de los residentes, toda vez que la propensión del poder de arrogación de la utilidad se impone por sobre la libertad, y finalmente, sobre la justicia.

7. El Mundo Posmoderno es testigo de un fenómeno sin precedentes. En ninguna Era de la Historia de la Humanidad, han convivido al mismo tiempo tantas generaciones juntas, ni se ha registrado el tipo de longevidad alcanzada por semejante número de seres humanos. Por esto nos preguntamos: ¿qué respuesta brinda el Derecho a las personas mayores frente a la expectativa de una vejez institucionalizada? Sobre la elaboración de *respuestas jurídicas humanistas eficaces* para el cuidado de las personas mayores pende una gran expectativa: ni más ni menos que el reconocimiento de los derechos de la vejez, como *etapa especialísima del proyecto vital, fecunda, activa e integrada*.

PROYECCIONES DE LA CREATIVIDAD Y EL ACTO ARTÍSTICO EN EL MUNDO JURÍDICO. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO DEL ARTE

EZEQUIEL VALICENTI *

Resumen: El trabajo trata la autoría y la creatividad artística en relación con sus consecuencias jurídicas, en particular, a partir de la noción de acto artístico creativo. Siguiendo la metodología y categorías propuestas por el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, el estudio se aborda desde la integración de tres dimensiones. De esta manera, se desarrollan la dimensión sociológica -que comprende el acto artístico, sus elementos, su ordenación y sus límites-, la dimensión normológica -que analiza la captación del acto artístico en normas jurídicas-, y por último, la dimensión axiológica -en la cual se razona la justicia en vinculación con la belleza, por un lado, con relación a las forma y clases de justicia, y por otra parte, respecto a la justicia desarrollada por el acto artístico-. De este modo, se intenta realizar un mínimo aporte para continuar construyendo el Derecho del Arte.

Palabras claves: Mundo jurídico y mundo artístico. Derecho del Arte. Creatividad artística. Acto artístico creativo.

Abstract: The paper discusses the authorship and artistic creativity in relation to juridical consequences, especially from the concept of creative artistic act. Following the methodology and categories proposed by the tridimensional integrative construction of the trialist theory of the juridical world, the research is approached from the integration of three dimensions. Thereby, we develop the sociological dimension -which includes the artistic act, its elements, its order and its limits-, the normológica dimension -which analyzes the artistic act logically conceived by norms-, and finally, the axiological dimension -in which we develop the justice in connection to the beauty, on the one hand, in relation

* Becario doctoral del CONICET. UBA.
Correo electrónico: ezequielvalicenti@gmail.com .

to the justice shape and classes of justice, and on the other hand, in relation to the justice developed by the artistic act. By this way, we try to make a little contribution to continue building the art law.

Key words: Juridical world and artistic world. Art law. Artistic creativity. Creative artistic act.

I. El mundo jurídico, el mundo artístico y el Derecho del Arte. La creatividad artística.

Partimos admitiendo que así como no puede decirse *qué* es aquello a lo que llamamos Derecho, tampoco pueden pregonarse conclusiones definitivas sobre lo que el Arte *es*. En cambio, el integrativismo tridimensionalista de la Teoría Trialista del mundo jurídico, propone *construir* el objeto de estudio del Derecho desde la *complejidad* integrando los despliegues de *realidad social –dimensión sociológica–*, las *normas –dimensión normológica–*, y los *valores –dimensión dikelógica–*¹. De esta manera se construye un *mundo jurídicotrialista*, no ya como una mera yuxtaposición de dimensiones, sino como una *científicaintegración*².

¹ Seguimos las enseñanzas de Werner GOLDSCHMIDT y Miguel Ángel CIURO CALDANI expresadas, en lo general, en GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 6ª ed., 4ª reimp., Bs.As., De Palma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La conjetura del funcionamiento de la normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000 (versión online en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>, en lo sucesivo las referencias se efectuarán sobre la versión online de "Metodología Jurídica"). Existen además innumerables desarrollos y aportes particulares a la Teoría Trialista del mundo jurídico (Conf. por ej., "Libros de Integrativismo Trialista", en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/issue/current>; "Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas", <http://www.cartapacio.edu.ar/>). Todos los links citados en este trabajo fueron visitados por última vez el 16-07-2014.

² Sobre la "*captación científica del fenómeno jurídico que da lugar a la elaboración del mundo jurídico*" ver GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 17 y ss.

Siguiendo esta metodología, tal vez pueda construirse un *mundo artístico* a partir de la *integración* del fenómeno artístico también en tres dimensiones o despliegues: el de la realidad –*dimensión sociológica o fáctica*–, el de la lógica –*dimensión lógica*– y el de los valores –*dimensión axiológica*–³.

Ahora bien, el *mundo artístico* se relaciona con el *mundo jurídico*, relación que debe ser asumida por la ciencia jurídica. De allí que se propone la emersión de una *nueva rama jurídica*, construida como un corte *transversal* que atraviesa las ramas tradicionales, respondiendo a nuevas *exigencias de justicia* y aportando un novedoso enfoque a la vinculación del *Arte en y con el Derecho*⁴.

En esta oportunidad nos proponemos analizar la autoría –y su *creatividad*– en el *mundo del arte* –es decir, la autoría y creatividad artística, en sentido amplio–, y sus *consecuencias jurídicas*, las que se comprenden de manera más plena en el Derecho del Arte, evitando así la mutilación del fenómeno que provocan las consolidadas ramas tradicionales. Desde el ángulo inverso, la creatividad también puede ser estudiada con relación al *mundo jurídico* (*creatividad jurídica*)⁵.

II. Dimensión sociológica

1. Las adjudicaciones: el acto artístico creativo

La Teoría Trialista señala la presencia de *adjudicaciones* de

³ Esta construcción ha sido planteada y desarrollada en su generalidad en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte”, en “Jurisprudencia Argentina”, 2009-II, fascículo nº7, pág. 3.

⁴ Cabe distinguir, el “Derecho del Arte”, en tanto rama jurídica, del “*derecho al arte*”, en tanto derecho de “acceder” a los beneficios del arte (incluido no obstante, en el *Derecho del Arte*). Conf. CIUROCALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte” op. cit.

⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Originalidad y ‘mundo jurídico’” en “Investigación y Docencia”, N° 39, Rosario, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, 2006, pág. 70 y ss. Una es la creatividad del artista; otra es la creatividad del jurista, del juez y del abogado.

potencias o impotencias, es decir, *distribuciones* –originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar– y *repartos* –provenientes de la conducta del hombre–, que *favorecen o perjudican al ser y la vida*⁶.

Considerando que, a semejanza del *mundo jurídico*, el *mundo artístico* también puede ser construido tridimensionalmente, se ha distinguido entre “*hechos artísticos*” –correspondientes a las *distribuciones* que no involucran conductas humanas– y “*actos artísticos*” –aquellos que constituyen *repartos* conducidos por el hombre–⁷.

En relación a la *autoría* en el *mundo artístico*, podemos pensar que el acto artístico es el que realiza plenamente la voluntad “conductora” del sujeto creador. Cabe incluso concebir al *acto artístico creativo* como el acto *paradigmático* del arte, pues –aún cuando puedan existir también adjudicaciones *artísticas* provenientes de hechos de la naturaleza o de las influencias humanas difusas– lo cierto es que el arte se desenvuelve sobre la producción del hombre⁸.

⁶ En la formulación de Werner Goldschmidt, la *dimensión sociológica* se infería con referencia a todas aquellas distribuciones susceptibles de ser *valoradas* con el valor *justicia* (Goldschmidt, op. cit., pág. 43; PEZZETA, Silvina, “Sobre la dimensión sociológica de la teoría Trialista de Goldschmidt” en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “Dos Filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Rosario, FII, 2007, p.75.). En los desarrollos posteriores elaborados por CIURO CALDANI, se considera que las adjudicaciones que componen la dimensión sociológica “*por estar vinculadas a seres humanos son adjudicaciones ‘jurídicas’*” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Metodología Jurídica” cit., pág. 9).

⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte” op. cit.

⁸ Existen además *actos artísticos* –aunque tal vez no *creativos*, como veremos– provenientes de otros sujetos, como los productores, los críticos de arte, los directores de museos, los curadores, los mecenas, etc. En relación a la capacidad *creadora* de las influencias humanas difusas, puede analizarse la injerencia de la “*tradición*” sobre la obra (Conf. por ejemplo, BORGES, Jorge Luis, “El escritor argentino y la tradición” en “Obras Completas”, 3ra ed., Bs. As., Emecé, 2008, tomo I, pág. 316.).

Desde otra perspectiva, se habla de la “cultura popular tradicional”, cercana al concepto de “folclore” (Ver, por ej., PÉREZ PEÑA, Oscar Alberto, “Propiedad intelectual y Patrimonio cultural: protección jurídica a la cultura popular tradicional, con especial referencia a Cuba” en “Revista Propiedad Intelectual”, Año X, N° 14,

En el inicio, el acto de creación –el *acto artístico*– no debe ser confundido con el producto o resultado de tales conductas –la *obra de arte*–. En este punto, la identificación de la *obra* con el *acto artístico creativo* no ha sido asunto pacífico en la historia y, por el contrario, presenta una interesante zona de tensiones.

Quizás podamos decir que en los tiempos de Grecia, existía un enaltecimiento del objeto (obra de arte) sobre el sujeto (artista). Conocemos hoy pocos nombres de creadores griegos, sin perjuicio de lo cual a menudo el “arte griego” resulta el paradigma de la más alta *belleza*, entendida con proximidad a la *armonía* de las formas⁹. En términos generales, recién con el *Renacimiento* italiano el sujeto creador, el *artista*, encontró su protagonismo. Es a partir de allí que incluso este sujeto *repartidor* recibe su propia denominación de *artista*, atendiendo a sus especiales capacidades de producción (*creación*) de bienes (*obras de arte*). La noción de artista se independiza entonces de la de artesano¹⁰.

Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes, 2011, pág. 216).

El “*acto jurídico*”, el “*acto administrativo*” o el “*acto de comercio*”, suelen ser también repartos *paradigmáticos* de cada una de las ramas jurídicas que constituyen.

⁹ Los artistas griegos eran considerados *meros* artesanos. GOMBRICH, Ernst, “La historia del Arte”, 16ta. ed., Barcelona, Phaidon, 1997, pág.99; HAUSER, Arnold, “Historia social de la literatura y el arte”, Barcelona, DeBolsillo, 2009, Tomo I, pág. 82. El arquitecto Ictino y el escultor Fidias –autores de “*El Partenón*”–, o los también escultores Mirón –creador de “*El discóbolo*” – y Praxíteles, son los pocos “artistas” griegos que hoy podemos conocer.

¹⁰ De alguna manera, el artista es productor de *belleza* (sus obras son para provocar *placer artístico*); el artesano es productor de *utilidad* (sus obras son para un uso práctico determinado). Existen, no obstante, cruces entre *belleza* y *utilidad*. En tal sentido la “Escuela de la Bauhaus” (escuela de arquitectura fundada en Alemania por Walter Gropius en 1926), une en gran medida los sentidos de *utilidad* y de *belleza*, partiendo quizás de la utilidad. La “*rocalla*” o “*estilo Luis XV*”, desarrollado en Francia durante el período *Rococó*, puede pensarse con igual pretensión, aunque con un punto de partida más cercano a la belleza.

En cuanto al sentido jurídico de esta tensión, es posible pensar por ejemplo en la normativa que impone a los propietarios de edificios que se construyan o refaccionen con sostenimiento del Estado a “*destinar partidas por un monto no inferior al dos (2) por ciento del gasto total previsto en el proyecto al embellecimiento de los mismo mediante obras de arte*” (art. 1, ley 1246 del año 2003 de la Ciudad Autónoma de Bs. As.)

Este proceso de “reconocimiento” (emersión) del sujeto creador llegó quizás a su punto cúspide con las ideas del *romanticismo* del siglo XIX, y su desarrollo en el “impresionismo”. Esto permitió incluso elevar al autor sobre la obra, mediante el concepto de “*genio*” creador, como sujeto provisto de un *talento* especial –no limitado únicamente al dominio de una técnica artística–¹¹. Creemos importante tener en cuenta lo dicho, pues son las ideas que yacen subterráneas en las construcciones jurídicas que rigen el llamado *Derecho de autor*.

Por último, cabe pensar que la posmodernidad provocó el desborde de esta tensión en favor del autor y en desmedro de la obra, mediante la consagración de la “personalidad” (*personality*) que, con prácticas cercanas al *marketig*, logran que en gran medida “el artista sea la obra”¹².

2. Los elementos del acto artístico creativo.

Siguiendo el análisis de la Teoría Trialista, analizaremos ahora los diferentes elementos del *reparto* que hemos denominado *acto artístico creativo*, descomponiéndolo en sus *sujetos* (autor-repartidor; espectador-recipiente), su *objeto*, su *forma* y sus *razones*.

2.1. Los sujetos: el artista autor y los repartidores creadores

El artista/autor es entonces un repartidor –conductor– con especia-

¹¹ El concepto de *genio* fue tratado por Kant: “para el enjuiciamiento de objetos bellos en cuanto tales se precisa del gusto, pero para las bellas artes, esto es, para el engendramiento de objetos tales, se precisa del genio” (citado en LIESSMANN, Konrad Paul, “Filosofía del Arte Moderno”, Barcelona, Herder, 2006, pág. 31).

¹² Uno de los primeros en conjugar este perfil fue Salvador Dalí y, en nuestro medio, Marta Minujín. Hoy el gran paradigma de este modelo lo encarna el artista inglés Damien Hirst.

La relación entre “autor” y “obra” ha sido revisada en tiempos recientes aludiendo a la llamada “*desaparición del autor*”. Ver, en este sentido, FOUCAULT, Michel, “¿Qué es un autor?”, Bs. As., El cuenco de plata – Ediciones literales, 2010.

les cualidades¹³. Si el juez o el abogado *reparten*, el artista *crea*, y en definitiva todos *conducen*. La genuina conducción artística produce *creatividad*.

El concepto de *creatividad* admite varios significados. Con referencias a la divinidad, se asocia a la creación con el “*producir algo de la nada*”¹⁴, aunque en el contexto en que aquí lo utilizamos es pertinente su referencia como la capacidad de “*establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado*”¹⁵. En definitiva, el artista *crea realidad*¹⁶.

Un concepto ligado al de *creatividad* ha sido la *originalidad*, una de cuyas definiciones corresponde a lo “*dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: que resulta de la inventiva*

¹³ Mientras en el Derecho el abogado, el juez y el jurista *conducen* –en mayor o menor medida– para la justicia, el artista *conduce* para la belleza.

¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española, voz “creatividad”, www.rae.es/recursos/diccionarios/drae.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Con referencias a la “*creatividad jurídica*” se ha dicho que ella importa la “*capacidad de producir una diferencia valiosa entre dos situaciones*”, en el marco dado por una *situación inicial* y una *situación final* de referencia (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Originalidad y ‘mundo jurídico’” cit., p. 83). Tal vez en el sentido *artístico* que indagamos en este trabajo, la *creatividad artística* no posea exigencias de *mejorar*, sino tan solo de introducir nuevos despliegues.

Con relación a la *creatividad artística*, ver ZWEIG, Stefan, “El misterio de la creación artística”, Leviatán 1993; OLIVERAS, Elena, “Cap. 3: Teorías sobre la creatividad” en “Estética. La cuestión del arte”, 2ª ed., Bs.As., Ariel, 2006, pág. 131 y ss.; GARMA, Amanda A., “Conceptos relativos a la creatividad artística según Umberto Eco”, en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/amanda.pdf>; LABRADA, María Antonia, “La racionalidad en la creación artística”, en <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/2184/1/03.%20MAR%C3%8DA%20ANTONIA%20LABRADA,%20La%20racionalidad%20en%20la%20creaci%C3%B3n%20art%C3%ADstica.pdf>; POE, Edgar Allan, “Filosofía de la Composición”, en www.catedras.fsoc.uba.ar/reale/filosofia-de-la-composicion-poe.pdf; DUCHAMP, Marcel, “El proceso creativo”, en <http://pablomontealegre.wordpress.com/2008/08/21/marcel-duchamp-el-proceso-creativo>.

Una versión de la creación artística desde la fenomenología existencialista vinculada a Carlos Cossio puede leerse en RAFFO, Julio, “Derecho autoral – Hacia un nuevo paradigma”, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pág. 19 y ss.

de su autor”¹⁷. El Derecho a menudo asocia la originalidad a la *individualidad*¹⁸, lo que en gran medida torna borrosos sus contornos y afecta su precisión.

La *creatividad* referida a la conducta repartidora del artista puede entonces presentar diferentes grados, en cuya cúspide se encuentra tal vez la *originalidad*, en el sentido que la obra nace de la *exclusiva inventiva del autor*, como alcance más pleno de la capacidad de crear, libre de condicionamientos y *diferente* a cualquier otro *acto artístico*.

Pensamos que, en términos en los que estamos realizando este análisis, la *creatividad* alude a la forma más absoluta de la *conducción creadora*. Es decir, la *creatividad absoluta es ideal*, no es posible colegir que el artista cree algo partiendo de la nada, pero la plenitud creadora *exige* acercarse a ese horizonte ideal. Importa que el artista sea auténticamente *creativo*.

El *acto artístico creativo* puede desarrollarse además por otros *conductores* de menor importancia que el *creador*, los que deben ser igualmente considerados por el Derecho del Arte.

Encontramos entonces al *intérprete* que, aunque con menor autonomía y *creatividad*, es también considerado un artífice de *actos artísticos*. Son interpretes los actores y los músicos ejecutantes, quienes también desarrollan *creatividad* en su interpretación, aunque limitados a la voluntad del creador –a la *proyección* del *acto artístico* que este realizó¹⁹, de la que son *recipiendarios* (destinatarios)–, explicitada en el

¹⁷ DRAE, voz “original”. El cuerpo de significados dice de la “originalidad” que es lo “*perteneciente o relativo al origen*”.

¹⁸ “La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección; reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra” (VILLABA, Carlos y LIPSZYC, Delia, “El derecho de autor en la Argentina”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2009, pág.38); “La originalidad de la obra, en el sentido del derecho de autor, apunta a su ‘individualidad’ (y no a la novedad stricto sensu)” (ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Derecho de Autor”, 2ª ed., Caracas, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 1998, pág. 130) Ver además, RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara, “Las obras del espíritu y su originalidad”, Madrid, Reus, 2012.

¹⁹ Se trata de cuestiones atinentes al *juicio artístico* propio de la *dimensión normológica* del mundo artístico y del Derecho del Arte.

guión o en la partitura²⁰. No obstante, la interpretación no es mecánica y exige especiales cualidades, lo que ha dado origen a cierto reconocimiento normativo –aunque de menor intensidad que el que recibe el autor– según veremos más adelante²¹.

También suelen ser importantes conductores de los *actos artísticos*, los *productores*, entendidos como los sujetos que toman la iniciativa, organizan y llevan adelante la realización de la obra. Se hace referencia, en general, a los productores discográficos y cinematográficos, y en alguna medida, a los editores de obras literarias²². Es posible poner en duda el grado de *creatividad* que desarrollan estos repartidores, no obstante lo cual no puede desconocerse su importancia. Interesa sobre todo evidenciar que profundas razones de *utilidad*, y tal vez de *justicia*,

²⁰ En relación al desenvolvimiento de los valores, se ha dicho que “*la creación es una actividad de avance del valor*” mientras que en la “*ejecución el avance del ser con miras a la realización del valor propuesto por la creación*” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nota sobre los fundamentos de la inamovilidad de los creadores”, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/129/93>)

²¹ Se denominan “Derechos Conexos” a los que se disponen para los *artistas intérpretes o ejecutantes*, los *productores de fonogramas* y los *organismos de radiodifusión*. En el plano nacional, el reconocimiento legislativo general de los intérpretes y ejecutantes se desarrolla en los arts. 5 bis y 56 de la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 11.723); en el plano internacional, “*Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*” (ley 23.921), “*Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*” (ley 25.140), y el reciente “*Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales*”. Respecto al régimen laboral del ejecutante musical, cabe citar la ley 14.597.

²² En la música se distingue el *productor ejecutivo* (responsable financiero) y el *productor musical* (responsable de la música producida). Sobre el rol del *productor discográfico* en general, ver por ej., <http://elnegociodelamusica.blogspot.com.ar/2008/01/3-quin-es-que.html>

Respecto al *productor cinematográfico*, conf. REY, Ignacio, “Una mirada introductoria a la producción cinematográfica en la Argentina” en “Revista Kane”, N° 1, Bs. As., FADU-UBA, 2004, pág. 45, http://www.grupokane.com.ar/index.php?view=article&catid=44%3Acatmaster&id=123%3Aartmasterproduargen&option=com_content&Itemid=59). Igualmente, http://es.wikipedia.org/wiki/Productor_de_cine. En cuanto al *editor* literario, sus funciones y sus estrategias, ver Owen, Lynette, “Comprar y vender derechos”, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

les han asegurado un importante papel en *orden de repartos*, incluso como *supremos repartidores*²³.

Otro *repartidor* artístico, que luce cierta creatividad y debe ser evidenciado, es el *traductor*. La traducción es un importante reparto que cabe considerar como un *acto artístico* que desarrolla cierta *creatividad*, desde que el acto de traducir de modo alguno significa una mera tarea mecánica reducida al conocimiento del idioma foráneo²⁴. Cabe mencionar con similares consideraciones al *adaptador*.

Y hay también por último, asistentes o auxiliares, quienes intervienen en la ejecución material del acto artístico, realizando tareas sobre todo técnicas (asistentes de artistas, iluminadores, sonidistas, etc.). No parecen sin embargo verdaderos *creadores* (conductores). El Derecho del Arte ha de comprender la distinción entre la *creación* y la mera *ejecución material*²⁵.

Desde otro punto de vista, existen artes con mayor tendencia a la *autoría individual* –la pintura, la literatura, etc– y otros que requieren la *autoría plural* –el cine es tal vez el mayor ejemplo; también de alguna manera la música–²⁶.

La autoría –*conducción* del acto artístico– puede ser *falsificada*. La falsificación *ilegítima* es típicamente conocida como *plagio*. El plagio es tal vez el opuesto de la *originalidad*, que genera un acto artístico aunque *sin creatividad*. Quien plagia sustrae la autoría, ya sea que

²³ El Derecho les ha otorgado cierta protección (conf., art.1 y 5bis ley 11.723, decs. 1.670/74 y 1.671/74; “Convención de Roma” cit., “Tratado de la OMPI”, cit.). No obstante, la *fortaleza jurídica* de las grandes empresas productoras se produce mediante la *transferencia* que el autor hace de sus derechos.

²⁴ Puede pensarse a la traducción como un *acto artístico derivado*. Sobre la labor creativa que asume el traductor, con relación a las ideas sostenidas por Jorge Luis Borges, ver WILSON, Patricia, “Come en casa Borges (y hablamos sobre traducción)” en “Revista La Biblioteca”, N°13: La cuestión Borges, Bs. As., Ediciones Biblioteca Nacional, 2013, pág. 288 y ss. La Ley de Propiedad Intelectual concede derechos al traductor sobre su traducción (arts. 4 y 23).

²⁵ Con relación a la distinción, ver Cam. Nac. Crim y Correc., Sala II - Oliva de Macadam, Ana, del 11/08/92 en LL-1993-D, pág. 357.

²⁶ Existe cierta consideración jurídica de la distinción, por ejemplo los arts. 16 y ss. de la Ley argentina de Propiedad Intelectual.

presente como *propio* un acto artístico que fue realizado por otro sujeto, o que *copie y repita* de modo íntegro un reparto que ya realizado²⁷.

Podemos pensar que el *plagio* es una falsificación de la autoría, mientras que la *falsificación* en sentido estricto, es una ilegitimidad que afecta al *objeto producto* del acto artístico, la obra de arte. Quien plagia pretende ser *autor* –repartidor– de un acto artístico (y de su objeto, la obra de arte) que no ha realizado; quien falsifica realiza un acto (reparto) cuyo objeto resultante (obra de arte) pretende atribuir a la autoría de otro. La distinción permite apreciar ciertos matices entre ambas situaciones.

Curioso es que mientras el *plagiario*, como dijimos, realiza un acto artístico *sin creatividad*, el *falsificador* realiza un acto que puede guardar mayor o menor *creatividad*, pero que el verdadero *repartidor-creador* no quiere asumir²⁸.

La noción *artística* de plagio –es decir lo que los propios creadores tienen por plagio–, es controvertida²⁹. Es posible incluso reconocer

²⁷ Se define como *plagiar* el “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias” (según, www.rae.es/recursos/diccionarios/drae). En los tiempos del Imperio Romano, el *plagio* consistía en vender como propios esclavos que eran ajenos. Desde el punto de vista jurídico se ha dicho que “el delito de plagio reside en la acción dolosa del plagiario decidido a vestir con nuevos ropajes lo ya existente, para hacer creer que lo revestido es de cosecha propia” (Cám. Nac. Crim. y Correc., sala VI, - Troncoso, Oscar A., del 21/10/79, en LL 1980-A, pág. 544).

²⁸ Se trata de *falsificadores* que realizan obras inéditas pero *atribuidas* a grandes y prestigiosos artistas, con el fin de obtener un elevado precio por su venta. En ocasiones, sin embargo, exigencias de *belleza* y tal vez de *justicia*, han permitido la superación dedicho fraude. Por ejemplo, la muestra en la que se exhibieron obras de cinco grandes falsificadores del Siglo XX, que en su momento fueron creídas como de la autoría de Matisse, Modigliani, Picasso, etc. (“Revista Ñ”, 01/02/14, pág. 27; www.intenttodeceive.org).

En el *mercado del arte* existe un gran sector dedicado a la compra-venta de *reproducciones* o *atribuciones*, respecto a los que es conocido su falta de autenticidad.

²⁹ Sobre el plagio visto *desde el arte*, v. MAYER, Marcos, “A plagiar, mi amor” en “La tecla populista: anotaciones sobre música, culturas políticas y otras yerbas”, Bs. As., Emecé, 2009, pág. 216 y ss.; PERROMAT, Kevin, “Algunas consideraciones para el estudio del plagio literario en la literatura hispánica” en “Espéculo. Revista de estudios literarios”, en <http://www.ucm.es/info/especulo/numero37/coplagio.html>. Enfoques jurídicos del plagio pueden encontrarse en POSNER, Richard, “El pequeño libro del plagio”, Madrid, El hombre del Tres, 2013; LEDESMA, Julio C.,

diferentes matices entre los extremos de la *originalidad* y el *plagio*. Uno de dichos fenómenos es, por ejemplo la *"intertextualidad"*³⁰. Cabe asimismo atender a desarrollos artísticos actuales como el *"remix"*³¹ y, en general, las posibilidades *creativas* de las nuevas tecnologías³². El Derecho del Arte, permite tener en cuenta estas situaciones propias del mundo artístico y asumir correctamente sus sentidos jurídicos, sin mutilarlos.

2.2. Otros elementos del acto artístico creativo: los destinatarios, el objeto, la forma y las razones

Al analizar los elementos del reparto, la Teoría Trialista identifica

"Derecho penal intelectual", Bs. As., Editorial Universidad, 1992). Ver además, GARCÍA, Ernesto, "¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?" en "Revista La propiedad Inmaterial", N° 14, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010, pág. 303 y ss.; GAFFOGLIO, Gisela L., "El Plagio" en La Ley 2006-C, pág. 1163, entre muchos otros. Como veremos luego, el desenvolvimiento del *plagio* en el mundo del arte no se identifica plenamente con la noción *jurídica* vigente que se ha aislado del aspecto *sociológico* y ha provocado una profunda mutilación del concepto.

³⁰ La intertextualidad alude, en general, a la presencia más o menos explícita de fragmentos de textos (obras) ajenos -propios o de otro creador- en el texto (obra) creado. Se trata de un concepto procedente de los estudios literarios y lingüísticos (Bajtín; Genette), que no obstante se utiliza para el análisis de temas como la autoría o el plagio (ver, PERROMAT, Kevin, "Poéticas combinatorias, (re)producción fragmentaria y plagio", en <http://www.crimic.paris-sorbonne.fr/actes/sal3/perromat.pdf> Una manera de la intertextualidad tolerada por algunos Derechos nacionales, como una *excepción* a los derechos de autor, es la *parodia*.

³¹ El *remix* (o la remezcla) alude a la mezcla alternativa de diferentes obras que da como resultado una nueva obra. Se utiliza principalmente referido a la música y, desde hace algún tiempo, al video. No obstante su uso difundido, el *remix* padece aún de una legitimidad controvertida (Conf. LESSING, Lawrence, "Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital", Barcelona, Icaria, 2012; FOSSATI, Mariana y GAMETTO, Jorge, "Arte joven y cultura digital", Ártica, Centro Cultural 2.0. Disponible en www.articaonline.com).

³² Conf., por ejemplo, CARLÓN, Mario y SCOLARI, Carlos (comps.), "Colabor_arte. Medios y artes en la era de la producción colaborativa", Bs. As., La Crujía, 2012; KOZAK, Claudia (comp.), "Poéticas tecnológicas, transdisciplina y sociedad", Bs. As., Exploratorio Ludió, 2011. El Derecho de autor aún no se ha hecho eco de las nuevas formas de creación mediante *nuevas tecnologías* (remix, mashups, sincronizaciones, recontextualizaciones, etc.).

los *recipiendarios* destinatarios, el *objeto* (potencia o impotencia que reciben los destinatarios), la *forma* (los caminos mediante los cuales se llega al reparto) y las *razones*.

La autoría artística –y su despliegue, la *creatividad*– se encuentra a menudo en fuerte tensión con el rol del sujeto *recipiendario*. Ello pues hay quienes sostienen que en gran medida la recepción de los sentidos estéticos de la obra de arte requiere un proceso de “*re-creación*” por parte del espectador. E incluso, se ha sostenido que la obra del artista es completada y definida por el espectador³³.

Por otra parte, el *objeto* del acto artístico, los beneficios o los perjuicios, es decir la atribución de *potencia o impotencia* producida por la obra de arte, puede ser considerado en relación a la autoría. Preliminarmente resulta interesante pensar cuáles son las potencias propias que producen las creaciones artísticas. Hemos pensado que el sentido particular de estas las *potencias* puede ser entendida como *goce artístico o estético*. Sin embargo, a menudo los actos artísticos producen mero *entretenimiento*³⁴, producto en gran medida del proceso de mercantilización de las producciones artísticas, en particular las que conforman la llamadas “industrias culturales del entretenimiento”, como el cine o la música.

Asimismo, existe en la actualidad un gran debate respecto a las *impotencias* que debe afrontar el espectador *recipiendario* para “acceder” a las manifestaciones y obras artísticas propias de su cultura, es decir, los sacrificios que debe soportar para satisfacer su “*derecho al arte*” (elevados precios que debe pagar; dificultad para acceder a producciones que escapan a la “moda” impuesta por las grandes corporaciones monopólicas u oligopólicas que dominan la escena y el mercado).

Respecto a los *caminos* que el creador recorre para *crear* –la *forma* del acto artístico–, resulta pertinente pensar la existencia de mayor

³³ Entre muchos, Marcel Duchamp: dos son “*los polos de toda creación de orden artístico: el artista por un lado, y por el otro el espectador (...)*” (“El proceso creativo”, cit.). Desde otro punto, Umberto Eco sostiene la idea “obra abierta” en la que el destinatario asume un papel activo en la obra (GARMA, Amanda A., “Conceptos relativos a la creatividad...” cit.).

³⁴ En tal sentido se habla del “Derecho del entretenimiento” (VIBES, Federico P. (dir.), “Derecho del Entretenimiento”, Bs. As., Adh-Hoc, 2006).

o menor *audiencia* con el espectador, y en general con el contexto social en que se desarrolla el artista. Incluso puede pensarse en algunos casos de típicos de *negociación individual*, como el *retrato*, en auge en el siglo XVIII en Europa, y durante el siglo XIX en América, o la llamada *obra por encargo*. Sin embargo, las exigencias de *utilidad* y el dominio de las *modas* y el *entretenimiento*, suelen importar la *mera imposición* para el público general sobre el tipo de arte que *puede* y *debe* consumir.

Desde otro punto, existen situaciones en que el *camino* que conduce al acto se confunde con el acto mismo, por ejemplo, en el caso de las *performances* en que la obra *es* la actividad encaminada a engendrar la obra.

En el mundo propio de las artes, y con relación exclusiva a los “caminos” internos que recorre el artista, se sostiene que el acto posee grandes referencias al “*misterio*”, a la “*inspiración*” espontánea³⁵. Con frecuencia, el acto creativo va cargado de profundos grados de “*improvisación*”.

Por último, el trialismo sostiene la necesidad de conocer las *razones* que determinan las conductas repartidoras, en este caso, del artista creador en el acto de creación. En rigor, cabe distinguir entre los *móviles* personales del sujeto que *conduce* –los que muchas veces no corresponden al orden puramente artístico, sino que abarcan razones políticas³⁶, de utilidad³⁷, educativas, etc.–; de las *razones alegadas* por el

³⁵ Se ha propuesto utilizar el “método criminalístico de investigación” para explicar la creación artística, afirmando que crear una obra de arte se asemeja a realizar un crimen pasional en la que el autor poco recuerda o puede explicarnos (ZWEIG, op. cit.).

³⁶ Es vital pensar la relación entre arte y política, y en particular, en el rol “político” que han jugado grandes producciones artísticas, muchas veces de manera oculta. A veces el arte promueve la perpetuación del *orden establecido* (lo que se ha llamado el “arte oficial” por ej. el arte burgués europeo de los siglos XVII y XVIII que fuera férreamente dictado desde la “Academia Francesa”, creada en 1648, institución que incluso sobrevivió al torbellino de la Revolución Francesa de 1789), y en otras muchas se encamina al *cambio* del régimen vigente (ej. la propuesta estética desarrollada por el “muralismo mexicano” en los inicios del Siglo XX –promovido desde Estado y, *conducido* por su Secretario de Educación Pública, José Vasconcelos– acompañó los ideales comunitarios, solidaristas y anti-feudales de la Revolución Mexicana del año 1910).

artista –lo que el artista *dice* en su obra, que no siempre se corresponde con las verdaderas razones del acto artístico– y, también, de las *razones sociales*, esto es, las que atribuye la comunidad.

A menudo la *razonabilidad* –es decir, la valoración positiva por la comunidad– suele llegar para el artista al final de su carrera, e incluso, luego de su muerte. La historia está plagada de artistas incomprensidos en su tiempo. El Derecho del Arte exige tener en cuenta esta última particularidad, la que, por ejemplo, pone en crisis las *soluciones* otorgadas por el Derecho de la Seguridad Social clásico³⁸.

2.3. Las clases de actos artísticos y sus límites

De acuerdo a la construcción trialista, cabe distinguir aquellos actos humanos que son *autónomos* de los *autoritarios*, es decir aquellos que se realizan *por acuerdo* entre los interesados y los que se realizan *por imposición*.

Parece que la *creatividad*, aún cuando puede desenvolverse mediante actos *autónomos*, se desarrolla sin que el artista requiera conformidad sobre lo que crea. El acto artístico, situado sobre bases de “superioridad” del artista y sobre la realización de belleza, suele *imponer* al público la voluntad del creador. Lo paradójico, es que por estos carriles “autoritarios” se arriba a grandes despliegues de *libertad* y *personalización*, tanto del artista como del espectador³⁹.

No cabe desconocer además que los actos creativos pueden verse fuertemente limitados por el ejercicio de la *censura*, que es tal vez uno de los actos autoritarios paradigmáticos del mundo del arte. La censura, como la generalidad de los actos (repartos) autoritarios desarrolla el valor *poder*, que es –no obstante– un valor *relativo* sobre el que no cabe

³⁷ Hoy fuertemente imbricadas por el “mercado del arte”.

³⁸ Muchos artistas “incomprensidos” pasan sus días en la absoluta miseria, y los “beneficios” de su producción es disfrutada por sus herederos. Sobre el punto, ver la importante *planificación* dispuesta en la “*Recomendación relativa a la condición del artista*” (UNESCO, 27/10/80). Conf. además MONTROYA MORA, Sheila Milena, “Panorama de la seguridad social de los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes de Iberoamérica”, Bogotá, UNESCO-CERLALC, 2007.

³⁹ Estos aspectos serán retomados luego al abordar la dimensión axiológica.

descartar despliegues de *justicia*. Sin embargo, en el estado actual de desarrollo, la censura está *absolutamente* prohibida para cualquier caso⁴⁰. A veces la *autoridad* de la censura no resulta explícita, sino que se cuela en el fuero “interno” del artista repartidor, y adquiere la máscara de la “autocensura”.

Actualmente se señala además a la “piratería” como una importante adjudicación *autoritaria* de grandes *impotencias* (perjuicios) para los artistas, aunque tal vez los grandes perjudicados sean los intereses económicos de las empresas “intermediarias” (productoras cinematográficas, distribuidoras, sellos discográficos, editoriales).

Los *límites* que afectan las conductas repartidoras provocan su *éxito* o su *fracaso*. Reconocerlos es también una tarea que permite emprender la construcción trialista del objeto de estudio del Derecho. En el tema de análisis, el *éxito* suele tener a menudo importancia para el artista creador, no solo el “éxito comercial” que hoy se impone fuertemente por dominio de la *utilidad*, sino también el desarrollado en otros órdenes como el del propio campo artístico⁴¹ y el sociopolítico en general. En cuanto a *actos artísticos fracasados*, se ha dicho que Swift escribió “*Los viajes de Guilliver*” como testimonio contra la humanidad y, en cambio, dejó un libro para niños⁴².

Importa que desde el Derecho del Arte se hagan visibles los límites *sociopolíticos* –como dijimos, fundamentalmente la censura⁴³–,

⁴⁰ “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (ley 23.054), art. 13.1: “(...)2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [libertad de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar (...)”.

La censura ha sido moneda corriente en Argentina, aunque hoy existe una sensible reducción de sus posibilidades. Ver, por ejemplo, PESCLEVI, Gabriela, “Libros que muerden”, Bs. As., Ediciones Biblioteca Nacional, 2014.

⁴¹ Sobre el “éxito” en el *campus* artístico v. BOURDIEU, Pierre, “El sentido social del gusto”, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2010, especialmente pág. 85 y ss.

⁴² Referido por Jorge Luis Borges en “El escritor argentino y la tradición” cit.

⁴³ Paradójicamente, uno de los primeros precedentes nacionales en que se individualizó a la “libertad de creación artística” como integrante de la libertad de expresión, implicó no obstante convalidar un claro acto de *censura* dispuesta por el poder ejecutivo de facto (CSJN - Colombres, Ignacio y otros c/ Nación Argentina s/ordinario, del 29/06/76). Ver igualmente, el llamado “Caso Ferrari” (Cam.

los *socioeconómicos* –en particular, en el caso de artistas noveles que encuentran dificultades para desarrollar su arte⁴⁴–, como así también, los límites *religiosos y éticos* –con mayor o menor gravitación en diferentes épocas–, y los *físicos, psíquicos, lógicos y axiológicos*. Igualmente, cabe considerar los límites *voluntarios*, esto es, los que el mismo sujeto se auto impone, y que pueden cerrarle grandes posibilidades creativas –caso, como dijimos, de la autocensura^a–.

3. El acto artístico creativo en el orden de repartos

De acuerdo a la construcción trialista, los repartos se “ordenan” en un orden de repartos, el que puede establecerse mediante un *plan de gobierno* de ordenación *vertical*, en el cual se identifican *quienes mandan* (“supremos repartidores”) y *con qué criterio* lo hacen (“supremos criterios de reparto”), como así también mediante la *ejemplaridad*, ordenación *horizontal* que se produce por el *seguimiento* de ciertos *modelos* que se consideran razonables de imitar.

En cuanto al *mundo artístico*, suelen existir ciertos *actos artísticos creativos* que se consideran “grandes modelos” y son seguidos sucesivamente por diferentes artistas, dando lugar a las “escuelas” o los “movimientos”⁴⁵. No obstante, cuando ganan institucionalidad, los órdenes artísticos suelen constituirse en grandes *planificaciones artísticas*. Los

Contensioadm. y tributario CABA, Sala I, “Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, del 27/12/2004 en LL 2005-C , 709; GIUNTA, Andrea (comp.), “El caso Ferrari”, Bs. As., Lycopodio, 2008.)

⁴⁴ Sobre la “promoción” que tiende a superar dichos límites, cabe mencionar por ej. el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), sin cuyos subsidios es imposible que existiera el cine de producción nacional (ley 17.741; www.incaa.gov.ar). Igualmente, el recientemente creado Instituto Nacional de la Música (ley 26.801) y el Fondo Nacional de las Artes (dec. ley 12.204; www.fnartes.gov.ar)

⁴⁵ Son *modelos* que inspiraron *seguimiento* por ejemplo, “Las señoritas de Avignon” (Pablo Picasso, 1917) respecto al “cubismo”; “Kind of Blue” (Miles Davis, 1959) respecto al “jazz modal”; “Los crímenes de la *rue morgue*” y su protagonista, el detective Dupin (Edgar Allan Poe, 1841), respecto al “cuento policial”; y un largo etcétera.

géneros literarios *clásicos* pueden ser examinados igualmente en términos de grandes órdenes planificados⁴⁶.

Los *órdenes socio-jurídicos* se nutren de estos *órdenes* artísticos. Se ha dicho, por ejemplo, que el arte construye *ejemplaridades* jurídicas⁴⁷. Desde la dirección opuesta, como ocurre en el resto de los órdenes de la vida, el Derecho *planifica* en gran medida el arte. No obstante, esta *planificación jurídica* debe cuidar de no interferir ilegítimamente en la ordenación artística, para lo cual deberá evidenciar las *especiales exigencias de justicia*, sobre las que se propone construir el Derecho del Arte⁴⁸.

En el contexto actual, las enseñanzas *trialistas* resultan de gran utilidad para desnudar los *supremos repartidores* del mundo artístico-jurídico y los *supremos criterios* mediante los que mandan. El artista ha perdido la calidad de *supremo conductor* con la que *mandaba* –como pudo tenerla, con máximo esplendor desde el Renacimiento–. Frente al advenimiento de la *reproductibilidad técnica*, las *industrias culturales*, la masificación del “*negocio del arte*” y el advenimiento de internet, quienes gobiernan hoy son los grandes productores e *intermediarios*, quienes se rigen por *supremos criterios* que persiguen el lucro y el entretenimiento (*utilidad*), frente al auténtico desarrollo de la *belleza*. Reconocer este nuevo escenario debe llevar a un profundo replanteo del tratamiento *jurídico* que proteja a los grandes *débiles* –el autor y el espectador– frente al desborde de las grandes concentraciones culturales.

⁴⁶ Se reconocen, tradicionalmente, tres géneros literarios (lírico, literario y dramático) cada uno de los cuales tiene su específica función, delimitada por sus propias *reglas*. Cada género posee además diferentes sub-géneros. Conf., http://recursos.cnice.mec.es/lengua/profesores/eso2/t1/teoria_5.htm.

⁴⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte” op. cit.

⁴⁸ Una muestra del avasallamiento del *orden artístico* por el *orden jurídico*, puede verse en el caso “Canterna de Becerra” en el cual la cuestión de la *firma de una obra* –atinente a la *autoría* del reparto– fue juzgada, a nuestro humilde entender incorrectamente, con las reglas generales que la legislación civil dispone para los documentos privados en general (Cám. Nac. Civ., Sala E, “*Canterna de Becerra María del Carmen c/ Noé Luis Felipe y otros s/ daños y perjuicios*”, del 08-04-2011, en microjuris.com, MJ-JU-M-66289-AR | MJJ66289).

III. Dimensión normológica

1. Las normatividad del Arte y del Derecho del Arte

Si el *mundo artístico* puede ser construido tridimensionalmente a la manera en que el Integrativismo Trialista construye el *mundo jurídico*, entonces en ambas esferas es posible reconocer una dimensión *normológica* –o simplemente *lógica*, en el caso del arte–. Así visto, la *norma* no agota la *juridicidad* del Derecho (del Arte), sino que constituye una de sus dimensiones, la que habrá que *integrar* con los despliegues *sociológicos* y *axiológicos*.

La norma se define como una “*captación lógica*” de un “*reparto proyectado*”, es decir, de una conducta humana. Esta captación se cumple mediante dos tareas, la “*descripción*” –referida a la voluntad del autor del reparto y al cumplimiento de la misma–, y la “*integración*” –mediante la utilización de *conceptos* y la incorporación de *sentidos* al despliegue fáctico del reparto–. De este modo, las normas inciden directamente sobre la “*realidad*”, desde que sus conceptos determinan la manera que aquella se desarrollará.

En el enfoque tridimensional propuesto del *mundo artístico*, la dimensión lógica se halla constituida en esencia por *juicios artísticos*. Estos juicios artísticos, “captan” los *actos artísticos*, de acuerdo al desarrollo que les dimos precedentemente, y en su origen se reconocen las fuentes *materiales* –los actos artísticos mismos, las obras de arte– y fuentes *formales* –en los relatos que los artistas hacen de los actos artísticos⁴⁹–.

⁴⁹ Los “manifiestos”, de gran auge durante las Vanguardias de principios del Siglo XX, constituyen una importante *autobiografía* que realizaban los artistas. En ellos es fácil reconocer que se da *origen* a gran cantidad de *actos artísticos proyectados*. (CIRLOT, L., “Primeras vanguardias artísticas. Textos y documentos”, Barcelona, Labor, 1995; CIPPOLINI, Rafael, “Manifiestos argentinos. Políticas de lo visual”, 3ª ed., Bs. As., Adriana Hidalgo Editora, 2012).

Sin detenernos en esta *dimensión lógica* del mundo artístico⁵⁰, pensamos que es importante para el Derecho atender a los *juicios artísticos* en relación con los *juicios jurídicos* –es decir, las normas jurídicas–. En ocasiones, las normas jurídicas pueden determinar los *actos artísticos* y los *juicios artísticos*.

El Derecho del Arte es el espacio para divisar la tensión entre los *conceptos jurídicos* y los *conceptos artísticos*. Respecto al tema que abordamos en este trabajo, la *creatividad artística*, existe una gran tensión en los *conceptos* y *materializaciones*⁵¹ que proyectan las *normas jurídicas* frente a la realidad *socio-normológica* del mundo artístico. El Derecho de autor clásico posee normas que *integran* la realidad del acto creativo mediante ciertas *materializaciones personales* –el “autor”, el “titular del derecho”– y otras *materializaciones no personales* –la “obra protegida”–, además de proyectar *conceptos* –el “fraude” o el “plagio”, como actos ilícitos–. Estos despliegues normativos *jurídicos* son a menudo recortes de la plenitud del fenómeno creativo.

Con relación al *reconocimiento* de la *juridicidad* del *acto artístico*, en gran medida la noción jurídica de “obra protegida” tiende a reemplazar, a opacar, la plenitud del despliegue de “obra de arte”. Como ya advertimos, el concepto de *obra protegida* es construido únicamente sobre la noción de *expresión formal* y de *originalidad*. Ello sin embargo, mutila los diferentes matices que presenta la *creatividad*, como hemos visto precedentemente, y por lo tantodeja hoy fuera *nuevas maneras* de crear –nuevos *actos artísticos creativos*– como el denominado “arte efímero”,

⁵⁰ El Trialismo realiza un gran aporte en cuanto al *funcionamiento* de las normas (ver CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Metodología Jurídica”cit., pág. 16). Partiendo de estas enseñanzas, quizás pueda pensarse que para que se realicen las *potencias* proyectadas por el artista en el *juicio artístico*, será necesario que el encargado de su *funcionamiento* –principalmente el *espectador*–, en primer lugar, *reconozca* que se trata de una manifestación artística, que *interprete* la intención del autor, que (re)elabore los *sentidos* de la obra, y que, por último, realice una gran tarea de *síntesis* de los diferentes sentidos que emergen de ella. Aunque no es propio del espectador, ciertos encargados del funcionamiento, deberán incluso *argumentar* sobre lo que se propone (por ejemplo, los “críticos” de arte).

⁵¹ Las materializaciones aluden a la *incorporación de sentidos* que proyectan las normas, y pueden ser de tipos *personales* o *no personales*.

las *performances*, el generado mediante dispositivos mecánicos⁵² o nuevas tecnologías (*net art*)⁵³, entre otros. Pretender *originalidad* pura –al modo del Derecho de autor– puede eclipsar ciertos fenómenos de marcada actualidad, como el *remix* o la *intertextualidad*⁵⁴. El concepto normativo de *obra protegida* es a menudo *inexacto* respecto al de *obra de arte* que, pensamos, busca “captar”.

Lo que denominamos *falsificación* de la autoría –plagio y falsificación propiamente dicha– también suele ser *captado* por normas jurídicas, y constituidos como un *fraude* a la ley. El concepto de *plagio* que proyectan las normas jurídicas presenta también conflictos con lo que ocurre en la realidad del *mundo artístico*, donde existen mayores posibilidades para ciertos *usos creativos* de obra ajena que son tenidos por los propios protagonistas (los artistas) como *lícitos*, frente a la *ilicitud* que dicta el Derecho⁵⁵.

⁵² Hasta no hace muchos años el derecho discutía la calidad artística de la fotografía, negándole categoría de *obra protegida*, o concediéndole una protección sensiblemente menor, con fundamento en que, al ser creado mediante un dispositivo mecánico no poseía *originalidad* (conf. por ej. art. 20 1er párr., ley 11.723; SERRANO FERNANDEZ, María (coord.), “Fotografía y Derecho de autor”, Madrid, Reus, 2008).

⁵³ Remitimos a la nota 30. Se debate hoy, por ejemplo, si los *videojuegos* pueden ser considerados “obras protegidas”.

⁵⁴ Un conflicto referido a la “*intertextualidad*” se observa con relación a “El Aleph aumentado” de Pablo Katchadjian, quien fuera querellado por María Kodama, titular *mortis causae* de los derechos autorales sobre la obra de Jorge Luis Borges. Ver, “Kodama: Juicio a un joven escritor experimental” en “Revista Ñ”, edición online del 06/04/12, http://www.revistaenie.clarin.com/literatura/Maria-Kodama-juicio-escritor-experimental_0_677332467.html; “Casación definirá si hay culpa en engordar El Aleph”, Portal Infojus Noticias, 20-06-2011, en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/>; GASLOLI, Pablo, “Help a él” en <http://blog.eternacadencia.com.ar/archives/2012/23034#more-23034>.

⁵⁵ Mientras en el *mundo jurídico* se plantea hoy a la “obra protegida” como “*cerrada*” –pues, por aplicación de los *derechos morales* de *paternidad* e *integridad*, sólo con autorización del autor pueden efectuarse modificaciones o alteraciones–, el *mundo artístico* maneja en la actualidad un concepto de “obra de arte” en términos de *apertura* –por ejemplo, mediante el *ready-made* o el *apropiacionismo*, *usos creativos* que gozan de *legitimidad* en el campo artístico–. Sobre las prácticas de “copia” o “apropiación” *legítimas* en el arte, ver (SIRACUSANO, Gabriela (comp.), “Original-Copia...Original?”, Bs. As., Centro Argentino de Investigadores de Arte

En cuanto al sujeto repartidor –el autor, pero también el interprete, el traductor, el productor– las normas suelen reconocerlos como tales, aunque en la actualidad quizás con cierta falta de *exactitud*. Las normas muestran al autor con una jerarquía y poder que no se corresponde ya con lo que verdaderamente acontece en los hechos. Por el contrario, el autor no suele ser el gran titular de derechos sobre su obra, sino que es un *débil jurídico* frente a los *reales* repartidores⁵⁶. El Derecho del Arte puede ser un espacio para re-jerarquizar al artista autor, y también para reconocer ciertos repartidores específicos del *mundo del arte* que, aún cuando reparten con cierta *creatividad*, las normas aún mantienen ocultos (ej. el curador; el *productor artístico*; entre otros).

Por otra parte, los *destinatarios recipiendarios* (espectadores) no han sido aún tenidos muy en cuenta por las normas jurídicas. En gran medida el *derecho al arte* se presenta como una deuda pendiente, de

(CAIA), 2005; GUASCH, Anna María, “El arte último del siglo XX. Del posminimalismo a lo multicultural”, Madrid, Alianza Editorial, 2001, Cap. 13, pág. 341 y ss.).

Sin llegar a estos extremos, suelen presentarse conflictos con la utilización de fragmentos de obra ajena, por ejemplo en la literatura, o con el abordaje de similares temas. Verbigracia, entre los casos recientes, el escritor argentino Federico Andahaz fue acusado, y posteriormente sobreseído, de plagiar importantes fragmentos en su obra “El conquistador” (2006) (Portal Infojus Noticias, 22/09/13, en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/>).

⁵⁶ En este sentido, el incremento en el “plazo de vigencia” de los Derechos de autor –que iniciaron en una duración máxima de 30 años *post mortem*, y hoy se aproximan a los 100 años– suele ser una gran *espectáculo* que, alegando una mejora para el autor, esconde la verdadera intención de prolongar el monopolio jurídico que ostentan los *reales* titulares de los derechos, esto es, las grandes empresas productoras, distribuidoras y editoras. En este sentido, se señala como la última gran manifestación de la hipocresía a la reforma que en el año 1998 se produjo en los EEUU, mediante la llamada “Ley Mickey Mouse” (ver LESSIG, Lawrence, “Cultura Libre”, Santiago de Chile, LOM ediciones, 2005, pág. 119 y ss, edición digital en <http://www.elastico.net/archives/001222.html>). La tendencia se repite en Argentina (remitimos a VALICENTI, Ezequiel, “Todos los derechos reservados” en microjuris.com, MJ-DOC-6095-AR | MJD6095).

El trialismo propone la interesante categoría de “fuentes espectáculo” –dictadas para aparentar, pero no para cumplir– y “fuentes propaganda” –establecidas para *persuadir* su cumplimiento futuro– (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 15).

difícil conciliación frente a la gran pluralidad de intereses, principalmente económicos, que rodean a las producciones artísticas.

De cierta manera, puede decirse que el Derecho del Arte reposa sobre una gran norma *propaganda*, contenida en el PDESC que exige la difícil conciliación entre los intereses de los creadores y los de la comunidad⁵⁷. Desde allí, y con aportes del Integrativismo Trialista, podemos pensar que el *artista* constituye el *centro crítico* de la nueva rama transversal, mientras que la comunidad se ubica en la *esfera crítica*⁵⁸. Ambos deben ser vistos hoy como *débiles*; ambos poseen además tutela con jerarquía de Derechos Humanos. El gran desafío es construir el equilibrio⁵⁹.

Las normas jurídicas del pretendido Derecho del Arte, se nutren también de *fuentes reales* que son *materiales* –es decir, los propios actos

⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 15: *1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a: a) Participar en la vida cultural; (...) c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones (...) literarias o artísticas de que sea autora (...)*. Ver además, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Observación General N° 17 (2005). En el ámbito americano, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, art. 14.

⁵⁸ Sobre las nociones de *centro crítico* y *esfera crítica* ver CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y sus esferas críticas” en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 73 y ss., en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/506/416>.

⁵⁹ El tema supera la extensión dada en la reflexión. Algunas reflexiones globales que pueden verse en VALICENTI, Ezequiel, “Derechos Humanos y Derechos de Autor: panorama de las tensiones provocadas entre los derechos del artista y el acceso a la cultura” en SLAVIN, Pablo (comp.), “Avances en la investigación de las ciencias jurídicas y sociales”, Mar del Plata, UMDP, 2012.; ONAINDIA, José Miguel, “Propiedad intelectual y nuevas tecnologías” en “Revista de Derecho de Daños”, N° 2013-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, págs. 297 y ss; del mismo autor “Cultura y Desarrollo: la urgencia de un nuevo pacto social” en BEAULIEU, Paula y LOPEZ CUENCA, Alberto (comps.), “¿Desea guardar los cambios? Propiedad intelectual y tecnologías digitales: hacia un nuevo pacto social”, Córdoba, Centro Cultural España-Córdoba, 2009, pág. 155 y ss; CORREA, Carlos, “Acceso a la cultura y derecho de propiedad intelectual: la búsqueda de un nuevo equilibrio” en “¿Desea guardar los cambios?” op. cit., pág. 131 y ss.

artísticos creativos y, en general, el *mundo artístico*–, y *formales* –las contenidas, sobre todo en tratados internacionales, leyes, decretos, etc–. El arte es además una gran *fuerza de conocimiento* para el Derecho.

2. El ordenamiento normativo jurídico y artístico

Así como puede pensarse en un *orden de repartos* –un orden de *actos artísticos*–, cabe tratar igualmente la existencia de un *ordenamiento normativo*, que constituye la *captación lógica* de aquel orden de conductas humanas. En el *mundo del arte*, el orden de los actos artísticos será captado por un *ordenamiento de juicios artísticos*. Por su parte, el Derecho del Arte habrá de construir también su *ordenamiento normativo* propio y específico.

Es posible pensar que cada disciplina artística compone un *ordenamiento de juicios artísticos* –referidos a los *actos artísticos*–, con sus concretas y diferenciadas reglas y *proyectos de actos artísticos*⁶⁰. En todo caso, los *ordenamientos artísticos* tienen especial injerencia, y proyectan su normatividad en el *ordenamiento normativo* del Derecho del Arte. Este ordenamiento será *fiel*, cuando refleje el “contenido de la voluntad de la comunidad”⁶¹, es decir, cuando proyecte repartos que abraza la comunidad sobre los que se efectivizarán. Las manifestaciones artísticas son uno de los modos que posee el Derecho para conocer la *voluntad* de la comunidad.

La autonomía del Derecho del Arte como rama jurídica depende, en gran medida, de su capacidad para descubrir sus *principios propios*, que construyan el ordenamiento jurídico específico y lo *integren* frente a casos sin una solución jurídica prevista (lagunas). En relación con la autoría y la creatividad, uno de los principios fundamentales ha de ser el de asegurar la protección de la relación entre el autor y su obra, por el mero *acto creativo*, sin sujetarlo a recaudos formales o de calidad artística –cuestión propia del ámbito artístico–, y en definitiva, *re-conocerlo* como un sujeto con *especiales exigencias de justicia*. Y si se

⁶⁰ Puede hablarse de “ordenes literarios”, de “ordenes arquitectónicos”, etc.

⁶¹ CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 18.

considera que se trata de un *débil jurídico*, nace también el principio específico formulado con la manda del “*in dubio pro auctore*”⁶².

IV. Dimensión axiológica

1. Axiología con referencia a la justicia y a la belleza

La Teoría Trialista identifica como parte del *objeto de estudio* del Derecho una dimensión *axiológica*, referida, en general, a los *valores*. Los desarrollos de la teoría han permitido grandes avances –con rigor científico– sobre la *estructura* de los valores, proponiendo además que el *contenido* de la justicia sea *construido* en base a *consensos* entre los miembros de una sociedad⁶³. El estudio de la justicia se distingue entonces entre la “Axiología Dikelógica” y la “Axiosofía Dikelógica”, respectivamente.

El *complejo de valores* que comprende la dimensión axiológica del mundo jurídico culmina en la *justicia –dimensión dikelógica*, por su referencia a Dike, diosa griega de la justicia–. En el caso del *mundo artístico*, es también posible pensar su propio complejo de valores –constitutivo de su *dimensión apológica*, por referencia a Apolo, dios de la belleza⁶⁴–, en cuya cúspide (o centro) se halla la *belleza*, valor eminentemente identificado con el arte.

⁶² Conf. VILLABA, Carlos y LIPSZYC, Delia, op. cit., pág. 267.

⁶³ La versión de Werner Goldschmidt sostenía una posturade la justicia como valor *objetivo y natural*. A partir de los avances en el estudio de la justicia realizados por CIURO CALDANI, el trialismo adopta una posición *constructivista* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 20, y del mismo autor “Metodología Dikelógica”, 2ª ed. Inalterada, Rosario, FIJ, 2007). Ver también, ISERN, Mariana, “De ‘La Ciencia de la Justicia (Dikelología)’ a ‘Metodología Dikelógica’”, el derroteo de la teoría trialista” en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “Dos Filosofías...” cit, pág.107.

⁶⁴ La denominación ha sido sugerida por CIURO CALDANI, en “Derecho del Arte” cit.

Por su parte, el Derecho del Arte –en tanto rama del Derecho–, construye su propio complejo dikelógico con miras a la realización del valor justicia. Es, además, un espacio para la vinculación entre *justicia* y *belleza*, a veces en relaciones de *oposición*, por momentos de complementariedad (*coadyuvancia*). El Integrativismo trialista sostiene que en definitiva, el gran valor a realizar es la *humanidad*, del que la *justicia* y *belleza* –pero también la *utilidad*, la *verdad*, la *santidad*, etc– resultan *indicios de realización*. Arte y Derecho deben estar al servicio de la *plenitud* del ser humano.

Nuestra propuesta, para las reflexiones que siguen, será analizar la *forma* de la justicia –en particular su estructura y sus clases⁶⁵, y su ordenación en un *complejo axiológico* específico del Derecho del Arte– en relación con la *belleza*⁶⁶; y luego retomaremos el *contenido* de la justicia –y desde allí, la *justicia* del reparto y del *orden del repartos*–.

2. *Axiología dikelógica con relación a la belleza: la forma de la justicia*

La estructura general de los valores presenta la *valencia* (el deber ser puro; los valores valen), la *valoración* (el deber ser aplicado; el valor valora situaciones concretas), y la *orientación*, mediante *criterios generales de orientación*.

Los valores constituyen además una categoría *pantónoma*, de manera que se nos presenta como dificultosa la tarea de *valorar* –responder al interrogante acerca de *qué* es lo justo, o lo bello, en *este* caso

⁶⁵ En rigor, el análisis que permite la Teoría Trialista es más amplio: de la *forma* de la justicia considerada *aisladamente* se puede estudiar su estructura y sus clases, pero también sus *fuentes*, su *funcionamiento* y sus productos. Las mismas categorías de análisis pueden estudiarse en relación a forma de la justicia en el *complejo axiológico* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., págs. 20 y ss). Sin embargo, por razones de extensión, nuestro análisis será reducido.

⁶⁶ Aunque mucho se discute, puede sostenerse que el *valor* belleza abarca la “belleza natural” –producto de las *distribuciones* originadas en la naturaleza– y la “belleza artificial” o “belleza artística”, *creada* por *actos* (repartos) del hombre –entre ellos, el *acto artístico*–.

en concreto— pues para hacerlo con plenitud deberíamos considerar la totalidad de las *adjudicaciones pasadas, presentes y futuras*. Para superar esta dificultad, el Trialismo propone el *método de los fraccionamientos*, a partir del cual podemos *recortar* ciertas proyecciones pasadas, presentes o futuras, que nos resultan inabarcables, y de esta manera producir respuestas dotadas de *seguridad jurídica*⁶⁷.

En el *mundo artístico*, podemos sostener que la belleza se halla en gran medida en *crisis*. El *complejo axiológico* se compuso durante varios siglos de los sentidos de *belleza* otorgados en el período renacentista. El valor *belleza* era reconocido como la *exigencia* suprema del arte, identificándola de cierto modo con la *armonía*, la *verosimilitud*⁶⁸ o la *proporcionalidad*⁶⁹. Lo cierto es que la belleza en su *valencia* ha entrado en crisis a partir, fundamentalmente, de mediados del Siglo XIX, con el desarrollo del denominado “impresionismo”, teniendo su cúspide en los movimientos de *vanguardia* en las primeras décadas del Siglo XX, y al fin, logrando cierto *consenso* en lo que hoy se denomina “arte contemporáneo”⁷⁰. No obstante, sigue siendo el gran valor de referencia para los artistas —aún para evidenciar su *crisis*—, y en tal sentido quizás siga teniendo grandes despliegues *orientadores*.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, op. cit, págs. 401 y ss. Sobre el método de fraccionamiento con relación al Arte, y en general, sobre la *dikelogía* del Derecho del Arte, ver GALATI, Elvio, “Notas Jurídico-dikelógicas del Derecho del Arte. Hacia una armonía entre Arte, Religión y Filosofía” en “Investigación...” cit., N° 43, Rosario, FIJ, págs. 107 y ss.

⁶⁸ Es interesante pensar la relación entre *verdad* y *belleza*: en el arte la pretensión de *verosimilitud* se presenta quizás como una *verdad fabricada*.

⁶⁹ Tal vez pueda decirse que estos valores integran el *complejo apológico* del *mundo artístico*.

⁷⁰ Sobre la crisis de la belleza, conf. entre muchos, MICHAUD, Yves, “El arte en estado gaseoso”, México, Fondo de Cultura Económica, 2007; DANTO, Arthur C., “El abuso de la belleza. La estética y el concepto de arte”, Bs. As., Paidós, 2005. Ver además, SMITH, Terry, “¿Qué es el arte contemporáneo?”, Bs. As., Siglo XXI, 2012.

Sobre las consideraciones de *belleza* a través del tiempo y del espacio, ver PAQUET, Dominique, “La historia de la belleza”, Bs. As., Ediciones B, 1998; ECO, Umberto, “Historia de la belleza”, trad. María Pons Igarzábal, Barcelona, DeBolsillo, 2010.

En términos generales, el *acto artístico* es productor (o desarrollador) de *belleza*. A veces, el acto artístico *deslegitimado* es señalado como productor de *fealdad*, aunque esta propiedad hoy posee grandes posibilidades en el seno mismo del arte. Como advertimos, para el Derecho (del Arte) lo que *fundamenta* —en términos de *justicia*— la protección del artista es la mera *conducción* de un acto artístico, sin importar méritos en términos de belleza o “fealdad”.

La belleza quizás tenga mayores posibilidades *desfragmentadoras* que la justicia; a menudo se *valora* la obra de un artista en relación con su obra previa —su *trayectoria*—, con el *movimiento* al que pertenece o con el contexto en el que fue creada.

La tarea de *valoración* puede ser también emprendida mediante el llamado “*método de las variaciones*”, en la que se procede mediante la variación *imaginada* de diferentes despliegues del valor y las consecuencias. En gran medida, el arte es un desarrollo de *variaciones* efectuadas por terceros, que de alguna manera pueden resultar “*inspiradoras*” para quién debe *valorar* el caso en concreto.

Reinterpretando las enseñanzas de Aristóteles, el trialismo postula la posibilidad de reconocer diferentes *clases de justicia*, las que pueden ser pensadas también con relación a la *belleza*.

De allí que podrán concebirse *actos artísticos* que poseen mayor o menor *consenso* —el artista plástico es tal vez mas *extraconsensual*, pues suele ser un creador solitario; el cine, la danza, y las manifestaciones colectivas en general, presentan mayores despliegues de *consenso*—; pueden tener además mayor o menor *consideración* de las personas destinatarias (recipiendarios) o atender únicamente al *rol* de espectador —en gran medida, el arte fue pensado para la *contemplación pasiva* del sujeto *espectador* puesto frente a la obra—. En relación a las *razones*, los actos artísticos suelen ser en general más *polilogales* —en el sentido de reconocer varias razones— que *monologales*; sin embargo, las razones suelen ser difíciles de conocer y quedan *ocultas* en la misma obra. Por último, con respecto a la *contraprestación* que recibe el repartidor (creador), se distingue entre la justicia *conmutativa o espontánea*: si bien el acto creador tienen fuertes tendencias a la *espontaneidad* (sin contraprestación), la marcada mercantilización del arte y el florecimiento de las industrias culturales, vuelve al acto profundamente *interesado* en

la contraprestación⁷¹. Desde otro punto de vista, las llamadas “*obras por encargo*”, o la figura del *gosht writer*, suelen ser casos de *actos artísticos* provocados casi exclusivamente en razón de la contraprestación económica⁷².

Existen clases de justicia también con relación al *orden*, en este caso, al *orden de actos artísticos*. Pueden pensarse entonces, actos artísticos con despliegues de justicia *gubernamental* –proveniente del *todo*– o de justicia *partial* –provenientes de la *parte*–; y por otro lado, actos que desarrollen una justicia *integral* –referida al *todo*, por caso, la arquitectura– o una justicia *sectorial* –referida a una *parte*, vrg., el arte visual–.

La *justicia* también puede ser estudiada en referencia al *complejo axiológico* propio del mundo jurídico, constituido, como ya dijimos, por la propia *justicia* pero también por el resto de los valores que se *construyen*. La *belleza*, aún con la profunda crisis que vive, encabeza quizás el *complejo axiológico* de mundo artístico, en el que también habrá otros valores ubicados en diferentes niveles. Ambos complejos tienen mutuas injerencias, las que se aprecian en el Derecho del Arte.

⁷¹ Los llamados “movimientos alternativos”, como Creative Commons o las agrupaciones de “copyleft”, sostienen que el arte debe ser *espontáneo*, y atacan en gran medida las *contraprestaciones* que se originan de la obra (Conf. STORY, Alan y otros, “El dossier copia/sur”, Caracas, Grupo de Investigación CopySouth, 2008, disponible en <http://copysouth.org>; TARIN, Bruno y ADRIANO, Belisario. (orgs.), “Copyfigh”, Río de Janeiro, Beco de Azougue Editorial, 2012; BUSANICHE, Beatriz (comp.), “Argentina Copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura”, Bs. As., Fundación Vía Libre, 2010, disponible en www.vialibre.org.ar; ver LESSIG, “Cultura Libre” cit.).

⁷² Frente a los problemas que genera la atribución de propiedad de las obras por encargo, las legislaciones suelen regular específicamente la hipótesis. Aun cuando las obras por encargo reposan en la *contraprestación* prometida, no obstante pueden ser para el artista una importante oportunidad para expresar otras *razones*. Un caso elocuente y paradigmático es la pintura mural que le fuera encargada a Diego Rivera para ser emplazada en el recientemente inaugurado Rockefeller Center. En la cuna del capitalismo, el artista encontró la posibilidad de exponer sus razones *contra* el sistema económico, pintando diferentes “símbolos” comunistas (incluido el retrato de Lenin), lo que provocó la ira de su comitente y la pronta demolición de la obra (ver, www.cookingideas.es/mural-rivera-20111115.html).

Los valores que constituyen los *complejos axiológicos* pueden ser *absolutos* (siempre resultan valiosos, por ej., la justicia, la belleza, la utilidad, la verdad, etc.) o *relativos* (pueden resultar o no valiosos en relación con otros valores). El Trialismo identifica los valores relativos que componen el *complejo axiológico* del mundo jurídico⁷³; asimismo, es posible reconocer valores *relativos* propios del *complejo axiológico* del mundo artístico⁷⁴.

Una de las mayores riquezas de los aportes trialistas consiste en la postulación de categorías que nos permiten pensar la relación entre *valores*⁷⁵. Los valores se relacionan legítimamente *coadyuvándose* –si se encuentran en el mismo nivel, en relaciones de *contribución*; si están en diferente, en relaciones de *integración*– o se oponen y se *sustituyen*. Las relaciones pueden además ser ilegítimas, produciendo el *secuestro* de los valores, en términos de *subversión* (un valor inferior ocupa ilegítimamente el lugar del superior), *inversión* (el valor superior desplaza al inferior), o de *arrogación* (producida en el mismo nivel).

En relación a la autoría de *actos artísticos*, cabe tener en cuenta interesantes relaciones que se producen, como ya hemos dicho, entre *justicia* y *belleza*, pero también entre estas y la *utilidad*, atendiendo al fuerte dominio que este valor posee en el vigente sistema capitalista. Ya hemos adelantado que tensas relaciones entre *utilidad*, *belleza* y *justicia* se producen, de modo paradigmático, en las relativamente nuevas “industrias culturales”, hoy devenidas en grandes “industrias del entretenimiento”, en el cual el arte se *mercantiliza*, algunas veces con profundos desbordes de la *utilidad*⁷⁶. Los excesos, generan *ilegítimas arrogaciones*,

⁷³ Se trata de los valores desarrollados en el orden de repartos como el *poder*, la *cooperación*, la *previsibilidad*, la *solidaridad*, el *orden*, la *pacificación* (GOLDSCHMIDT, op. cit, págs. 379 y ss), y también con los referidos a las normas y el ordenamiento normativo, como la *fidelidad*, la *exactitud*, la *adecuación*, etc.

⁷⁴ Además de la belleza, el arte tiene referencia, por ejemplo, a la *armonía*, la *verosimilitud*, la *proporcionalidad*, la *creatividad*.

⁷⁵ Se trata del *funcionamiento del complejo axiológico* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 24).

⁷⁶ La industria cinematográfica produce ingresos por exportaciones que la ubican como la segunda industria más importante de los Estados Unidos. Mientras tanto, el cine de producción nacional participa únicamente en el 8,5% de la recaudación total por exhibiciones en el país (cifras año 2012, <http://sinca.cultura.gov.ar/sic/estadisticas/>).

por un lado, de la *utilidad* en demerito de la *belleza* –al imponer, por ejemplo, *criterios* que determinan el *modo* y la *clase* de *actos artísticos* que se producen–, y, por otro lado, de la *utilidad* en perjuicio de la *justicia* –lo que se observa, por ejemplo, en el incremento del plazo de vigencia de los “derechos de autor” cuya titularidad ostentan las grandes corporaciones productoras, y también, en el *desplazamiento* que ha sufrido el protagonismo de la OMPI frente a la injerencia de la OMC respecto a temas de propiedad intelectual⁷⁷–.

En términos más específicos, limitados al mundo de las artes plásticas, debe tenerse en cuenta el florecimiento y desarrollo del *mercado del arte*, uno de los grandes mercados de *inversión* y, a menudo, de especulación financiera. Ello genera, no solo que el *precio* se convierta en el parámetro que mide la *calidad* de la obra⁷⁸, sino también –lo que es más preocupante– la *acumulación* de gran parte del patrimonio artístico en unos pocos patrimonios *privados*. Sin duda la aplicación del

Sobre las industrias culturales en general ver LÓPEZ, Gustavo, “Las industrias culturales en la legislación argentina”, Bs. As., Coedición del Centro Cultural de la cooperación y la Universidad Nacional de Quilmes, 2009; MORENO, Oscar, “Artes e industrias culturales. Debates contemporáneos en Argentina”, Caseros, EDUNTREF, 2010; Getino, Octavio, “El capital de la cultura: las industrias culturales en Argentina”, Bs. As., Ciccus, 2008. Sobre el volumen y desarrollo de las industrias culturales en argentina –las que se calculan representan el 3,5% del PBI nacional– ver el informe del Sistema de información cultural de la Argentina (SInCA) – “Valor y símbolo. Dos siglos de industrias culturales en Argentina” en http://sinca.cultura.gov.ar/sic/publicaciones/libros/SInCA_ValorySimbolo.pdf.zip. Ver además, Observatorio de Industrias Creativas (OIC, <http://www.buenosaires.gob.ar/observatorio-de-industrias-creativas>); Mercado de Industrias Culturales (MICA, www.mica.gob.ar).

⁷⁷ OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. OMC: Organización Mundial del Comercio. Resulta paradójico que los instrumentos internacionales que lograron la adhesión de la mayoría de los Estados, y que establece el régimen internacional vigente de la materia, haya sido “negociado” y aprobado en el marco de la OMC. Se trata de los llamados Acuerdos ADPICs (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio). Conf. Álvarez Navarrete, Lilian, “Derecho de ¿autor?”, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006.

⁷⁸ Sobre el mercado del arte y los factores que rigen la relación *precio-calidad* de la obra, ver MOULIN, Raymonde, “El mercado del arte. Mundialización y nuevas tecnologías”, Bs. As., La Marca editora, 2012.

modelo de *acumulación capitalista* puede generar profundos retrocesos para la belleza y la justicia, y en definitiva, la *humanidad*. El Derecho del Arte posee grandes posibilidades para asumir estas *especiales exigencias* de justicia y *regular* adecuadamente el mentado mercado del arte⁷⁹.

Desde otro punto de vista, la relación entre la situación jurídica del artista y la de la comunidad –como vimos, relación *centro crítico-esfera crítica*– se presenta como un despliegue de las tensiones entre *utilidad*, por un lado, y *justicia* y *belleza*, por el otro. En esta línea, parece que el *derecho a acceder* del que son titulares los miembros de la comunidad, no puede ser reducido al *acceso gratuito* –que perjudique, al menos indirectamente, la situación del artista creador–, pero tampoco se satisface con un *acceso* excesivamente *oneroso*, como el que en gran medida debe soportar hoy el espectador⁸⁰.

3. *Axiosofía dikelógica con relación a la belleza: la construcción del contenido de la justicia.*

Como ya advertimos, la formulación actual del Integrativismo Trialista propone analizar la *justicia* de las conductas humanas (los repartos y su ordenamiento) y de las normas (y su ordenamiento), sobre *bases construidas a partir del consenso*.

Si compartimos que el contenido mínimo de la justicia se compone de un *principio supremo de justicia* de acuerdo al cual se ha de

⁷⁹ La regulación implica *reconocer*, por ejemplo, nuevas figuras contractuales con características propias, atendiendo además a la noción de *patrimonio común* y de *bien público* (que pueden implicar fuertes restricciones respecto al *objeto* de las transacciones), así como también nuevos *sujetos* (el galerista, el *marchand*, el coleccionista privado, etc.). Conf. SOZZO, Gonzalo (dir.), “La protección del Patrimonio Cultural”, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2009; asimismo VALICENTI, Ezequiel, “La relación jurídica entre artista y galerista. El contrato de galería de arte ('marchand')”, en *microjuris.com* MJ-DOC-5956-AR | MJD5956.

⁸⁰ Una interesante relación de estos términos, puede ser vista en la ley sobre el “*precio uniforme de venta al público o consumidor final de libros que se editen o importen*” (ley 25.542), la que establece la uniformidad de precios y la imposibilidad de otorgar descuentos más allá de los reglamentados. No obstante, es claro que esta normativa está pensada en favor de los editores y no de los lectores.

“*adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, convertirse en persona*”⁸¹, podemos pensarlo –para el caso específico del Derecho del Arte– en relación a la *belleza*. De esta manera, el *contenido* de la *justicia* con referencia a la *belleza*, indica que ha de adjudicarse a cada individuo la esfera de libertad para realizar la *belleza* necesaria para su *personalización*⁸².

En líneas generales, podemos pensar que el *acto artístico* se encuentra justificado en tanto logra el desarrollo de la *persona* (tanto de autores como de destinatarios-espectadores). A su par, el *plagio* o *falsificación* –surgidos tal vez por importantes exigencias de *utilidad*– presentan severas dificultades en cuando a su *legitimidad*⁸³.

En lo específico, partiendo de aquel principio supremo formulado con vinculación a la *belleza*, el Derecho del Arte puede analizar la justicia atendiendo a los elementos del *acto artístico* y su ordenación, según vimos en la *dimensión sociológica*⁸⁴.

En cuanto a la *justicia* del reparto y sus elementos (del *acto artístico*), hay que considerar la *legitimidad* de los conductores (creadores), de los recipiendarios, de los objetos (potencias e impotencias), de la forma y de las razones.

Por ejemplo, la *legitimidad* del artista para crear –conducir el acto artístico creativo– tradicionalmente se desenvolvió sobre bases *aristocráticas* –apoyada en la superioridad moral y técnica–. Sin embargo, no pueden desconocerse ciertas reivindicaciones basadas en la *autonomía* de los interesados –tal vez reflejada en la manda que indica que “*toda*

⁸¹ CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 30. El principio fue sugerido por Goldschmidt, aunque desde bases objetivas, en op. cit. pág. 417.

⁸² La formulación corresponde a CIURO CALDANI, Miguel Ángel en “Los valores jurídicos y el resto del mundo del valor” en “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, FIJ, 1986, pág. 90. Ver igualmente, GONEM MACHELLO, Graciela, “Algunas reflexiones sobre Derecho y Arte” en “Boletín del Centro...” op. cit., N° 14 pág.50. Quizás el Derecho del Arte deba pensar también en el recorrido inverso, estos es, la *belleza* con relación a la *justicia*, partiendo de aquel valor.

⁸³ Un alegato en favor de la legitimidad del plagio, en tono literario, se desarrolla en LAISECA, Alberto, “Por favor, ¡plágienme!”, Bs. As., Eudeba, 2013

⁸⁴ Podría pensarse también en el desarrollo de la justicia con referencia a las *normas* y el *ordenamiento normativo* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., págs. 26 y ss, y 29 y ss.).

persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”⁸⁵ –, y en ocasiones con sustento en la *democracia*, fundados en el apoyo de la mayoría. También se ha señalado que el artista puede ser considerado un repartidor *criptoautónomo*, en el sentido de expresar sentidos queridos por los demás⁸⁶.

En relación a los destinatarios (recipiendarios), su legitimidad “para recibir” puede estar fundada en *merecimientos* –en la *necesidad*– o en *meritos* –en la propia conducta–. El *derecho al arte* (derecho al acceso), nace en gran medida de la *necesidad* de cada hombre de constituirse como un sujeto que *viva* despliegues artísticos. La plenitud del *derecho al arte*, que constituye uno de los horizontes a realizar dentro del Derecho del Arte, requiere el desarrollo de los *medios* para acceder al arte⁸⁷.

Es posible también indagar acerca cuáles son las *potencias e impotencias* que son dignas de ser repartidas mediante el acto artístico creativo. Como hemos sostenido previamente, el *goce artístico* es una importante potencia que nutre el desarrollo de la *persona humana*, tanto del artista como del espectador. Tiene hoy fuerte impronta la atribución de *entretenimiento*, tal vez menos genuino y *personalizante*. El acto artístico también atribuye *propiedad*, de importancia tal que el Derecho de autor fue desarrollado como una forma de propiedad que merecía protección⁸⁸.

Sobre la *forma* del acto artístico, el requerimiento de justicia exige que se asegure la *audiencia* de los interesados, la que se materializará en la *negociación* –cuando se trate de un *reparto autónomo*– y en el *proceso*

⁸⁵ Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), art.27. En igual sentido, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 15; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 13, y su Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, art. 14

⁸⁶ CIURO CALDANI, “Derecho del Arte” op. cit.

⁸⁷ Se entiende que la plenitud del *acceso al arte*, requiere no solo de *medios jurídicos*, sino también de *medios educativos, medios económicos*, etc.

⁸⁸ Se la suele denominar “*la plus sacrée*”, en alusión a las palabras con que Le Chapelier defendió la propiedad intelectual frente a la Asamblea Nacional nacida de la Revolución Francesa de 1789.

—si se conduce mediante *repartos autoritarios*—. El acto artístico, según hemos visto, tal vez por influencia de la *belleza*, presenta grandes limitaciones para la *negociación*. El *plagio*, visto hoy desde el Derecho como un acto autoritario, quizás posea en el *mundo artístico* algunas posibilidades para la *negociación* —entre quien utiliza obra ajena, y quien escucha las razones del “plagiante” y permite tales usos—.

Por último, en cuanto a las *razones* del reparto (acto artístico), la justicia exige que posea una *adecuada fundamentación*, mediante la cual aquellas se legitiman. En general, como ya advirtiéramos, el artista suele manejar una pluralidad de razones, pero su especificidad hace que la *fundamentación* sea la misma obra, lo que la sociedad tiene por suficiente. El plagio, y en especial, fenómenos como la *intertextualidad* o el *apropiacionismo*, suelen carecer de toda *fundamentación* jurídica, y son tenidos por *ilegítimos*.

Desde otro punto, los *actos creativos* provenientes de las “industrias del entretenimiento”, producidos en otras latitudes, carecen a menudo de una *adecuada fundamentación* —sobre todo en términos de *belleza*, y en última instancia, de *humanidad*— cuando se difunden indiscriminadamente en “*el sur*” —por ejemplo, en Latinoamérica— y desplazan las manifestaciones artísticas propias de estas culturas. Se ha advertido que sus razones, casi exclusivamente utilitarias, no pueden ser tenidas como *fundadas* pues generan *empobrecimiento* de la cultura local, produciendo el riesgo —hoy cierto— de cierto “*colonialismo*” cultural⁸⁹.

Considerando ahora la justicia del *orden de repartos* —que en el caso del Derecho del Arte también deberá ser pensado con relación a la *belleza*—, el *realismo* sostiene la necesidad de construir un *régimen humanista*, en el cual el hombre sea tenido como un *fin* en sí mismo y no como un *medio*. El fundamento último ha de ser la plenitud del ser humano, el desarrollo de la exigencia de *humanidad*, a la que debería orientarse la *justicia*, pero también las de *belleza*. Cuando el régimen es ilegítimo se vuelve *totalitario* y *mediatiza* el hombre al servicio de

⁸⁹ Conf. ÁLVAREZ NAVARRETE, Lilian, “Derecho de ¿autor?...”, op. cit. Igualmente, COLOMBRES, Adolfo, “América como civilización emergente”, Bs. As., Sudamericana, 2004; GARCÍA CANCLINI, Néstor, “Por qué legislar sobre industrias culturales” en “Revista Nueva Sociedad”, N° 175, México, 2001, pág. 43

valores o propósitos superiores.

El acto creativo es, en principio, agregativo de *humanidad*, y tanto el artista como el espectador son tenidos como *fines*. No obstante, existen ciertos desarrollos que generan *mediatizaciones*, tanto del artista autor –por ejemplo, el artista puesto a trabajar como un *medio* en servicio del *mensaje*, ideológico, político o, incluso hoy, *publicitario*⁹⁰–, como también del *espectador* –en donde el destinatario no es considerado como una *persona* digna de desarrollar, sino como un mero *agente consumidor* a conquistar–⁹¹.

El *humanismo* a desarrollar implica la *protección* del individuo contra los peligros provenientes de *los demás* individuos, del propio régimen, de él mismo y de *lo demás* (enfermedad, ignorancia, soledad, etc). Los actos artísticos suelen ser importantes en la protección contra el régimen, pues el artista suele *denunciar* injusticias o desnudar el ejercicio del poder, y en este sentido desenmascara *fortaleciendo* al individuo y *debilitando* al régimen⁹². Por otro lado, en tanto el *acto artístico* es un camino para expresar las *emociones* y las *pasiones*, implica una **protección** del hombre *contra sí mismo*, y en tanto el “disfrute” del arte permite el desarrollo emocional del ser, también logra que los espectadores-destinatarios se fortalezcan contra su propio peligro y, en alguna medida, contra la *ignorancia* o la *soledad*.

Desde otro ángulo, como ya lo hemos afirmado *ut supra*, el *artista* es un *débil jurídico*, que requiere de una profunda *protección* humanista contra las amenazas que lo circundan, en particular, por

⁹⁰ En gran medida el arte de *propaganda*, hoy para la *publicidad* y el *marketing*, esconde tras la máscara de la genuina expresión artística del hombre profundos intereses *mediatizadores*. Ver, por ej., LYNCH, Enrique, “Sin sponsor no hay performance” en “Revista Ñ”, del 12-10-2013, pág. 29.

⁹¹ Importa que el *espectador* no se vuelva un *consumidor*.

⁹² Cada disciplina artística recoge muchos casos paradigmáticos, actos artísticos que *denunciaron* injusticias mientras el régimen opresor estaba vigente. Entre los muchos casos, y en orden local, pueden mencionarse las obras literarias “*Operación Masacre*”, de Rodolfo Walsh o el “*Martín Fierro*” de José Hernández; las películas “*La Patagonia rebelde*” de Héctor Olivera, “*Bolivia*”, de Adrian Caetano; varias las obras visuales como “*Civilización y Barbarie*” de León Ferrari, “*Made in Argentina*” de Ignacio Colombres; las obras “*Noche de perros*” o “*Canción de Alicia en el País*” de Charly García; etc.

ejemplo, contra las provenientes del *régimen económico* y la mercantilización del arte, las originadas por *otros individuos* –grandes empresas, o poderosos coleccionistas; incluso *falsificadores* o *plagiadores*–, o de otros fenómenos, como la “*piratería*” (aunque hay que tener en cuenta, cuándo es el *artista* el *real* perjudicado con este ilícito).

Y cabe además tomar en consideración que el sujeto destinatario –genéricamente, *espectador*– es también en muchos casos un sujeto *débil*, sobre todo indefenso frente a las amenazas del régimen vigente (económico, jurídico, e incluso, el artístico) que mutila sus posibilidades de desarrollo como un *ser* que vive en el arte.

El *humanismo* que debe afianzar el *régimen* puede ser *abstencionista* o *intervencionista* (“paternalista”), aunque en cualquier caso ha de atender a la *unicidad*, *igualdad* y *comunidad* –es decir, reconocer a los hombres como *únicos*, *iguales* y miembros de la *comunidad*–.

El desarrollo del arte es más pleno cuando se desenvuelve en el *abstencionismo*, en particular, por la fuerte referencia a la *libertad* de creación artística⁹³. No obstante, en ocasiones se defiende cierto *paternalismo* que permita el cabal desarrollo de las capacidades artísticas, por ejemplo, mediante la “*educación artística*”, que permite desentrañar los sentidos del arte.

V. Cierre

El Derecho del Arte debe emerger como una rama autónoma del *mundo jurídico* cuya construcción *transversal* permita atender a las exigencias de la *nueva era* que nos atraviesa⁹⁴. Hoy hemos intentado pensar los *sentidos jurídicos* de la *creatividad artística*, a partir de lo cual puede pensarse el *acto artístico creativo*. De este modo, hemos tratado de realizar un mínimo aporte para continuar construyendo el novedoso enfoque que permite el Derecho del Arte.

⁹³ Ver nota 43.

⁹⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo” en “Revista Jurídica La Ley”, diario del 04-02-2011, 2011-A, págs. 841 y ss.

ESTRATEGIA EN LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES*

JUAN JOSÉ BENTOLILA **

Resumen: En este trabajo queremos subrayar la importancia de contar con una teoría jurídica compleja que, utilizando categorías de la dimensión sociológica del Derecho, permita operar estratégicamente sobre el diseño de los Tribunales.

Palabras claves: Filosofía - Derecho - Teoría trialista del mundo jurídico - Estrategia jurídica

Abstract: In this paper we want to underline the importance of relying on a juridical complex theory which, using categories of the sociological dimension of the Law, should allow to operate strategically on Courts' design.

Key words: Philosophy - Law - Trialist Theory of the Juridical World - Juridical strategy

1. Una de las decisiones más significativas a las que se enfrenta el legislador al momento de proyectar un sistema jurídico, es la referida al diseño de los órganos jurisdiccionales que tendrán por finalidad la emisión de las respuestas jurídicas concretas en los casos que les fueran sometidos a estudio.

En efecto, la organización de los Tribunales (sea que fueren pensados como Poder Judicial o como servicio de administración de Justicia)

* Trabajo presentado en las “Terceras Jornadas Nacionales de Estrategia Jurídica y Nuevas Ramas Jurídicas”, organizadas por la Cátedra C de la asignatura Filosofía del Derecho y el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR. Rosario, 29 de agosto de 2014.

** Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la UNR. Correo electrónico: johnb@arnet.com.ar .

constituye un punto central que puede conllevar el éxito o el fracaso de la puesta en marcha del ordenamiento normativo.

En relación a ello es que se impone establecer líneas estratégicas que definan las necesidades a cubrir y los medios que serán puestos en ejercicio para lograr tales fines.

Desafortunadamente, no puede sino destacarse que tal perspectiva jurídica usualmente sufre una cierta marginación en la planificación de la currícula y, por ende, en la formación de los operadores jurídicos involucrados.

En efecto, tanto la visión táctica, entendida como el método o sistema para ejecutar o conseguir algún efecto jurídico, como el abordaje estratégico, referente al arte de dirigir la gestión de un conflicto en base a un conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima para cada momento, suelen ser entendidos como aspectos con baja prioridad de teorización¹, habida cuenta que generalmente se difiere su aprendizaje a la posterior praxis, ámbito que no cuenta con un marco pedagógico adecuado para ello.

Las razones que abonan esta ausencia son variadas.

En un primer orden de ideas, debemos destacar que, para poder establecer estrategias de planificación de los Tribunales, se necesita generar comprensión del presupuesto fáctico situacional (lo que es, con independencia de lo que, con arreglo a algún patrón, debe ser), y de las decisiones a ser adoptadas, prisma usualmente soslayado por los modelos

¹ Aun cuando la bibliografía al respecto es significativamente extensa. Cf. 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”, N° 22, págs. 11 y ss.; 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”, N° 23, págs. 17 y ss.; “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación ...” cit., N°32, págs. 25 y ss.; y “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011; MEROI, Andrea Angélica, “La estrategia en el Derecho Procesal. La comprensión de la decisión y la estrategia en la resolución de conflictos”, en “Investigación ...” cit., N° 35, págs. 49 y ss.

reduccionistas del unidimensionalismo normativista imperante en nuestro medio jurídico².

En un segundo orden de ideas, el avance hacia la visión realista de “lo jurídico”, perspectiva primordial en el marco del Derecho anglosajón, resulta materia de análisis sólo como modelo jusfilosófico anecdótico, aun cuando lo cierto es que su relevancia en el tema que nos convoca es altamente significativa. Así, la introducción de la visión realista de la guerra cuenta con un respaldo histórico incuestionable en la obra de Sun Tzu, la de la política fue referenciada por Nicolás Maquiavelo, y la de la economía por Adam Smith. Mientras ello sucedía, en el Derecho la radicalización de la escuela de la exégesis³ -de la cual somos, en parte, tributarios- obliteró indefectiblemente cualquier desarrollo en aquel sentido. No sin razón se explica que a las propuestas silogísticas de la escuela de la exégesis se ha atribuido la pérdida de cierta capacidad estratégica de los hombres del Derecho⁴.

² Sobre ello, v. CASTÁN TOBEÑAS, José, “Los Sistemas Jurídicos contemporáneos del mundo occidental”, en “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000; CATALANO, Pierangelo, “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, en “Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho”, México, Porrúa, 2006; DAVID, René, JAUFFRET SPINOSI, Camilla, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10ª ed., París, Dalloz, 1992; LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982; MOISSET de ESPANÉS, Luis, “Codificación civil y Derecho Comparado”, Bs. As., Zavalía, 1994; SACCO, Rodolfo, GAMBARO, Antonio, “Sistemi giuridici comparati”, Torino, Utet, 1999; SCHIPANI, Sandro, “El Derecho Romano en el Nuevo Mundo”, en “Sistema jurídico latinoamericano...”, cit.; STEIN, Peter, “El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica”, Madrid, Siglo XXI, 2001; y ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, “An Introduction to Comparative Law”, 2ª ed., Londres, North Holland Publishing Company, 1992.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas)”, Rosario, Zeus, 2007, pág. 244; *vide* también BONNECASE, Julien, “L’École de l’Exégèse en Droit Civil”, 2ª ed., París, Boccard, 1924.

⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en “Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina”, 31.03.2004, fascículo Nro. 13, págs. 30 y ss.

En tales términos, si tuviéramos que efectuar un diagnóstico de la situación de nuestro objeto de estudio, claramente se evidencia que los modelos jurídicos predominantes revelan ausencia de categorías que permitan la disección del complejo fáctico, que pongan de manifiesto las distinciones entre los diversos roles de cada operador, y que permitan el ingreso interdisciplinario de la teoría de la decisión⁵ en el ámbito jurídico.

Por el contrario, son dos los modelos teóricos que propician la utilización del análisis táctico y estratégico en el campo jurídico.

El primero de ellos es el realismo jurídico⁶, que se interroga acerca de la formación de convicciones por parte del juez, que distingue la posición relativa de cada operador frente al conflicto, y que suplanta los interrogantes acerca del valor justicia por los referentes al valor utilidad.

⁵ P. v. entre muchos otros CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes de análisis económico del Derecho para la teoría trialista del mundo jurídico”, en “Investigación ...”, N° 37, págs. 21 y ss.; HÖFFE, Otfried, “Estudios sobre teoría del derecho y la justicia”, trad. Jorge F. 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.; MEROI, Andrea Angélica, SALMÉN, Gabriel Mauricio, “Seminario sobre Teoría de la Decisión”, en “Investigación ...” cit., N° 38, págs. 159 y ss.; MEYER, Paul L., “Probabilidad y aplicaciones estadísticas”, reimp., trad. Carlos Prado Campos y otros, 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”, 6ª ed., Cambridge, Massachusetts, 1996; RAWLS, John, “A Theory of Justice”, 10ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980, págs. 142 y ss.; SOTO, Alfredo Mario, “El análisis económico del Derecho en la Filosofía del Derecho norteamericana”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 129 y ss.; VANBERG, Viktor, “Racionalidad y reglas” (rec.), trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 51 y ss. y 149 y ss.; WHITE, D. J., “Teoría de la decisión”, Madrid, Alianza Universidad, 1990; y WRIGHT, Georg Henrik von, “La lógica de la preferencia”, trad. Roberto J. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1967.

⁶ P. v. FINCH, John, “Introducción a la Teoría del Derecho”, trad. Francisco Laporta San Miguel, Barcelona, Labor, 1977, págs. 201 y ss.; FRANK, Jerome, “Courts on trial. Myth and reality in American Justice”, New Jersey, Princeton University Press, 1973; y HOLMES, Oliver Wendell, “La senda del Derecho”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1975.

El segundo lo constituye el integrativismo jurídico⁷, corriente de pensamiento complejo⁸ de la cual la teoría trialista del mundo jurídico⁹ es especie, que permite la apertura a la dimensión sociológica del Derecho y también el estudio del complejo de fines de cada sujeto involucrado (los objetos y las razones del conflicto).

2. Asumiendo entonces que nuestra disciplina también puede ser abordada con una visión sociológica, se impone el ingreso al estudio del diseño del sistema judicial desde una perspectiva fáctica, arribando entonces a las primeras decisiones estratégicas.

Y como no se puede elegir sin información, y no se sabe de antemano cuál será la información relevante, entendemos que nunca

⁷ Acerca del integrativismo p. v. CAMPOS, Roberto, "Metodología jurídica trialista", en "Investigación ..." cit. N° 39, págs. 163 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Aportes Iusfilosóficos...", cit., págs. 390 y ss. Puede resultar enriquecedora la comparación con la propuesta de COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1964; del mismo autor "Teoría de la verdad jurídica", Bs. As., Losada S.A., 1954; y también REALE, Miguel, "Filosofía del Derecho", Madrid, Pirámide S.A., 1979.

⁸ BOCCHI, Gianluca, CERUTI, Mauro (comp.), "La sfida della complessità", trad. de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª ed., 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", 7ª reimp., trad. Marcelo Pakman, 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.

⁹ 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", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, U.N.R. Editora, 2012; del mismo autor, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; y "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; y BENTOLILA, Juan José (Coordinador), "Introducción al Derecho", Bs. As., La Ley, 2009.

puede soslayarse: a) el reconocimiento de la realidad fáctica situacional; b) el reconocimiento del complejo de fines; y c) el reconocimiento de las vías posibles.

A los fines de la optimización de la información, resulta menester la descomposición del problema en diversas categorías de análisis. El objetivo de este esquema de análisis no será otro que favorecer la conjetura¹⁰ de los resultados.

Y para lograr el éxito en tal faena, no pueden soslayarse algunos aspectos, tales como el análisis del escenario (lo que permite mejor percepción y comprensión de las conductas e intenciones, y una cabal construcción de escenarios futuros), el relevamiento de los sujetos participantes y sus vinculaciones, el reconocimiento y la evaluación del problema, el establecimiento de las aspiraciones utilitarias (el logro de mayores beneficios con menores costos), y la fijación de objetivos “de máxima” y “de mínima”.

Así, una primera cuestión a ser dilucidada es la de los sujetos que intervendrán en la emisión de respuestas jurisdiccionales. Bajo tal óptica, no puede soslayarse una estrategia que responda a la pregunta de quiénes serán los que decidirán los casos sometidos a proceso.

Es que, claramente, puede pensarse en establecer un sistema de jueces legos o técnicos, unipersonales (cuya decisión solitaria impone la existencia de un cuerpo colegiado de revisión) o Tribunales de composición plural (integración que admite entonces la definición del caso en instancia única, y conlleva la reducción del factor tiempo en la solución).

¹⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura...” cit., págs. 10 y ss.; con cita de JOUVENEL, Bertrand de, “El arte de prever el futuro político”, trad. Leandro Benavides, Madrid, Rialp, 1966; LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, “Para una balanza del Derecho que permita apreciar los grados de las pruebas y de las probabilidades”, en “Escritos Filosóficos” (rec.), trad. Roberto Torretti, Tomás E. Zwanck y Ezequiel de Olaso, Bs. As., Charcas, 1982, págs. 370 y ss.; MACH, Ernst, “Conocimiento y error”, Bs. As., Espasa Calpe Argentina, 1948, págs. 18 y ss.; POPPER, Karl, “Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico”, trad. Néstor Míguez, Barcelona, Paidós, 1983; REALE, Miguel, “Verdade e Conjetura”, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983, pág. 25; y del mismo autor, “Nova fase do direito moderno”, San Pablo, Saraiva, 1990.

Lo expresado también autoriza un desarrollo estratégico que puede optar por colegiar a través del azar (abriendo cauce, por ende, a la ejemplaridad jurisprudencial) o dividir en salas (lo que conduce a la existencia de cierta planificación jurisprudencial, la que también puede reforzarse a través de los sistemas de unificación de líneas de precedentes, tales como fallos plenos y fallos plenarios).

En cuanto a los beneficiarios, pueden diseñarse fueros completos sobre la base de los requerimientos de estatutos personales (tales como los que refieren a los comerciantes) o también protectorios que amparan ciertos sectores (tales como los trabajadores o los consumidores).

El objeto debatido genera interrogantes en relación a la autonomía jurisdiccional de ciertas ramas del Derecho (así, el Derecho Internacional Privado o el Derecho Constitucional que, en nuestro sistema de control difuso no cuenta con respuesta unificada), muchas de las cuales se fusionan con otras en los Tribunales de fuero pleno. Inclusive también se pone en cuestionamiento en ciertas circunstancias la propia autonomía material (nada obsta a pensar en Tribunales especializados en Derecho de la salud).

Más aun, la creación de órganos jurisdiccionales diferenciados por competencia de tipo cuantitativo constituye el resultado de una estrategia tendente a dividir el objeto discutido según se trate de pequeñas causas o causas de mayor cuantía, simplificando el trámite en el primer caso a los fines de que se establezca cierta simetría entre el costo de la respuesta jurídica y el monto comprometido en el pleito.

Es aquí que debe evitarse la lectura desde los objetivos formalizados en las normas, toda vez que, en muchas ocasiones, el establecimiento de mayores intervenciones jurisdiccionales no tiende a buscar una solución adecuada al problema, sino por el contrario, su dilución en el tiempo (tal como puede evaluarse en relación a las diversas opiniones que genera el establecimiento de mayores instancias de conocimiento en casos en los que el tiempo resulta el factor fundamental, como puede ser en materia previsional).

La forma, entendida como camino a recorrer para lograr la debida audiencia con anterioridad a la emisión del pronunciamiento, condicionará en mucho los tiempos de la decisión, factor que usualmente resulta ocultado por ficciones como la retracción de la sentencia al momento de

la interposición de la demanda. Sin embargo, el operador jurídico no puede soslayar la incidencia de tal situación en el diseño estratégico del sistema jurisdiccional, limitando tal aspecto con principios propios del Derecho procesal, tales como la inmediación de las partes con el Juez (fundamental en fueros como el de Familia) o la concentración del trámite (con la consiguiente ganancia en celeridad).

Otra decisión estratégica que conviene apuntar, es el requerimiento de la emisión de decisiones fundadas en razones, imponiendo un análisis motivado (así, por ejemplo, la evaluación probatoria a través del instituto de la sana crítica), organización que es propia de nuestro sistema y ajena a la idea de la libre convicción que impera en otras familias jurídicas como la del *common law*.

Sin duda que los límites constituyen ámbitos de análisis ineludibles de cualquier estrategia de diseño de unidades jurisdiccionales. Los hay físicos (la lejanía de la unidad jurisdiccional), sociales (la dificultad de acceso a la jurisdicción de los sectores marginales), políticos (la gravitación que tienen ciertos despliegues ideológicos en relación a la organización de fueros favorables a determinados sectores), o económicos (el costo de cada unidad jurisdiccional). Frecuentemente resultan invisibilizados en función de diverso tipo de ficciones jurídicas o de formalizaciones normativas que no toman a cargo las realidades fácticas que imperan en el marco del Poder Judicial. Así, con independencia de los tiempos y costos delimitados por los textos legales adjetivos, la realidad impondrá la capacidad del sistema de otorgar respuestas a los justiciables, siendo que no resulta infrecuente el divorcio entre lo que la norma postula y la experiencia en el desarrollo de la actividad tribunalicia.

En cuanto al grado de planificación, va a estar dado por la mayor o menor relación de subordinación que se imponga entre superiores e inferiores jerárquicos, o inclusive por la existencia de subordinación común (hasta hace relativamente poco tiempo, en nuestra Provincia de Santa Fe contaban los Fiscales y Defensores, integrados en el Poder Judicial, con un superior común, el Procurador General). En efecto, ninguna estrategia puede viabilizarse si obviamos las relaciones de poder existentes entre los sujetos involucrados.

La obligatoriedad (legal o moral) de los fallos de instancias

superiores también condicionará el libre juego de la ejemplaridad, que será sustituida en mayor o menor medida por referencias de planificación.

En otro orden de ideas, la decisión acerca del tipo de método de solución del conflicto (jurisdiccional o alternativo), variará según las épocas, culturas, tipos de conflictos, y necesidad de que los involucrados se sientan partícipes de la solución común, revelando una perspectiva que admite la referencia a desarrollos estratégicos.

3. Va de suyo, los lineamientos estratégicos pueden sufrir ajustes informados por las particularidades de los ámbitos en los que las respuestas jurídicas han de ser brindadas, debiéndose en tal caso evaluar la efectividad de los órganos jurisdiccionales según una gran serie de parámetros, que incluirán no sólo su eficiencia en términos numéricos y estadísticos, sino su aptitud para el restablecimiento de la paz alterada por el conflicto judicial.

Y resulta inevitable la construcción de una estrategia argumentativa¹¹ que tienda a justificar la dirección adoptada en la organización de los Tribunales de Justicia¹².

¹¹ P. c. ALEXY, Robert, "A Theory of Legal Argumentation", Oxford, Clarendon, 1989; ATIENZA, Manuel, "A propósito de la argumentación jurídica", en "Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho", volumen 21, págs. 33 y ss.; del mismo autor, "Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica", 3ª reimp., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; GHIRARDI, Olsen A., "El Razonamiento Judicial", Lima, Academia de la Magistratura, 1997, págs. 60 y ss.; MORESO, Juan, NAVARRO, Pablo, REDONDO, María, "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", en "Doxa" cit., 1992, volumen 11, págs. 247 y ss.; PERELMAN, Chaïm, "Logica giuridica nuova retorica", a cargo de Giuliano Crifò, Milán, Giuffrè, 1979; PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS - TYTECA, Lucie, "Tratado de la argumentación. La nueva retórica", trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000; PLANTIN, Christian, "La argumentación", trad. Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 1998; PORTELA, Mario Alberto, "Argumentación y sentencia", en "Doxa" cit., 1998, volumen 21, págs. 333 y ss.; VIGO, Rodolfo Luis, "Razonamiento judicial justificatorio", en "Doxa" cit., 1998, volumen 21, págs. 483 y ss.; y WESTON, Anthony, "Las claves de la argumentación", trad. Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Ariel, 1999.

¹² Basta ver cuánto se ha dedicado en los últimos tiempos a evaluar los aciertos y errores de la reforma judicial en materia procesal penal.

4. En suma, para diseñar un Poder Judicial no basta con el análisis de normas jurídicas, sino que se requiere una capacidad estratégica que sólo puede ser teorizada con recurso a marcos que admitan el ingreso de la realidad social al fenómeno jurídico.

Caso contrario, la lectura sesgada del problema a que conduce la radicalización de un único aspecto (el normológico), sólo puede conspirar contra la obtención de un pronóstico conjetural más adecuado.

APORTES AL ESTUDIO DE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO EN EL PERÍODO 1914 – 2014 (UNA CONTRIBUCIÓN METODOLÓGICA A LA HISTORIA DEL DERECHO) *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se utiliza el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, que incluye en éste las dimensiones sociológica, normológica y dikeológica como método para comparar históricamente los sucesos ocurridos desde el comienzo de la Primera Guerra Mundial al presente, cuando comienza una nueva era.

Abstract: In this paper we use the three-dimensional integrativist approach of the trialist theory of the juridical world, that includes into Law, the sociological, dikeological and normological dimensions as a method to compare historically the events that took place since the beginning of the First World War to the present day, when a new Era begins.

Palabras clave: Historia. Metodología. Derecho. Integrativismo, Tridimensionalismo. Trialismo. Primera Guerra Mundial. Nueva era.

Key words: History. Methodology. Law. Integrativism. Three-dimensionalism. Trialism. First World War. New era.

* Base de la exposición del autor en la Reunión Abierta de la Cátedra C de Filosofía del Derecho y el Área de Filosofía de la Historia del Derecho del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario referida a las *Grandes transformaciones jurídicas del período 1914-2014* realizada el 30 de junio de 2014 en relación con el comienzo de la Primera Guerra Mundial

** Profesor titular jubilado contratado de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: mciuro@fder.unr.edu.ar .

I. Ideas básicas

1. La comprensión de la *Historia*¹ requiere planteos temporales *comparativos* y, en este caso, dada la gran importancia de los cambios producidos, que nos instalan hoy en una *nueva era*, es relevante tener en cuenta el período transcurrido entre el comienzo de la Primera Guerra Mundial (durante cierto tiempo “la Gran Guerra”) y la actualidad². Suele

¹ Es posible v. por ej. FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por Joseph-Maria Terricabras, Barcelona, Ariel, 1994, t. II, págs. 1650 y ss.

² Se puede *ampliar* en nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

En la centuria que consideramos se ha acentuado la *aceleración de la historia*.

Cabe c. por ej. GOETZ, Walter y otros, “La época del imperialismo”, en la “Historia Universal” dirigida por Walter Goetz, trad. Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, t. X, 1961; La Primera Guerra Mundial, <http://www.mallorcaweb.net/mamiranda/esp/modulodos/temacuatro/elmundodesde1914al1945.pdf>, 14-7-2014; COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, “Guerra Mundial, Primera”, en “Gran Enciclopedia Rialp”, 2ª reimp., t. XI, 1981, págs. 437 y ss.; “Guerra de 1914-1918”, en “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana”, Espasa, t. XXVII, págs. 56 y ss.; Primera Guerra Mundial, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Primera_Guerra_Mundial, 28-7-2014; MORENO, Carlos Alberto Dr., “Sarajevo 1914: las dos balas que desencadenaron una hecatombe, Dossier Geopolítico”, <http://www.dossiergeopolitico.com/2014/05/sarajevo-1914las-dos-balas-que-desencadenaron-un-a-hecatombe.html>, 29-7-2014; además es ilustrativo c. varios artículos en Ferran Sala Casasampere, sobre todo el reportaje a David Stevenson, <http://ferransala.com/la-mano-negra-financiera-permitio-a-gavrilo-princip-asesinar-al-archiduque-en-sarajevo-hace-ahora-100-anos/>, 23-7-2014 (Dice Stevenson respecto de la Primera Guerra, por ejemplo: “Su huella está en todas partes. Muchos de los puntos calientes tienen su origen, en parte, en aquella guerra. Los Balcanes, Ruanda, creada a partir de territorio alemán cedido a Bélgica; Líbano, ampliado por los franceses en 1920; Irlanda del Norte, establecida en 1921; Irak, creado por los británicos a partir de tres provincias otomanas, o la Declaración de Balfour sobre Palestina en 1917. Por supuesto, está en el origen del ascenso de ideologías como el nazismo, el fascismo y el comunismo. Y tuvo un papel en España, agravando la división entre izquierda y derecha y polarizando la opinión pública. Forma parte del camino que conduce a la Guerra Civil española.”, <http://ferransala.com/la-mano-negra-financiera-permitio-a-gavrilo-princip-asesinar-al-archiduque-en-sarajevo-hace-ahora-100-anos/>, 23-7-2014). Cabe c. por ej. “Past & Present”, <http://past.oxfordjournals.org/search?fulltext=”>

decirse que el siglo XX fue un siglo “corto”, en ciertas perspectivas porque habría comenzado en 1914 y porque habría concluido con la caída del “Muro de Berlín” en 1989 o de la Unión Soviética en 1991. Algunos lo subdividen entre la “crisis de los treinta años”, desde el comienzo de la Primera Guerra Mundial y la finalización de la Segunda (1914-1945) y la “tercera” guerra, denominada Guerra Fría ³.

El siglo ⁴ que transcurre desde 1914 a 2014 ⁵ y la nueva era comenzada en las últimas décadas evidencian y anuncian enormes cambios históricos ⁶ cuya apreciación *jurídica* se hace de manera más esclarecedora cuando se emplea un *modelo de construcción del objeto Derecho* con adecuada referencia histórica. Esta aptitud se manifiesta en el integrativismo tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo jurídico* ⁷.

present&submit=yes&x=0&y=0, 24-7-2014; The History Guide, Lectures on Twentieth Century Europe, <http://www.historyguide.org/europe/europe.html>, 24-7-2014; 1901 to World War II, <http://www.fsmitha.com/h2/>, 24-7-2014.

³ Es posible v. por ej. Historia del mundo actual, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_del_mundo_actual, 24-7-2014; About.com, Education, 20th Century History, <http://history1900s.about.com/>, 4-7-2014.

Hoy como siempre, pero con la especial intensidad de una nueva era, hay que tener capacidad para responder a la desafiante pregunta “¿quo vadis?”, que nos debemos históricamente a nosotros mismos. Necesitamos saber dónde estamos para resolver mejor el tiempo al que debemos ir.

La “historia del mundo actual” da a veces nombre a disciplinas universitarias.

⁴ La consideración de periodos en la Historia suele ser esclarecedora y en este caso el período de cien años entre 1914 y 2014 es muy relevante.

⁵ Cabe c. por ej. 1914, Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/1914>, 29-6-2014; El mundo antes de 1914, grandes imperios y alianzas entre potencias, <http://www.librosvivos.net/smtc/PagPorFormulario.asp?TemaClave=1197&est=0>, 30-6-2014.

⁶ En relación con el enorme cambio científico, técnico, y moral de nuestro tiempo es posible v. por ej. BILBENY, Norbert, “La revolución en la ética”, Barcelona, Anagrama, 1997 (“Porque la *aceleración de las cosas* corre más veloz en la pista del conocimiento del mundo que en la de su gobierno, como lo prueba hoy el hecho desconcertante de que los hábitos y las creencias hayan realizado un giro mayor que las ideologías y las instituciones públicas. En éstas vivimos aún de los saldos del siglo XIX mientras que en aquéllas vivimos ya de las novedades del siglo XXI.”, pág. 13).

⁷ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ejemplo GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª

Según la propuesta de construcción del objeto jurídico trialista han de integrarse en éste repartos ⁸ de potencia e impotencia ⁹ (*dimensión sociológica*) captados por normas (*dimensión normológica*) y valorados,

ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); “Justicia y verdad”, Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Buenos Aires, Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 10-5-2014; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 10-5-2014; “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 9-5-2014; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, 19-5-2014; “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 10-5-2014; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 12-5-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 12-5-2014; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 12-5-2014.

⁸ La noción de reparto fue utilizada ya por Aristóteles (v. por ej. ARISTOTELES, “Ética Nicomaquea”, V, 5 y 6, 1133b, 1134b, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1234; trad. Salvador Rus Rufino y Joaquín Meabe, 2ª. ed., Madrid, Tecnos, 2011, pág. 185; además c. VILLEY, Michel, “Philosophie du droit”, 2ª. ed., París, Dalloz, t. I, 1978, págs. 65/6 (le partage); “La Justicia en Aristóteles”, en Civitas Digital, <http://civitasdigital.wordpress.com/2012/01/07/569/>, 30-7-2014. Dice Aristóteles, v. gr., “Por lo demás, la justicia es la cualidad que permite calificar de justo al hombre capaz de realizar, partiendo de una elección libremente consentida, actos justos y de operar un justo reparto entre él mismo y otro, o entre dos personas distintas, de tal manera que ...”. (loc. cit. trad. Samaranch).

⁹ Es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana. La determinación de los alcances de la *vida humana* es difícil, como lo es por ejemplo para la Medicina, pero es imprescindible porque es notorio que vivimos.

los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*¹⁰). Desde una perspectiva más dinámica, cabe referirse a la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar repartos de potencia e impotencia captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia.

Cada teoría jurídica significa una posición ante la Historia y una manera de establecer la “inter-temporalidad”¹¹. Así como la teoría pura del Derecho es casi un “cheque en blanco a la Historia”, donde la normatividad se desinteresa en la mayor medida que puede de los cambios en la realidad social y sus valores, el trialismo significa a nuestro parecer una satisfactoria referencia, plenamente histórica, a realidad social, normas y valores¹².

La Historia se desenvuelve en un *proceso temporalinterrelacionado* que abarca el pasado, el presente y el porvenir y a nuestro parecer el Derecho ha de ser considerado una parte de él. La teoría pura no tiene criterios para reconocer la riqueza de perspectivas temporales diferenciadas. Al fin, todo le resulta “neutralmente” lógico. El trialismo posee especial aptitud para apreciar e integrar esas diversidades¹³.

Lo que sea el Derecho actual lo será por el pasado y el porvenir. Lo será de manera más plena si se adopta la construcción trialista.

¹⁰ La expresión “dikelología” fue empleada ya, con un sentido relativamente diferente, por Altusio.

¹¹ Consideramos temporalidad a las oportunidades que brinda el tiempo para las realizaciones vitales y las respuestas al respecto. La Historia se desenvuelve en el marco de la *memoria*, el recuerdo, la resignificación, la revivencia y el *olvido*. La memoria se relaciona de manera profunda con los otros despliegues de la persona, en gran medida con la inteligencia. El olvido suele producirse por interferencias. Hay que vivir la Historia *con conciencia* histórica. La memoria y el olvido son hoy problemas de importancia para las neurociencias.

¹² Es posible *ampliar* en nuestro artículo “Teorías Jurídicas e Historia”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, “Ponencias en Santiago I”, págs. 97 y ss.

¹³ El modelo jurídico integrativista tridimensionalista trialista puede servir de base para la construcción de *modelos* integrativistas tridimensionalistas trialistas de la Historia y la Cultura toda, incluyendo *hechos, lógica y valores*. La lógica de la Historia suele expresarse en *relatos*.

II. Aportes trialistas a la relación histórica

1) El mundo jurídico

1') En general

Dimensión sociológica

2. La dimensión sociológica propuesta por la teoría trialista del mundo jurídico incluye *adjudicaciones* de potencia e impotencia. Las adjudicaciones son *distribuciones* generadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y *repartos* producidos por la conducta de seres humanos determinables.

a') Las distribuciones

3. A veces se considera que el conflicto iniciado hace ahora un siglo se hizo casi *inevitable* a partir del asesinato del archiduque Francisco Fernando, heredero de la corona de Austria-Hungría, y su esposa en Sarajevo el 28 de junio de 1914¹⁴. El carácter inevitable resulta, en gran medida, de distribuciones que superaban las posibilidades de conducción humana.

El homicidio fue concretado por Gavrilo Princip¹⁵, un joven que no había llegado a cumplir veinte años miembro de la Joven Bosnia, movimiento que tenía el propósito de emancipar a Bosnia de Austria-Hungría. Según parece, habría contado con el apoyo de militares serbios¹⁶,

¹⁴ Se puede v. por ej. Atentado de Sarajevo, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Atentado_de_Sarajevo, 30-6-2014. El 28 de junio era una festividad ortodoxa, de modo que para algunos la visita del Archiduque fue considerada una provocación.

¹⁵ En algunos casos se escribe Prinzip y en otros Princip. Se puede v. por ej. LÓPEZ, Alfred, "Gavrilo Prinzip, el joven que provocó el estallido de la Primera Guerra Mundial", <https://es.noticias.yahoo.com/blogs/cuaderno-historias/gavrilo-prinzip-estallido-primer-guerra-mundial-152935988.html>, 30-6-2014.

¹⁶ Aunque no sería él el encargado de producir las muertes.

comprometidos con la causa eslava y ortodoxa y la recomposición de su Imperio medieval. Como Francisco Fernando tenía el propósito de organizar los “Estados Unidos de la Gran Austria”, una federación multicultural ¹⁷, los serbios se apresuraron para frustrar sus ideas a través de la promoción del atentado ¹⁸.

Sin desconocer el grado de reprochabilidad de Gavrilo Princip y sus compañeros, cabe reconocer que los protagonistas del suceso de Sarajevo vivieron una expresión de distribuciones que los excedían notoriamente. Se dice que había un “volcán” que estaba a punto de estallar y cada pueblo se consideró injustamente atacado ¹⁹, aunque tal vez en concreto el que más lo hubiera sido era el austro-húngaro.

Si se hicieran referencias a las raíces de *Occidente* quizás podría pensarse que se trataba de un conflicto entre pueblos “*germanos*”, con referencias eslavas y turcas. Sin desconocer la presencia romana (v. gr. en Francia, Inglaterra y al fin Italia y Portugal), cabe señalar que fueron pueblos germanos los grandes protagonistas del conflicto.

Sarajevo, fundada por los otomanos, estuvo bajo la tutela del Imperio Austro-Húngaro desde el tratado de Berlín de 1878 ²⁰ y en 1908 había sido anexada al mismo, pero poseía una gran *complejidad cultural* ²¹.

La codicia del grupo de los vencedores de 1918, que tal vez tampoco decidieron del todo libremente, fue una causa muy relevante de la violencia que se mantuvo en largos períodos de la centuria que nos

¹⁷ La multiculturalidad era una característica de varios Estados de la época, sobre todo en los Imperios Centrales. En Austria-Hungría alcanzaba niveles especialmente tensos. Suele decirse que era un Estado “hueco” mantenido por el aparato gubernamental y el predominio de la religión católica.

¹⁸ Suele afirmarse que las dos Guerras Mundiales “calientes” significaron el suicidio de Europa. Es posible v. por ej. BELCORE, Guillermo, “1914, una tragedia europea”, Diario La Prensa, martes, 01 de julio de 2014, <http://www.laprensa.com.ar/424576-1914-una-tragedia-europea.note.aspx>, 1-7-2014. Se afirma que la Primera Guerra tal vez sea el verdadero comienzo del siglo XX y a veces se dice que fue su acontecimiento decisivo.

¹⁹ Cabe c. GOETZ, Walter, “La evolución espiritual a la vuelta del siglo”, en GOETZ, Walter y otros, “La época del imperialismo”, op. cit., pág. 50.

²⁰ Aunque formalmente todavía pertenecía al Imperio Otomano.

²¹ Era utilizada como punto de partida para ensayar modernizaciones urbanísticas a implantar en Viena.

ocupa. Es más, es posible que la Primera Guerra haya sido el primer gran episodio de un proceso bélico casi centenario.

Se ha dicho con acierto que los tratados de “paz” que ponían “fin” a la Primera Guerra se oponían a toda sincera colaboración. El deseo de mantener sujetos a unos y de engrandecer a otros era el signo claro de un nacionalismo excesivo, pero no el comienzo de una nueva época²². Sin desconocer la fuerza de sucesos que los excedían, tal vez quepa afirmar que los vencedores de la Primera Guerra no tuvieron ni la grandeza ni la inteligencia necesarias para resolver acertadamente la situación²³. Terminaba una época pero no se sentaron las bases de una mejor.

La Primera Guerra trajo consigo la *caída* de cuatro grandes imperios, el Alemán, el Austro-Húngaro y el Otomano por una parte y el Ruso por otra. Quitar el “tapón” que era el Imperio Austro-húngaro tuvo consecuencias sorprendentes. La caída de la dinastía de los Habsburgos que gobernaba el Imperio, una de las más antiguas de Europa²⁴, abrió camino a la formación de una diversidad de repúblicas inestables que, luego del avance euroasiático de Rusia, hoy buscan la paz y el desarrollo en el seno de las organizaciones europeas.

Consideramos que luego los vencedores de la Segunda Guerra merecieron la victoria, pero también entonces, como en la generalidad de los casos, ninguno de los bandos estuvo exento de la comisión de enormes crueldades²⁵. En las adjudicaciones bélicas del siglo que nos ocupa murieron, con mayor o menor culpa de los repartidores, decenas de millones de inocentes. En las tres grandes guerras, más que nunca, muy poco fue fácil, rápido o limpio. Tal vez la terrible afirmación bélica generó conciencia, de cierto modo dialéctica, de la “no guerra”, por lo menos de la no guerra total²⁶.

²² V. por ej. GOETZ, Walter, “Introducción”, en GOETZ, op. cit., t. X, 1961, pág. 5.

²³ En especial era mezquina la actitud de los vencedores europeos. Se puede c. por ej. BRANDENBURG, Erich., “Europa después de la Guerra Mundial”, en GOETZ, op. cit., t. X. sobre todo págs. 523 y ss.

²⁴ Ex titular del Sacro Imperio Romano Germánico.

²⁵ Es posible v. por ej. COMELLAS GARCÍA-LLERA, José Luis, “Guerra Mundial, Segunda”, en “Gran Enciclopedia Rialp” cit., t. XI, págs. 441 y ss.

²⁶ Se atribuye a Albert Einstein, uno de los grandes personajes más característicos del siglo que nos ocupa, decir: “No sé con qué armas se luchará en la Tercera Guerra

4. La “centralidad” de *Europa* en el mundo, que provocó que su conflicto se extendiera al Planeta, como sucedió también en la Segunda Gran Guerra, hoy ya no existe. La Primera Guerra fue marco de la **ascensión** de los *Estados Unidos de América* como una potencia protagónica que decidió su resultado. El fin de la Segunda Guerra evidenció la decadencia del Reino Unido y abrió camino a la *Guerra Fría*²⁷, aunque también promovió la formación de la actual *Unión Europea*.

La terminación de la Guerra Fría ha sido expresión de un período de relativa decadencia de Rusia y el espacio para el ascenso de *China*²⁸. Incluso tal vez abrió camino para la formación de los grupos de los 7, los 20, los 77 y los BRICS, este conjunto con especial aspiración de porvenir²⁹. Tal vez la conclusión de la guerra en Vietnam haya sido el momento de finalización del momento de mayor poderío de los Estados Unidos de América.

La Primera Guerra Mundial fue una manifestación bélica del proceso de *mundialización* que quizás había tenido su primera gran muestra en 1522, al concluir la expedición hispánica de Magallanes y Elcano, y hoy se expresa, ya sin tanta violencia física, en la oquedad de la *globalización*, generadora de marginalidad. Una mundialidad manifestada en la actualidad en la necesidad de una eticidad cósmica ante la evidencia

Mundial, pero si sé con cuáles lo harán en la Cuarta Guerra Mundial: piedras y palos". "No lo sé. Pero en la otra guerra que le siga, sí sé, seguro, que se tendrá que luchar empuñando un cuchillo". (Nota: respuesta sin vacilar ante la pregunta de cómo serían las armas con las que se combatiría en la próxima contienda. Wikiquote, Albert Einstein, http://es.wikiquote.org/wiki/Albert_Einstein, 29-7-2014, los textos tienen citas diversas en el mismo sentido).

²⁷ A veces considerada Tercera Guerra Mundial.

²⁸ En cuanto a las relaciones vastas y crecientes de China, cabe c. por ej. ZHONGPING, Feng - JING, Huang, “China’s strategic partnership diplomacy: engaging with a changing world”, en ESPO, Working Paper 8, http://www.fride.org/descarga/WP8_China_strategic_partnership_diplomacy.pdf, 24-7-2014; también es posible c. v. gr. FONTEVECCHIA, Jorge, “Brics 2: China (Todo es geografía)” (20/72014), Perfil.com, columnistas, <http://www.perfil.com/columnistas/Brics-2-China-Todo-es-geografia-20140720-0015>, 29, 30-7-2014.

²⁹ Es posible v. BIELSA, Rafael – MIRRE, Federico, “Las tres potencias del siglo”, Perfil.com, columnistas, 20-07-2014, <http://www.perfil.com/columnistas/Las-tres-potencias-del-siglo-20140720-0036.html>, 24-7-2014.

en la nueva era de pertenecer a un Universo inconmensurable³⁰ y la posibilidad de que se produzca el fin de nuestra especie.

5. Entrando específicamente a las diversas perspectivas de las distribuciones cabe referir, en cuanto a las adjudicaciones de la *naturaleza*³¹, que el escenario donde comenzó la “Guerra Mundial”, es el de la península balcánica de Europa, ésta a su vez una “*península*” de Eurasia, con una zona más “marítima” y una continuidad más terrestre hacia Asia. Los conflictos entre *Europa* y *Asia* tienen antigüedad milenaria³². Tal vez el gran desarrollo y la influencia alcanzados por Europa se deban en parte a la relativa benignidad de su clima y a la penetración de sus mares.

Una de de las partes del conflicto estallado en 1914 estaba en el corazón relativamente *continental* de Europa, el de los llamados “imperios centrales”, Alemania y Austria-Hungría, y el espacio *euroasiático* del Imperio Otomano. Otra parte se formaba por un lado con el ámbito europeo más entramado con la gran masa *territorial* de Asia, el Imperio Ruso (en compromiso con el espacio eslavo de Bosnia y Servia) y el espacio más *atlántico* de Francia y el Reino Unido con el apoyo final de los Estados Unidos de América³³. El triunfo lo obtuvieron las potencias atlánticas. Tal vez la condición más *interna y terrestre* de Alemania y

³⁰ Es posible v. ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L., “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005. Se puede *ampliar* en nuestros trabajos “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación y Docencia”, N° 27, págs. 9 y ss.; “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs.41 y ss.; “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/568/472>, 30-7-2014; “Un bioderecho cosmológico. El hombre como protagonista jurídico de la vida en el Cosmos”, en “Jurisprudencia Argentina”, 2011-IV, XIII Número Especial de Bioética, Coordinador Pedro F. Hooft, págs. 4 y ss.

³¹ Es posible v. FERRATER MORA, op. cit., t. III, págs. 2500 y ss.

³² Los exponen las llamadas Guerras Médicas y recientemente los conflictos en Palestina, Irán, Irak, Siria, etc. En nuestros días la complejidad y la crueldad de los enfrentamientos se incrementan por la codicia por el petróleo.

³³ La Primera Guerra Mundial, Historiasigloveinte.org, <http://www.historiasiglo20.org/IGM/guerra.htm>, 29-6-2014.

Austria, imperios “centrales”, haya contribuido de cierto modo a su derrota frente a potencias quizás más marítimas y tradicionalmente más dinámicas, como Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de América ³⁴.

La península de los Balcanes, lugar de contactos de católicos, ortodoxos y musulmanes, era y siguió siendo un “polvorín” de Europa. Parece que los esfuerzos pacificadores e incluso la globalización no han producido allí hasta el presente logros satisfactorios ³⁵.

6. En el siglo transcurrido la perspectiva *biológica* de las distribuciones de la naturaleza ha tenido gran cambio. Hubo un incremento muy grande de la *población* mundial, ahora quizás menos intenso ³⁶. Ese aumento, complicado con mala distribución de los recursos, llevó a

³⁴ Hay quienes, como Jacques Pirenne, ponen énfasis en la referencia a civilizaciones marítimas que considera más individualistas, desarrolladas intelectualmente, internacionales, etc. y “territoriales”, que refiere como más grupales, jerarquizadas, etc. (PIRENNE, Jacques, “Historia Universal”, trad. José A. Fontanilla - Manuel Tamayo, 2ª. ed., Barcelona, Éxito, 1963, t. VI, págs. XIII y ss.).

Quizás la concentración de la estructura argentina en el puerto de Buenos Aires se deba a su situación en la confluencia de la Cuenca del Plata y al limitado frente marítimo que tuvo la Argentina durante mucho tiempo, sobre todo cuando grupos porteños contribuyeron al apartamiento de Uruguay.

³⁵ Para hacer referencia a las distribuciones de la naturaleza respecto de la juridicidad argentina cabe agregar a lo ya expuesto, por ejemplo, la importancia de la riqueza de la tierra; la en general abundante disponibilidad de agua potable; la confluencia de la muy extensa Cuenca del Plata; los recursos minerales en sentido amplio, actualmente incrementados por las expectativas de los yacimientos de “Vaca Muerta”; la relativa benignidad del clima predominante; la ubicación en el hemisferio Sur (que genera impotencias no descartables), etc. El país está ubicado en la vertiente atlántica de Sudamérica, con una extensión de casi 3,8 millones de km², de los cuales 2,8 están en el continente -con aproximadamente un 54% de llanuras (praderas y sabanas), un 23% de mesetas y otro 23% de sierras y montañas- y el resto se halla en el sector antártico -en este caso, con la adaptación de lo acordado internacionalmente al respecto-. El frente marítimo, sobre el Océano Atlántico, llega a los 4.725 km. (es posible v. por ej. Embajada Argentina. Londres, http://www.argentine-embassy-uk.org/docs/enlaces/enlaces_information_argentina.shtml, 26-7-2014). La Argentina es el país hispanohablante más grande el Planeta.

³⁶ Se puede c. por ej. Evolución de la Población Mundial, Eumed, <http://www.eumed.net/cursecon/2/evolucion.htm>, 22-7-2014.

acentuar preocupaciones acerca de la capacidad del Planeta para mantener a la humanidad.

El promedio de vida actual varía de manera impactante según las regiones, pero en muchas zonas hay una importante, a menudo sorprendente, elevación de las posibilidades de vida de la población.

Con gran frecuencia se rechaza encontrar explicación para la muerte. En un entrecruzamiento de naturaleza y cultura, la “*medicalización*” de la vida hace pensar que todo debe sanarse. La aparición de la *Bioética* y el *Bioderecho* es una expresión de la atención brindada a los problemas éticos de la ciencia y la técnica.

Se ha producido una gigantesca popularización del *deporte*, como práctica y, de modo descollante, como identificación de multitudes ³⁷.

7. La *psicología* del siglo que consideramos es marco de una gran *liberación de Eros*, quizás como no se tenga recuerdo. Comparar el “Superyó” predominante en 1914 y el de 2014 arroja resultados sorprendentes. Sin embargo, las grandes guerras son por su parte expresiones de terribles liberaciones de Tanatos, que desde hace décadas se procura controlar. Es también muy significativo el desenvolvimiento de los despliegues *colectivos*, principalmente las *masas*.

También la Psicología como disciplina, incluyendo la Psicología Social, ha realizado progresos destacables ³⁸. Gran parte de la centuria fue dominada por la atención brindada al Psicoanálisis.

8. Las distribuciones de las *influencias humanas difusas* provienen de la economía, la estructura social, la religión, la salud, la ciencia, la técnica, el arte, la educación, la concepción del mundo, etc.

La *economía* de 1914, cuyos desequilibrios y tensiones fueron una de las causas importantes de la guerra, reflejaba más diversidades entre la riqueza agraria, comercial, industrial y financiera. Alemania tenía

³⁷ La Argentina tiene alrededor de 40.000.000 de habitantes, distribuidos irregularmente con claro predominio del conurbano de la Capital Federal. Con diferencias no descartables se presenta el problema de la “*medicalización*” de la vida. Se desarrollan deportes con alta calidad internacional.

³⁸ No aceptamos los cuestionamientos a la calidad científica de la Psicología.

un potencial económico de cierto modo sorprendente y el Káiser había avanzado sobre espacios marítimos que el Reino Unido consideraba de su exclusivo predominio. El transporte ferroviario era la vía de comunicación terrestre predominante y mediante el ferrocarril Berlín Bagdad Alemania esperaba lograr gran influencia comercial y política en Turquía y en Persia. Aunque no fue causa de la guerra, la opinión pública británica lo vio como una muestra de las tendencias expansionistas de los Imperios centrales ³⁹.

Uno de los momentos de mayor conmoción económica del siglo que nos ocupa fue la *crisis de 1929*, generada en gran medida por el mundo de las finanzas y prolongada en gran parte de la década posterior (la Gran Depresión). La salida de ella requirió un modelo de intervención estatal en la economía y más social que, pese a haber tenido retrocesos como el llamado “Consenso de Washington”, nunca sería de nuevo nítidamente liberal ⁴⁰.

Además de los avances de la *sociedad de consumo*, que produce artículos de consumo y consumidores, ahora se ha generando cierto predominio de las *finanzas* que, al entrar en crisis, han llevado de nuevo a una enorme conmoción expandida en casi todo el mundo central e incluso el resto del mundo ⁴¹. Quizás el imperio de las finanzas, temido por el pensamiento católico tradicional, por genios literarios como Shakespeare y por grandes pensadores de la historia de distintas

³⁹ GILBERT, Martín, “Atlas Akal de la Primera Guerra Mundial”, trad. Rosa Mecha López, Madrid, Akal, 2003, pág. 4, Google, <http://books.google.com.ar/books?id=hrFywQenJKEC&pg=PA4&lpg=PA4&dq=ferrocarril+bagdad+alemania+guerra&source=bl&ots=y4oL5c4EiG&sig=uveJFSrJqMpffUHvGqveWy69Hy0&hl=es&sa=X&ei=9tLXU6y8CI7fsASZqYHQCQ&ved=0CB8Q6AEwAg#v=onepage&q=ferrocarril%20bagdad%20alemania%20guerra&f=false>, 29-7-2014.

⁴⁰ Es posible v. ContraPeso.info, 10 Puntos del Consenso de Washington, http://contra-peso.info/2004/10_puntos_del_consenso_de_washington/, 24-7-2014.

⁴¹ Se puede v. Caruana: “La crisis financiera proyecta aún sombras sobre la economía mundial”, El País, EFE, Fráncfort, 29 jun 2014, http://economia.elpais.com/economia/2014/06/29/actualidad/1404068805_336295.html, 3-7-2014; SIGMAN, Hugo, “Los fondos buitres, una plaga global”, en “La Nación”, 2 de julio de 2014, pág. 23, <http://www.lanacion.com.ar/1706248-los-fondos-buitres-una-plaga-global>, 2-7-2014;

orientaciones, como Spengler y Habermas, pueda considerarse manifestación de cierta decadencia de Occidente ⁴².

Los conflictos de 1914 se referían en mucho al reparto de un mundo colonial ⁴³ que ya no existe, sustituido en diversos casos por una dominación no formal a veces imperialista, por procesos de *integración* afectados por diversas crisis y por la *globalización/marginación* ⁴⁴.

Uno de los caminos para evitar la repetición de las guerras europeas fue la puesta en común “integradora” de los recursos de carbón y acero, cuya disputa las habían impulsado ⁴⁵. La Unión Europea, construida por senderos al menos relativamente democráticos y sociales, ha sido hasta no hace mucho una de las realizaciones más promisorias, no sólo del siglo que ahora concluye.

Sin ignorar la gran pobreza existente en 1914, cuando todavía se estaba constituyendo el capitalismo, en consonancia con algunas ideas marxistas cabe decir que la capacidad de producción se ha multiplicado pero en ciertos ámbitos la pobreza parece ir en aumento ⁴⁶. Las *desigual-*

⁴² Es posible *ampliar* en nuestro trabajo "Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 5, págs. 9 y ss.

⁴³ Quizás fue Gran Bretaña el país que más puramente entró a la Primera Guerra en defensa de su mundo colonial. Si bien invocó su carácter de garante de la neutralidad de Bélgica no podía esgrimir solidaridad cultural con la dictadura de los zares. Cabe c. por ej. TIRADO MEJÍA, Álvaro, “Colombia en la repartición imperialista. La repartición territorial en la era del imperialismo”, Biblioteca Virtual, Biblioteca Luis Ángel Arango, <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/corim/corim1a.htm>, 14-7-2014.

⁴⁴ Además de las obras respectivas citadas precedentemente cabe c. por ej. TOMLINSON, John, “Globalization and Culture”, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, págs. 106 y ss.

⁴⁵ Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Tal vez las indemnizaciones de guerra fueron reemplazadas por una política agraria europea altamente favorable a Francia.

⁴⁶ Más de 800 millones de personas viven en villas miseria en todo el mundo, Diario 26, miércoles 17 de marzo de 2010, <http://www.diario26.com/ms-de-800-millones-de-personas-viven-en-villas-miseria-en-todo-el-mundo-106285.html>, 26-9-2014; Prosperity Index 2013, Legatum, <http://www.li.com/#>, 15-7-2014. V. no obstante OPPENHEIMER, Andrés, “La pobreza del mundo según Bill Gates”, en La Nación, Martes 28 de enero de 2014, <http://www.lanacion.com.ar/1659033-la-pobreza-del->

*dades económicas*⁴⁷, con fuerte presencia *financiera*, han contribuido, incluso, a la crisis del al menos hasta hace poco muy promisorio proceso integrador europeo.

El desplazamiento poblacional ha incrementado la *urbanización* y aumentado problemas de *multiculturalidad*. La asimilación económica de potencias en principio no capitalistas, como *China*, lleva el interrogante acerca de la profundidad de dicha asimilación con las raíces del capitalismo occidental. Es más, según la experiencia de los BRICS cabe preguntarse sobre las relaciones entre el *desarrollo*, la *democracia* y la *libertad*⁴⁸. El *terrorismo* y el *tráfico de armas* y de *drogas* parecen expresar y al propio tiempo conmover el sistema dominante.

El ánimo de lucro, válido de las ciencias sociales y naturales, ha promovido, de manera quizás creciente, la *alienación* en la economía. Entre las grandes líneas de tensión de este tiempo se encuentran las que se refieren por una parte a la *democracia* y los *derechos humanos* y por otra al *capitalismo* y el *mercado*⁴⁹.

mundo-segun-bill-gates, 29-6-2014. Cabe c. Consejo Económico y Social, <http://www.un.org/es/ecosoc/>, 29-6-2014.

⁴⁷ La mitad de la riqueza mundial está en manos del 1% de la población, Publico.es, <http://www.publico.es/496389/la-mitad-de-la-riqueza-mundial-esta-en-manos-de-un-1-de-la-poblacion>, 29-6-2014. Cabe recordar. BOURDIEU, Pierre (dir.), “La miseria del mundo”, trad. Horacio Pons, Madrid. Akal, 1999.

⁴⁸ Legatum, <http://www.li.com/>, 15-7-2014. También FANS, Joan, “Unidos por la economía, separados por los valores democráticos”, El País, “La Nación”, Martes 15 de julio de 2014, <http://www.lanacion.com.ar/1709952-unidos-por-la-economia-separados-por-los-valores-democraticos>, 15-7-2014. También c. JUSTO, Marcelo, “Los BRICS desafían al sistema financiero con un nuevo banco”, BBC Mundo, Martes, 15 de julio de 2014, http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/07/140714_economia_brics_nuevo_banco_jgc.shtml, 15-6-2014.

⁴⁹ En relación con el tema cabe c. HABERMAS, Jürgen, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, trad. José Luis Etcheverry, Cátedra, Madrid, 1999, Scribd, <http://es.scribd.com/doc/13472029/Jurgen-Habermas-Problemas-de-legitimacion-en-el-capitalismo-tardio>, 30-7-2014; sin ignorar las críticas hechas a su pensamiento, también es posible recordar las tensiones entre dinero, sangre y derecho referidas por Oswald Spengler (es posible v. por ej. SPENGLER, Oswald, “La decadencia de Occidente”, trad. Manuel G. Morente, 13ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe, t. 2, 1983, págs. 586/7, asimismo [http://www.abrelosojos.yolasite.com/resources/Libros/La%20decadencia%20de%20occidente%20\(TOMO%20II\).pdf](http://www.abrelosojos.yolasite.com/resources/Libros/La%20decadencia%20de%20occidente%20(TOMO%20II).pdf), 30-7-2014).

9. Las influencias humanas difusas de la *estructura social* han variado notoriamente. Las estructuras predominantes en 1914 y en 2014 son notoriamente diferentes. Además de los *movimientos sociales* manifestados en el comunismo, el fascismo, el nazismo, el franquismo, el peronismo, el castrismo, etc. cabe reconocer la fuerza de la conmoción iniciada en Francia en 1968. Las barreras de clase y género se han *permeabilizado*. Incluso se admiten cambios de *género*.

Los conceptos de *igualdad* y *no discriminación* tienen hoy una fuerza que en 1914 hubieran resultado incomprensibles. Según hemos referido, las formaciones de masas tienen gran importancia en la política, los deportes, etc.

Más en la superficie del siglo transcurrido los cambios se evidencian en el contraste entre el conservadurismo de 1914, quizás manifestado por ejemplo en la férrea resistencia de la Corte de los Habsburgos austriacos a la profunda relación entre el archiduque y su esposa, la condesa Sofía Chotek⁵⁰ y los casos actuales de matrimonios uniendo a las familias reinantes y sectores “plebeyos”⁵¹.

10. El conflicto de 1914 mostró choques no del todo claros entre diversas orientaciones *religiosas*. Por una parte aparecen el cristianismo relativamente *católico* de Francia⁵², de cierto modo *anglicano* del Reino Unido y con predominio *ortodoxo* en el espacio eslavo, aunque Bulgaria entró en la guerra a favor de las Potencias Centrales. Por otra parte, el

⁵⁰ Monarquías de Europa y del mundo, Sábado 11 d julio de 2009, Condesa Sofía Chotek, princesa von Hoehenberg, duquesa von Hohenberg, <http://monarquiasdeeuropa.blogspot.com/2009/07/condesa-sofia-chotek-princesa-von.html>, 2-7-2014; Sofía María Josefina Albina Chotek, EcuRed, http://www.ecured.cu/index.php/Sof%C3%ADa_Chotek, 2-7-2014.

⁵¹ Es posible v. Letizia, de periodista plebeya a reina de España, *télam mundo*, <http://www.telam.com.ar/notas/201406/67787-letizia-de-periodista-plebeya-a-reina-de-espana.html>, 3-7-2014; Letizia Ortiz, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Letizia_Ortiz, 3-7-2014; Máxima, de plebeya a reina de Holanda, *Cromos*, <http://www.cromos.com.co/personajes/actualidad/articulo-146536-maxima-de-plebeya-a-reina-de-holanda>, 3-7-2014.

⁵² Presente también, por ejemplo, en aliados relativamente menos gravitantes, como Portugal e Italia.

cristianismo *luterano* alemán (v. gr. prusiano) y *católico* austro-húngaro⁵³. Sin embargo, la relativamente calvinista Holanda y la católica España permanecieron neutrales. Es más, la calvinista Holanda dio asilo al Káiser derrotado. Con cierta amplitud podría decirse, sin embargo, que si se tuvieran en cuenta las ideas weberianas⁵⁴, se podría hacer referencia a alguna afinidad de los países vencedores occidentales con el calvinismo, al menos oculto. Sobre todo cabe recordar el legado puritano de los Estados Unidos de América, cuyo poder tanto contribuyó a resolver las “tres guerras mundiales”.

Esas presencias religiosas conservan en 2014 ciertos sentidos de profundidad sólo cultural, pero en un mundo cristiano católico y protestante relativamente incrédulo, de modo considerable “*paganizado*”. La falta de un soporte religioso firme puede acentuar la inestabilidad cultural del “financiarismo”.

La posibilidad de ver el Planeta desde el exterior y los avances en la Astronomía incrementan la crisis de las perspectivas religiosas geocéntricas e incluso antropocéntricas y llaman a consideraciones más cósmicas, al agnosticismo y el ateísmo⁵⁵.

11. Las influencias humanas difusas de la *salud* han producido otra enorme revolución. Tal vez quepa destacar sobre todo la invención de los *antibióticos*. La propia idea de *salud* se ha revolucionado y ya no se refiere sólo a la falta de enfermedad (falta de “firmeza”) sino al menos al pleno *bienestar* físico, mental y social⁵⁶. El tradicional principio

⁵³ Si embargo la distribución religiosa fue bastante compleja. Por ejemplo: la católica Italia terminó la guerra del lado de la Entente franco-inglesa (en cuanto a la composición de la Entente puede v. por ej. Claseshistoria.com, <http://www.claseshistoria.com/1guerramundial/causasalianzas-tripleentente.htm>, 22-7-2014).

⁵⁴ WEBER, “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª ed., Barcelona, Península 1973.

⁵⁵ En cuanto al sentimiento cósmico religioso, es posible v. por ej. EINSTEIN, Albert, “El sentimiento cósmico religioso”, en WILBER, Ken (ed.), “Cuestiones cuánticas”, trad. Pedro de Casso, 10ª ed., Barcelona, Kairós, 2007, págs. 156 y ss., esp. pág. 158.

⁵⁶ Ver Organización Mundial de la Salud, <http://www.who.int/es/>, 22-7-2014. Importa, por ejemplo, tener en cuenta la Constitución de la Organización (http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf, 22-7-2014).

médico de beneficencia es integrado con los de no maleficencia, autonomía y justicia.

Uno de los grandes problemas de la época que nos ocupa es la aparición de la epidemia del “sida”, hoy en relativa vía de superación. Se viene superando también la marginalidad de la enfermedad mental. Como hemos referido, suele haber mucha más esperanza de vida pero, luego de un período de incremento de la población, ahora hay menos crecimiento vegetativo ⁵⁷.

Se dice que en 2050 más del setenta por ciento de la población mundial vivirá en las ciudades, con las cuestiones sanitarias específicas que esto significa ⁵⁸. La relativa *liberación de “Eros”* ya considerada, con las proyecciones sanitarias que contiene, es una de las características de este tiempo. También es relevante la referencia a la *química* como manera de controlar la personalidad ⁵⁹.

12. Las influencias de la *ciencia* y la *técnica*, de cierto modo medios de la fuerza y en sentidos especiales del poder (ciencia es potencia), se han incrementado de maneras también sorprendentes, penetrando hasta lo más profundo del ser humano.

⁵⁷ La población mundial tuvo un gran incremento, ahora disminuido: Evolución de la población mundial, Eumed, <http://www.eumed.net/cursecon/2/evolucion.htm>, 29-6-2014; JIMÉNEZ, Juan – MATILLA, Alfredo, “El Mundial de la esperanza de vida lo gana Japón: 84,7 años”, Opinión, http://opinion.as.com/opinion/2014/06/24/portada/1403563929_788201.html, 1-7-2014. Suele ser atribuida en parte a los métodos higiénicos. Es posible v. El Banco Mundial, Población, total, <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL>, 29-6-2014; Apuntes de Demografía, Conferencias internacionales de población, <http://apuntesdedemografia.wordpress.com/polpob/maltusianismo/conferencias-internacionales-de-poblacion/>, 1-7-2014.

⁵⁸ Según proyecciones del BID, Más del 70 por ciento de la población mundial vivirá en las ciudades en 2050, notiamerica.com, <http://www.notimerica.com/sociedad/noticia-mas-70-ciento-poblacion-mundial-vivira-ciudades-2050-20140626164537.html>, 29-6-2014.

⁵⁹ Se puede v. por ej. VERA, Valeria, “Mónica Müller: “Se creó la cultura de la pastilla; ya nadie se pregunta qué hago sino qué tomo””, en “La Nación”, Miércoles 30 de julio de 2014, lanacion.com, <http://www.lanacion.com.ar/1714000-monica-muller-medica-homeopata-negocio-salud-laboratorios>, 30-7-2014.

La centuria que nos ocupa ha vivido el desarrollo de revolucionarios recursos a fuentes *energéticas*, medios de *transporte*, *comunicación* e *información*⁶⁰. El siglo transcurrido fue escenario del desarrollo decisivo de la energía del petróleo y del uso de la electricidad, que en gran medida promovieron y decidieron los cambios históricos. Los finales del período corresponden al incremento creciente de la búsqueda de fuentes de energía “no convencionales” y renovables. Se acentúan los esfuerzos en cuanto a la energía atómica, solar, eólica, de biomasa, etc.

La nueva era constituye una revolución científica, técnica y moral enorme que incluye, por ejemplo, las industrias de materiales sintéticos, de producción de armas y farmacéutica y llega a la propia genética humana y a la robótica, cambio éste que hasta no hace mucho era sólo concebible en expresiones audaces de la ficción. Tal vez la mayor revolución producida en la historia de nuestra especie sea la que se manifestó cuando el 14 de abril de 2003 se anunció que se consideraba concluido el mapeo del *genoma humano*⁶¹.

La *contaminación ambiental* se ha hecho muy preocupante. Quizás la explosión de la primera bomba atómica en Hiroshima, el 6 de agosto de 1945, haya sido uno de los factores que más han contribuido a la pérdida de la ingenua creencia en la “santidad” de la ciencia. Desde entonces sabemos que es posible dar término a la existencia de la humanidad. No obstante, cuando se escriba la historia del siglo que nos ocupa habrá que reconocer los méritos de quienes manejando el poderío atómico suficiente no intentaron salvar su posible derrota dando término al menos a gran parte de la especie.

13. El *arte* es uno de los grandes caminos de influencias humanas difusas de vanguardia. En tiempos de la Primera Guerra era escenario de grandes conflictos expresados en la ruptura de tradiciones, que se manifestaron progresivamente en el arte abstracto, la disminución de los ornamentos y la mayor búsqueda de lo funcional. El arte abstracto –de

⁶⁰ Son muy diversos los espacios que pueden vincular el ferrocarril, predominante en 1914 y el automóvil y el avión, ya cotidianizados en la actualidad.

⁶¹ V. National Human Genome Research Institute, <http://www.genome.gov/11510905>, 24-7-2014.

modo no desdeñable correlativo a la abstracción normativista— puede haber sido cauce para cierto abandono mayor del respeto concreto a la vida humana evidenciado en las dos Grandes Guerras ⁶². La realidad “ausente” puede ser más fácilmente destruida.

Los partidarios del arte abstracto lo caracterizan como una espiritualidad, pero a nuestro parecer no hay espíritu sin realidad de referencia ⁶³. Se dice que la Geometría nos une, pero a nuestro parecer empleada en esa medida sólo nos globaliza ⁶⁴.

En la arquitectura se expresa que la abstracción se sustrae al objeto del mundo exterior, distanciándolo de toda interdependencia y acercándolo a lo que se considera su valor verdadero y básico, de modo que se evita la presencia del caos y lo arbitrario. Se entiende (en correlación con la propuesta kelseniana) que la abstracción termina finalmente acercándonos a la esencia más básica y “pura” de las cosas ⁶⁵. Tal vez las

⁶² Se afirma que la abstracción pura, en la que no hay remisión alguna a realidades naturales, surgió alrededor de 1910, como reacción al realismo. Es una de las manifestaciones más significativas del arte del siglo XX. Dentro del proceso del arte abstracto suelen destacarse el fauvismo y el cubismo. En general el arte estuvo considerablemente referido a la geometría.

⁶³ Acerca del arte abstracto se dice, por ejemplo “El arte ya no trata de imitar la naturaleza. Se trata de la búsqueda de una belleza interior más profunda e intensa que la belleza anecdótica y superficial de un solo objeto. Una belleza del espíritu, abstracta, no ligada a la anécdota y al caso o el hecho aislado sino a las esencias objetivas” (GRACIANI RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “Arte, abstracción y arquitectura. Arquitectura abstracta”, <http://wdb.ugr.es/~magracia/wp-content/uploads/ARQUITECTURA-ABSTRACTA1.pdf>, 7-7-2014). A nuestro parecer esa “interioridad” es irrespetuosa de la vida concreta.

⁶⁴ Se puede ver La Geometría que nos une, Niemeyer/Sebastian, Centro Niemeyer, <http://www.niemeyercenter.org/agenda/1209/la-geometra-que-nos-une.html>, 7-7-2014. A veces, aunque de manera discutible, se ha considerado como oposición del arte abstracto al apego de la música a los contenidos que había manifestado la obra wagneriana.

⁶⁵ Se cita como ejemplos de lo que ha producido la abstracción en la arquitectura a la Casa Schroeder en Utrecht, de Gerrit Rietveld, y el Pabellón Barcelona de Mies van der Rohe, ambos con grandes ventanales, relación fluida y amplia entre exterior e interior y horizontalidad de asimetría en voladizos y zócalos. Se destaca que ambos ejemplos pertenecen al neoplasticismo en el que la casa tradicional con esquema de caja cerrada se reemplazó con elementos abstractos y maquinistas. v. por ej. Arquitectura: Abstracción en la arquitectura, arq.com.mx, <http://noticias.arq.com>.

Torres Gemelas (World Trade Center), más obra de ingeniería que de arquitectura (no sólo por su destino sino por su escasez de ornamentos que sirvieran de apoyo a la mirada) fueron, pese a su referencia recíproca, monumentos a la abstracción típicos de este tiempo ⁶⁶. Quizás no carezca de significación su conflicto posible con el poder islámico ⁶⁷.

En el siglo que se cierra la *fotografía* continuó su impacto en las “artes representativas” y acentuó la respuesta de las inclinaciones al arte abstracto. En el *cine*, cuyo desarrollo comenzó unos años antes de la Primera Guerra, confluyen muchas manifestaciones artísticas; en él la técnica se adueña de la visión humana y las masas pueden acceder a espectáculos antes limitados a su reiteración, como el teatro. Tal vez sea el cine la expresión artística más característica del siglo XX.

Quizás se pueda afirmar que en nuestra centuria el predominio popular del vals ⁶⁸ fue reemplazado por el desarrollo del jazz ⁶⁹. La percusión avanzó sobre las cuerdas. Las *grabaciones* musicales, nuevos instrumentos apoyados en la electricidad y espectáculos *masivos* contribuyen a la caracterización del nuevo tiempo. Sin dejar de lado la multitud de estilos, la industrialización y la experimentación, cabe decir que la atonalidad fue una de las expresiones novedosas de la primera parte del siglo XX ⁷⁰. En este sentido, un alejamiento de la “disciplina”

mx/Detalles/15767.html, 30-7-2014. Otra de las grandes líneas de expresión de la arquitectura abstracta es la de Oscar Niemeyer, v. gr. en la Catedral de Brasilia. Se puede v. por ej. Arquitectura, Fallece el arquitecto Oscar Niemeyer, Obras, <http://www.obrasweb.mx/default/2012/10/24/muere-el-arquitecto-del-siglo-xx-oscar-niemeyer>, 7-7-2014.

⁶⁶ V. La construcción de las Torres Gemelas, <http://911allthetruth.wordpress.com/2008/11/10/construccion-torres-gemelas/>, 7-7-2014.

⁶⁷ En cuanto al significado de las Torres en el sistema y su caída puede interesar v. por ej. BAUDRILLARD, Jean, “Réquiem para las Twin Towers”, trad. Arq. Alfonso Corona Martínez, adaptación Arq. Gustavo Nielsen, <http://www.pagina12.com.ar/2001/suple/Radar/01-12/01-12-02/NOTA3.HTM>, 7-7-2014.

⁶⁸ Se puede c. por ej. Vals, Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Vals>, 7-7-2014.

⁶⁹ Es posible c. v. gr. Jazz, Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Jazz>, 7-7-2014.

⁷⁰ Se puede v. por ej. Historia de la música, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_m%C3%BAsica, 7-7-2014.

tradicional pero también de lo claramente “popular” caracterizó, por ejemplo, la obra de Arnold Schönberg ⁷¹.

Entre otros muchos despliegues, la dominación de la cultura anglosajona se manifiesta en que muchos miles de personas disfrutaban de canciones cantadas en una *lengua* que con frecuencia no entienden. Al fin es otra manera de abandono de la realidad. Se pasa de la música nacional a la de la globalización.

En tiempos de la democracia comienza también, sin embargo, el desarrollo de un arte *interactivo* ⁷².

14. Las influencias humanas difusas de la *educación* presentaron el incremento del acceso de las masas, aunque en muchos medios el mayor acceso formal no ha significado el logro de mayor calidad. Se desarrollaron la *opinión pública* y la *propaganda*. Las posibilidades de *información* suelen ser sorprendentes.

Ha avanzado de manera a veces avasallante la cultura de la *imagen*, que limita la posibilidad de abstracción. Los *medios de comunicación* de masas contribuyen a la expansión de las ideas dominantes y las *redes sociales* han abierto nuevas vías de participación y de relación. A veces estos senderos incrementan una crisis de la intimidad. En la línea de cierto abandono de la materialidad, la televisión e Internet tienden a confluir en el reemplazo del soporte papel, poniendo en cierta cuestión el ciclo de imperio de la imprenta e incluso tal vez la existencia del libro.

⁷¹ Amigo, no obstante, del pensador crítico Theodor W. Adorno.

⁷² La Argentina ha sido marco de individualidades brillantes. Cabe destacar, como ejemplos, en las Ciencias Naturales a Bernardo Houssay, Luis Federico Leloir y el anglo-argentino César Milstein; en la Filosofía del Derecho a Carlos Cossio y el germano-hispano-argentino Werner Goldschmidt; en la Lógica a Carlos Alchourrón; en el Arte a Jorge Luis Borges, Alberto Ginastera, Leopoldo Marechal, Manuel Mujica Láinez, Astor Piazzolla, Victoria y Silvina Ocampo, César Pelli y Clorindo Testa; en el Deporte a Diego Maradona y Lionel Messi, etc. Incluso tal vez sea significativo destacar que ha producido el primer Papa americano. También tiene instituciones científicas y artísticas relevantes. Sin embargo el país como conjunto no evidencia, sobre todo en los despliegues gubernamentales y de organización económica, el nivel que estos datos podrían indicar.

15. También las *concepciones del mundo* han variado. El asesinato de Sarajevo puso fin a un período de *optimismo* que no renacería. El conflicto impulsó la conclusión de la llamada “belle époque”, tiempo de pujanza económica y confianza en el porvenir, período que se consideró luego una especie de “paraíso perdido”. El positivismo cientificista contribuía a un optimismo que no ha reaparecido. La Exposición Universal de París (1900) fue una manifestación de esos “bellos tiempos”⁷³. Se afirma que en los días del comienzo estival de la Guerra el Káiser Guillermo II le dijo a sus tropas con gran optimismo que ¡estarían en casa antes de que las hojas cayeran de los árboles!⁷⁴.

La “*pos-modernidad*” actual es, en cambio, un marco de relativo *pesimismo*⁷⁵. Mucho se puede esperar respecto del nuevo tiempo, pero parece que el *riesgo*⁷⁶ lleva a ignorar lo positivo para no advertir lo negativo. Pese a que hay también motivos para el optimismo, vivimos días no optimistas, relativamente sumidos en la tristeza. En los hechos hay una fuerte dominación el futuro, pero en la concepción del tiempo el *presente* domina con fuerza al pasado e incluso al porvenir⁷⁷. La sociedad de *consumo* consume su propio tiempo. Estamos lejos de lo que pueda denominarse una “belle époque”.

⁷³ Suele hablarse de las exposiciones universales de las eras de la industrialización, del intercambio cultural y de la marca-nación. Es posible v. por ej. Exposición Universal, Wikipedia, http://es.wikipedia.org/wiki/Exposici%C3%B3n_Universal, 3-7-2014.

⁷⁴ Se puede v. incluso cabe c. por ej. MUNNY, Guillermo, “La Guerra Mundial será rápida”, #zerolistillos, <http://zerolistillos.cocacola.es/la-i-guerra-mundial-sera-rapida>, 3-7-2014.

⁷⁵ Es posible v. LYOTARD, Jean-François, “La condición posmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, Madrid, Cátedra, 1987.

⁷⁶ V. por ej. BECK, Ulrich, “La sociedad del riesgo”, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, M^a. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001; “La sociedad del riesgo global”, trad. Jesús Alborés Rey, Madrid, Silgo Veintiuno de España, 2002, <http://www.um.es/tic/LIBROS%20FCI-II/Beck%20Ulrich%20-%20La%20Sociedad%20Del%20Riesgo%20Global.pdf>, 31-7-2014.

⁷⁷ Se puede *ampliar* en nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación ...” cit., N° 37, págs. 85/140), Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793>, 30-7-2014.

El siglo recién transcurrido comenzó con un período de grandes *simplificaciones*, anunciadas ya por Jacobo Burckhardt⁷⁸. En diversos casos se trató de intensas afirmaciones de las *ideologías*, con referencias clasistas y racistas. También ocurrieron simplificaciones logicistas. En la vertiente ideológica esas radicalizaciones condujeron a grandes crímenes y destrucciones⁷⁹, de modo tal que al fin se ha producido la *posmodernidad* y lo que dio en llamarse, a nuestro parecer exageradamente, la “muerte de las ideologías”. Hoy se suele temer a los discursos de “fundamentación”.

Para avanzar en su recorrido, el tiempo actual parece estar llamado a construir “*complejidades puras*”⁸⁰, apoyadas en la integración de lo simple, pero le resulta una tarea muy difícil y cuando procura salir de las fracturas de las simplicidades relativamente “puras” se retrotrae a menudo a la complejidad impura.

En los países *iberoamericanos* y sobre todo *hispanoamericanos* gran parte del siglo reciente estuvo signada por la continuidad de las tensiones “estructurales” de raíces ibéricas entre los sectores culturales *hispánicos tradicionales*⁸¹ y *anglofranceses*⁸². Los primeros son más comunitaristas, paternalistas, relativamente feudales, católicos medievales, contrarreformados y democráticos rousseauianos⁸³. Los sectores *anflogranceses* son más individualistas, abstencionistas, capitalistas o socialistas, ocultamente reformados, modernos y republicanos y muchas veces se refieren a Locke y a Montesquieu. En el primer sentido cabe hacer referencia, por ejemplo, a Franco, Perón, Duhalde, etc. y en el segundo es posible remitirse a la República Española instalada en 1931, Aramburu,

⁷⁸ Cabe c. por ej. LOS TERRIBLES SIMPLIFICADORES, Artículo de Luis González Seara en “La Razón” del 29.09.2003, <http://www.lbouza.net/gsear2.htm>, 4-7-2014.

⁷⁹ Pocas veces se ha registrado un genocidio como el que tuvo una de sus mayores concreciones en Auschwitz.

⁸⁰ Es posible v. en relación con el tema por ej. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997.

⁸¹ Reforzados por los aportes migratorios europeos meridionales y la asimilación de sectores indígenas. Asimismo en la historia anterior cabe mencionar, por ejemplo, a Felipe II y Rosas.

⁸² Reforzados por presencias norteamericanas. En la historia anterior es posible referirse a Carlos III, Moreno, Belgrano, Rivadavia, Mitre, Sarmiento, Roca, etc.

⁸³ Suele considerarse que son más “populistas”.

Alfonsín, etc.⁸⁴ Estas tensiones se mostraron, v. gr., en la Guerra Civil hispánica de 1936-39 y tal vez reaparecen en la diferenciación del Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español. En varios países, como el nuestro, han resurgido en los últimos tiempos⁸⁵. Conflictivamente *alejados* de sus propias realidades, nuestros países, no marcharon acordes con el curso de la historia moderna⁸⁶.

⁸⁴ Cabe *ampliar* por ej. en nuestro artículo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 27, págs. 113/126, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 4-7-2014. En la historia colonial es posible remitirse de manera respectiva a Felipe II y Carlos III.

⁸⁵ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Bases culturales de la Unión Europea y de la relación de la Unión con América Latina”, en Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/604/487>, 28-7-2014; asimismo en “Bases culturales de la Unión Europea, de su presente ampliación y de su relación con América Latina”, en MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco y otros (coord.), “El diálogo entre los pueblos y las culturas en el marco de las relaciones eurolatino-americanas”, Madrid, Dijusa, 2005, págs. 523 y ss.

En cuanto a la realidad argentina, puede v. además por ejemplo al final la nota i.
⁸⁶ En 1914 la Argentina era en proporción un país mucho más promisorio que en 2014. Tal vez el parasitismo, el escaso sentido de la realidad, el individualismo, el abuso de la astucia, la vocación transgresora, el deterioro de los términos del intercambio, la burocracia y la oscilación entre el exitismo y la depresión figuren entre las causas del relativo retroceso. Los desequilibrios se manifestaron en fuertes *deudas externas* y el país ha caído a veces en cesación de pagos, aunque parece que se exagera su condición de incumplidor. En cuanto a la posición de la Argentina, cabe referir por ej. DI CIANO, Marcelo Lic., “El granero del mundo”, <http://www.aduba.org.ar/wp-content/uploads/2012/06/El-granero-del-mundo.pdf>, 14-7-2014; Economía y sociedad en los años 20 (1914-1930), http://www.oni.escuelas.edu.ar/2002/buenos_aires/bera_zategui/Econom%EDa%20y---%20sociedad%20en%20los%20a%Fl os%2020.htm, 14-7-2014.

Pese a que el nivel educativo del país es relativamente alto, considerándose el analfabetismo en 1,9%, tal vez quepa señalar que, habiendo sido la escolaridad en las primeras décadas del siglo XX del 70%, es hoy en comparación con otros países menor (es posible v. por ej. Argentina.gob.ar, <http://www.argentina.gob.ar/>, 16-7-2014; Censos Nacionales Digitalizados, http://www.deie.mendoza.gov.ar/tematicas/censos/censos_digitalizados/Censos%20Digitalizados/index.html, 26-7-2014 -en 1914 se hizo el Tercer Censo Nacional-; Censo, 2010, <http://www.censo2010.indec.gov.ar/>, 26-7-2014; Argentina comparativamente, Su situación en el mundo, http://www.surdelsur.com/ubicacion/ubi_in/ubi11.htm, 13-7-2014; ¿Qué lugar ocupa la

16. La noción de *azar* es muy diversa y discutida⁸⁷. Se la construye en los sentidos de lo que no tiene causa, de ignorancia inevitable de la causa, de ignorancia provocada de la causa (juegos “de azar”), de combinación de circunstancias que no se pueden evitar o

Argentina en el ranking mundial de países exportadores?, <http://www.iprofesional.com/notas/64459-Qu-lugar-ocupa-la-Argentina-en-el-ranking-mundial-de-paises-exportadores>, 13-7-2014; SEITZ, Max, “¿Qué países son los peores deudores de la historia?”, BBC Mundo, http://m.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/07/140709_economia_argentina_default_paises_deudores_ms, 26-7-2014 –Argentina figura entre los malos pagadores, pero no en el grupo de los peores-; Sistema educativo de Argentina, http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_educativo_de_Argentina, 26-7-2014; Historia de la Educación en Argentina, http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_educaci%C3%B3n_en_Argentina, 26-7-2014; Medar, Memoria de la Educación Argentina, Biblioteca Nacional de Maestros, http://www.bnm.me.gov.ar/e-recursos/medar/historia_investigacion/1880_1910/politicas_educativas/ley_1420.php, 26-7-2014; Historia de la educación. anuario, 11, http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S2313-92772010000100019&script=sci_arttext, 26-7-2014; Breve evolución histórica del sistema educativo, <http://www.oei.es/quipu/argentina/ARG02.PDF>, 26-7-2014; ETCHEVERS, Mónica Josefina, “El país de las individualidades”, en Diario Democracia.com, sábado, 12 de julio de 2014, <http://www.diariodemocracia.com/notas/2014/7/12/pais-individualidades-85780.asp>, 13-7-2014; Argentina ocupa el puesto 39 en riqueza y calidad de vida, Los Andes, jueves 10 de noviembre de 2011, <http://archivo.losandes.com.ar/notas/2011/11/10/argentina-ocupa-puesto-riqueza-calidad-vida-605727.asp>, 13-7-2014; en un enfoque debatido en cuanto al Campeonato Mundial de Fútbol de 2014, pueden v. por ej. A Van Gaal no le preocupan las individualidades de Argentina, LV7 2014, <http://m2014.lv7.com.ar/a-van-gaal-no-le-preocupan-las-individualidades-de-argentina/>, 13-7-2014; Lahm: “Lo que cuenta es el mejor equipo y no las mejores individualidades, El capitán de la selección de Alemania destacó el título ganado ante Argentina en el Maracanã”, Diez, <http://www.diez.hn/internacionales/alemania/728822-99/lahm-lo-que-cuenta-es-el-mejor-equipo-y-no-los-mejores>, 13-7-2014). Cabe *ampliar* en nuestros trabajos “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación ...” cit., Nº 34, págs. 59/65, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/842/652>, 14-7-2014; “Planificación, ejemplaridad y realidad argentina”, en “La Ley” actualidad, 29/VI/1993.

De haber sido un gran polo de atracción de inmigrantes, Argentina pasó a ser, en cierto período, un lugar de emigración.

⁸⁷ Cabe c. por. ej. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, *azar*, <http://lema.rae.es/drae/?val=azar>, 5-7-2014 ; FERRATER MORA, op. cit., t. I, 1994, págs. 290 y ss.

prever⁸⁸, etc. La idea de azar deja abierta, en la penumbra, la de milagro y creemos que por esto también la rechazan pensadores constructivistas opuestos a la referencia al milagro⁸⁹. En nuestro caso, creemos útil habilitar su empleo, incluso como posibilidad máxima de que algo no tenga causa.

Hoy la ciencia suele emplear profundamente la idea de azar⁹⁰. En un sentido más superficial, consideramos que las complejas situaciones que desembocaron en el al fin realizado plan de dar muerte al archiduque y la condesa pueden ser, al menos, un ejemplo de combinación de circunstancias que no se pueden evitar o prever. La propia conducta del archiduque contribuyó a su muerte⁹¹.

b') Los repartos

17. Los *repartos* se producen por *conducción* en marcos de distribuciones y de otros repartos. La conducción ocurre en la *libertad* que, en caso de ser posible⁹², depende de esas adjudicaciones⁹³. *No*

⁸⁸ Es posible v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, casualidad, <http://lema.rae.es/drae/?val=casualidad>, 5-7-2014.

⁸⁹ Cabe v. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004, págs. 81 y ss.

⁹⁰ Es posible c. por ej. PRIGOGINE, Ilya, “El Fin de las Certidumbres”, trad. Pierre Jacomet, 5ª. ed., Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997; Que de libros, <http://www.quedelibros.com/libro/34788/El-Fin-De-Las-Certidumbres.html>, 28-7-2014.

⁹¹ Se puede v. por ej. ALTARES, Guillermo, “La chapuza con que estalló la primera Guerra Mundial”, en “El País”, 28 jun 2014, http://internacional.elpais.com/internacional/2014/06/26/actualidad/1403783382_798269.html, 5-7-2014 (“Nunca un cúmulo de casualidades tan insólito ha tenido unas consecuencias tan pavorosas.”; “El asesinato fue una casualidad, pero la guerra era algo que llevaba un siglo forjándose. “La primera mañana del siglo XX fue una larga digestión del pasado.”).

⁹² La existencia de la libertad es uno de los temas más discutidos, pero ella es necesaria, al menos en algún grado, para el despliegue del Derecho como es pensado desde tiempo inmemorial.

⁹³ Cabe traer a colación, por ejemplo, ideas disímiles pero profundamente relacionadas con el tema como las de François Génay y Michel Foucault. En vinculación con el reciente aniversario de la muerte de Foucault (25 de junio de 1984) cabe c. por ej. FERNÁNDEZ IRUSTA, Diana, “Michel Foucault: siete conceptos para comprender

*sería comprensible la conducción desarrollada en el siglo que concluye y la que podrá desarrollarse, sea cual fuera su magnitud, ignorando las distribuciones y los repartos en que se produjeron*⁹⁴. También como resultado del siglo que termina el Derecho procura “enderezar” realidades tridimensionales constituidas en la dimensión sociológica por distribuciones y repartos⁹⁵.

la vigencia de su legado”, en “La Nación”, Martes 08 de julio de 2014, <http://www.lanacion.com.ar/1708028-michel-foucault-siete-conceptos-para-comprender-la-vigencia-de-su-legado>, 8-7-2014.

⁹⁴ En cuanto a la Argentina, v. al final nota ii.

⁹⁵ Sería imposible comprender la conducción repartidora en la centuria que nos ocupa sin considerar, por ejemplo:

el predominio del *puerto de Buenos Aires*.

el contexto de la naturaleza de la *Cuenca del Plata* en cuya desembocadura se encuentra Buenos Aires;

la posibilidad de riqueza *agrícola y ganadera* y ahora petrolera;

la salida *atlántica limitada* que tenían las posesiones españolas en la región y la primera parte de la vida argentina, cuando la Patagonia no había sido incorporada efectivamente al territorio nacional;

la presión *luso-brasileña e inglesa*;

la relativa *lejanía* de los atrayentes centros del poder euro-norteamericanos;

la expectativa de vida media de la población, relativamente *alta*;

la *liberación de Eros* producida en los últimos tiempos;

la generación de grandes *individualidades* y las dificultades de articulación en el *conjunto*;

las vacilaciones de *ubicación* en el mundo occidental, las posiciones tercermundistas, sobre todo del peronismo, y las esperanzas en relacionamientos con espacios no tradicionales como China;

las relaciones tensas entre una economía casi *feudal* y otra sólo de cierto modo *capitalista*, con grandes dificultades para la formación de una “burguesía nacional”;

el *militarismo* ahora superado;

las dificultades para el *desarrollo* sustentable;

las desigualdades en la *distribución* de la riqueza y el desempleo;

las diversidades religiosas entre el *catolicismo* tradicional y la adhesión a menudo inconsciente a postulados *reformados*;

el desenvolvimiento *científico y técnico* relativamente alto;

el destacable desarrollo *artístico*;

el paso del predominio del vals y del tango al imperio del jazz;

el poder de los *medios de comunicación*;

En los repartos cabe diferenciar diversos “*elementos*”: los *repartidores* (conductores), los *recipiendarios* (beneficiados y gravados) y los *objetos* (potencias e impotencias), las *formas* (camino previos para llegar a las decisiones) y las *razones* (móviles, razones alegadas y “razones sociales” que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos). Los *cambios* de los repartidores y los recipiendarios son denominados respectivamente *transmudaciones* activas y pasivas. Las variaciones de los objetos son *transustanciaciones*. Los cambios de las formas son *transformaciones*. Las variaciones de las razones son *transfiguraciones*.

El asesinato del archiduque y su esposa fue una inversión de los roles de repartidor y recipiendario, una doble transmudación en el sentido de que un joven marginal del Sur⁹⁶ se adueñó por un momento de la conducción desplazando al poderoso archiduque, perteneciente al núcleo del poder europeo⁹⁷.

Es notorio que el siglo transcurrido entre 1914 y 2014 ha sido marco de grandes modificaciones en todos esos aspectos. Así ha sucedido en cuanto a la transmudación por ampliación de quienes actúan como repartidores, v. gr. en la democracia y la contractualidad, y la variación de los recipiendarios beneficiados. También ha ocurrido respecto de la transustanciación de las potencias e impotencias, donde las primeras se han incrementado de manera considerable. La expansión de la democracia y del capitalismo ha producido transformaciones relevantes, quizás con más formas de proceso legislativo pero tal vez también con más adhesión en los contratos. En cuanto a las razones, se han transfigurado las alegaciones y la atribución de razones sociales.

la escisión entre los *sectores* hispánico-tradicional y anglofrancés responsable, en gran medida, de interferencias históricas voluntarias e involuntarias e invocaciones, fundadas o no, de historiografías dikelógicas, etc.

Es posible *ampliar* en nuestras “Bases culturales del Derecho argentino” cit.; en “Una Argentina “parasitaria”...” cit.; también v. gr. en “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010.

Pese a que no ocupa un lugar correspondiente al que tenía en 1914, hoy la Argentina es *parte* del Grupo de los 20 (países industrializados y emergentes).

⁹⁶ Se le suele atribuir calidad de siervo.

⁹⁷ Es posible c. por ej. ALTARES, op. cit.

A diferencia de los debates de la Edad Moderna, apoyada en la referencia a sujetos protagónicos considerados ampliamente libres, hoy se sabe que las *decisiones* repartidoras “conducen” en espacios muy difíciles de manejar. Sin embargo, resultaría sumamente crítico el abandono de la referencia a la libertad.

18. Según se produzcan por imposición o por acuerdo de los interesados los repartos son de dos *clases*: autoritarios y autónomos. En los primeros se realiza el valor poder, en los segundos se satisface el valor cooperación. El cambio de clase de reparto es una *transmutación*.

Aunque el poder está siempre presente, como una de las posibilidades y una de las realidades características del Derecho, tal vez pueda sostenerse que la centuria que nos ocupa ha sido marco de cambios de repartos autoritarios que se hicieron autónomos, por ejemplo, por el incremento de la contratación, y se sabe que esas transmutaciones contribuyen a identificarla.

19. Los repartos pueden presentarse *ordenados*, constituyendo regímenes, o desordenados, con carácter *anárquico*. Los regímenes se constituyen mediante *planificación*⁹⁸ y *ejemplaridad* y realizan el valor orden. La planificación indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando está en marcha satisface el valor previsibilidad. Se expresa, por ejemplo, en constituciones escritas, leyes, decretos, sentencias, etc. La ejemplaridad se desarrolla a través del seguimiento de repartos que se consideran razonables y realiza el valor solidaridad. El *cambio* de dichos modos constitutivos del orden de repartos es considerado *transmutación* del régimen. Cuando varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto hay revolución; si se modifican sólo los supremos repartidores hay “golpe” (a veces se hace referencia a golpe de Estado) y si cambian sólo los criterios supremos hay evolución. La anarquía se caracteriza por el “disvalor” arbitrariedad.

El siglo recién transcurrido ha sido marco de enormes *revoluciones*, signadas por ejemplo por la caída de monarquías tradicionales y relativa-

⁹⁸ Se suele hablar de “plan de gobierno”.

mente conservadoras y la implantación de repúblicas más progresistas, por la constitución y reconstitución de países, por la formación y la caída del bloque soviético, etc. Las revoluciones y las guerras produjeron estados de *anarquía* ⁹⁹. Sin embargo, también hubo intentos de reordenación diferentemente exitosos, como la Sociedad de las Naciones, las Naciones Unidas y diversos procesos de integración distintamente logrados, entre los que cabe destacar a la Unión Europea y, en nuestra región, al Mercosur. La Unión Europea y el Mercosur están hoy, en diversos grados, en condiciones de crisis con ciertos grados de anarquía. En general estamos comenzando una nueva era cuyos cambios parecen al fin imprevisibles.

El nuevo siglo ha mantenido hasta ahora una enorme *dominación* del hemisferio Norte sobre el hemisferio Sur, donde éste es de cierto modo una “platea” condenada a referirse al “escenario” histórico del Norte. Sin embargo hay fuertes interrogantes al respecto.

20. La realidad se desenvuelve en el juego de *fuerzas* que, presentes a través de factores de poder, forman la *constitución material* y presentan *límites necesarios* a los repartos.

El siglo que acaba de transcurrir es ejemplo de grandes cambios en la constitución material de alcance planetario, con desplazamientos de las potencias hegemónicas. Por ejemplo, con cambios de la “paz británica” y el mundo eurocéntrico al mundo bipolar y al actual mundo inestablemente multipolar. Las guerras y las derrotas producidas en ellas exhiben tropiezos con límites necesarios.

Luego de ocurridos los sucesos es fácil reconocer que las potencias derrotadas en las guerras tropezaron con límites necesarios, pero es sorprendente advertir cómo la Alemania nazi pudo tropezar nuevamente con los límites del frío ruso que habían contribuido tanto al derrumbe del poder napoleónico. Tal vez pueda mencionarse el atenuante de que el Imperio Ruso no había podido soportar la tensión de la Primera Guerra Mundial ¹⁰⁰.

⁹⁹ La historia argentina en esta centuria ha sido marco de numerosos golpes de Estado y revoluciones.

¹⁰⁰ Las inestabilidades de la historia argentina en esta centuria, con numerosos golpes de Estado y revoluciones, evidencian también choques con la constitución material y

21. Las *categorías básicas* de la realidad social del mundo jurídico son la *causalidad*, la *finalidad objetiva* (que “encontramos” en los acontecimientos), la *finalidad subjetiva*, la *posibilidad*, la *realidad* y la *verdad*. Sólo la finalidad subjetiva es “monónoma” y se refiere a cada una de sus manifestaciones específicas, las demás son “*pantónomas*” y se remiten a la totalidad de sus expresiones (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como estas pantonomías nos son inabordables, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas donde no se puede conocer o hacer más, produciendo certeza.

Los repartos generados por el propio despliegue de la finalidad subjetiva son exitosos; donde ésta se cumple, pero no por el obrar de los repartidores hay repartos superados; si lo que ocurre va más allá de la finalidad subjetiva dentro de lo previsible, hay repartos “preterintencionales”¹⁰¹ y cuando la finalidad subjetiva no se cumple los repartos son fracasados.

El despliegue de la posibilidad en la Historia y consecuentemente en el Derecho es tan grande que no estamos en condiciones de asegurar lo que ha de suceder. Tal vez el carácter pantónomo de las categorías referidas sea motivo de la necesidad de recurrir al azar asumiendo, por ejemplo, la condición no absoluta de la estadística¹⁰².

la ignorancia de límites necesarios. Entre los nuevos factores de poder en la realidad argentina de la época cabe mencionar el poder sindical, en gran medida dominado por el peronismo.

¹⁰¹ Si se excede lo imaginable como resultado hay influencia humana difusa.

¹⁰² Es posible *ampliar* en nuestros trabajos “Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales”, en “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/960/796>, 21-7-2014; “Tres presencias de las Ciencias “Exactas” en el Derecho: la Contabilidad, la Agrimensura y la Estadística (¿hacer cosas con números? Nuevamente la relación entre justicia y verdad)”, en “Investigación ...” cit., N° 48, págs. 89/145, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD48/IyD485.pdf>, 21-7-2014. También c. por ej. recientemente SOSA ESCUDERO, Walter, “Lo sorpresivo del juego le ganó por goleada a la Estadística”, en “La Nación”, Domingo 20 de julio de 2014, [lanacion.com](http://www.lanacion.com), <http://www.lanacion.com.ar/1711253-lo-sorpresivo-del-juego-le-gano-por-goleada-a-la-estadistica>, 21-7-2014.

El reconocimiento de la construcción pantónoma de diversas categorías jurídicas evidencia que la adopción de un *siglo* como *referencia* de este trabajo se apoya en un fraccionamiento que consideramos fundado, dada los grandes cambios producidos en él, pero no legitima para descartar que una Historia plena sería inabordable porque se apoyaría en las totalidades mencionadas.

Es sorprendente cómo el obrar de un joven de menos de veinte años, quizás en una inspiración súbita, pudo producir en la causalidad, la finalidad objetiva y la realidad cambios tan sorprendentes que casi con seguridad él ni siquiera imaginó y tal vez no estuvo en condiciones imaginar. Tal vez quepa pensar que el suyo haya sido un reparto preterintencional. También los repartidores más encumbrados del siglo XX produjeron consecuencias que no podían asumir, por ejemplo, en los casos de Hitler y Mussolini. Otra de las grandes expresiones del carácter sorprendente que pueden tener los acontecimientos producida en el siglo que concluye es la caída de la Unión Soviética. Pocos podían suponer un breve tiempo antes que se produciría un acontecimiento de tal magnitud.

Hoy la nueva era presenta posibilidades quizás todavía más inimaginables¹⁰³. Es casi sorprendente que se haya hecho referencia al fin de la historia¹⁰⁴. Nunca una centuria ha engendrado un cambio histórico con nuevos requerimientos jurídicos tan grandes. Sin embargo necesitamos imperiosamente instalarnos en una realidad penetrada por un futuro a tener en cuenta. Al fin la dificultad no significa siempre imposibilidad. Éste es uno de los motivos de la importancia de la consideración de la Historia del Derecho.

b) Dimensión normológica

22. En la propuesta trialista las *normas* son construidas como *captaciones lógicas de repartos proyectados* en el sentido de “promesas”

¹⁰³ También la Argentina ha tropezado con límites necesarios, por ejemplo, en cuanto al cumplimiento de los derechos constitucionales y la estabilidad gubernamental.

¹⁰⁴ Cabe c. por ej. FUKUYAMA, Francis, “The end of History and the last man”, Nueva York, Avon, 1993.

de cumplimiento¹⁰⁵; las que se cumplen son *exactas*. Las normas que se dictan para cumplirse de inmediato son *plenas*, las que se producen con miras a su cumplimiento futuro son *programáticas*, las que se dictan para promover opinión son de *propaganda* y las que se producen para no cumplirlas nunca y sólo “quedar bien” son *espectáculos*. Así como puede afirmarse que si la historia la escriben los que ganan quiere decir que hay otra historia, cabe entender que si las normas las escriben los que pueden hay otras normas posibles, las que escribirían quienes no pueden. Entre los propósitos del trialismo están reconocer la calidad de las normas y, de modos destacados, *desenmascarar* las inexactitudes y sobre todo los *espectáculos*.

Tal vez la necesidad de un discurso democrático haya provocado que en la centuria recién transcurrida se hayan dictado muchas normas no plenas, por ejemplo en cuanto a derechos humanos, que a veces incluso resultan meros espectáculos. En ciertos casos se hace referencia a las “promesas incumplidas de la democracia”¹⁰⁶. Sin embargo hay clara conciencia de la necesidad del cumplimiento.

23. Las *fuentes* de las normas son *reales* y *de conocimiento*. Las fuentes reales son *materiales* y *formales*. Las fuentes materiales son los repartos mismos. Las fuentes formales son “autobiografías” de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones materiales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, testamentos, contratos, etc.). Los cambios de referencia en las fuentes formales constituyen *transformatización*. Las fuentes de conocimiento constituyen la doctrina.

¹⁰⁵ Se considera que son captaciones lógicas “neutrales” de repartos proyectados, es decir, hechas desde el punto de vista de terceros. La neutralidad, apartada de las dificultades del protagonismo, permite asegurar el cumplimiento.

¹⁰⁶ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Promesas incumplidas en las democracias actuales”, en FILIPPI, Alberto (dir.), “Norberto Bobbio y Argentina. Los desafíos de la democracia integral”, Bs. As., Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación Argentina – UNESCO – La Ley, 2006, págs. 79 y ss.

También la Argentina ha sido escenario de normas inexactas, incluso en el campo de los derechos.

El siglo que acaba de transcurrir ha sido marco de grandes cambios normativos. Entre éstos cabe mencionar: a) la formación de la Sociedad de las Naciones; b) la Constitución alemana de Weimar; c) el Código Civil italiano de 1942, exponente de una visión más social del Derecho que, “desfascistizada”, perdura como ejemplo de una concepción jurídica no individualista; d) la formación de las Naciones Unidas; e) las declaraciones y garantías de los derechos humanos, que permitieron caracterizar a este tiempo como “edad de los derechos”¹⁰⁷ (aunque en cierto sentido sea desatendiendo los deberes); e) la Constitución alemana de 1949; g) el proceso de estructuración de la Unión Europea; h) la formación de la Organización Mundial del Comercio, etc. Esto significa que se han producido importantes casos de transformalización.

Las fuentes formales poseen *jerarquías* formales y materiales. Pese a ciertas tensiones, en el siglo que comentamos hubo un relativo incremento de la jerarquía de los tratados internacionales, las fuentes administrativas y los contratos. También cabe referirse a la *lex mercatoria*, constituida por usos de los comerciantes. En cambio parece haberse debilitado la jerarquía de la legislación.

24. En el campo *doctrinario* cabe referir, por ejemplo, el paso de la gran significación de los tratados de elaboración unipersonal, necesitados de largo tiempo y cierta estabilidad del Derecho, a la mayor presencia de monografías, manuales, ensayos, tratados de autoría colectiva, artículos de revistas, etc.¹⁰⁸

La lengua *inglesa* fue adquiriendo un marcado predominio en la comunicación no sólo de las fuentes reales sino de la doctrina.

25. Para que los repartos proyectados captados en las normas lleguen a ser repartos realizados es necesario que ellas *funcionen* a través de tareas diversamente necesarias de *reconocimiento*, *interpretación*, *determinación*, *elaboración*, *aplicación* y *síntesis*. Hay un desarrollo

¹⁰⁷ V. por ej. BOBBIO, Norberto, “L’età dei diritti”, Turin, Einaudi, 1990 (“El tiempo de los derechos”, trad. Rafael de Asís, Madrid, Sistema, 1991).

¹⁰⁸ Se puede *ampliar* en nuestro artículo “La doctrina jurídica en la postmodernidad”, en “Jurisprudencia Argentina”, 1999-III, págs. 938 y ss.

transversal de la argumentación y además del funcionamiento formal existe otro conjetural, en relación con el cual tomamos la mayoría de nuestras decisiones. Las carencias de normas, necesitadas de elaboración, pueden ser consideradas desde el punto de vista del ordenamiento normativo como lagunas que requieren integración. Las carencias pueden ser *históricas* por falta de normas o *dikelógicas*, porque existiendo normas se las rechaza por considerarlas injustas. La elaboración puede resolverse con elementos del propio ordenamiento (autointegración) o con otros externos (heterointegración, a menudo referida a valores). Siempre hay vinculaciones, a menudo tensas, entre los autores de las normas (v. gr. los legisladores) y los encargados de su funcionamiento (por ej. los jueces). Los cambios de normas de referencia constituyen *translogización*.

Con referencia al sistema “continental” cabe decir que el siglo transcurrido fue alejándose de la interpretación exegética, que sometía a los jueces a los legisladores, y de las referencias materiales señaladas por ejemplo por Carl Schmitt y adoptó en gran medida las propuestas positivistas normológicas formalistas de Hans Kelsen¹⁰⁹.

La necesidad de adaptación a los cambios ha promovido la presencia de normatividades indeterminadas. Se evidencian carencias por novedades históricas y dikelógicas que plantean frecuentes necesidades de elaboración. Las carencias históricas corresponden de manera principal a las novedades de la nueva era. Las dikelógicas pueden ejemplificarse con las necesidades de cambiar los regímenes de la guerra para resolver conflictos que parecen interminables, como el de Gaza, o los sistemas de insolvencia de los Estados. La nueva era suele requerir recursos a ideas nuevas de justicia, es decir a una fuerte heterointegración.

Hoy resulta una tendencia relativamente generalizada la búsqueda de la superación del formalismo kelseniano. En los últimos tiempos han ido adquiriendo considerable presencia el debate entre positivismo *incluyente* y *excluyente*; el razonamiento por *principios*; el *neoconstitucionalismo*; la posición de rechazo de la juridicidad de la *injusticia extrema*; la

¹⁰⁹ Es posible v. por ej. HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/16/teo/teo8.pdf>, 7-7-2014.

orientación *crítica*; la *egología*; el *tridimensionalismo*, sobre todo en su versión *trialista*, y el *análisis económico* del Derecho ¹¹⁰. El estilo de pensamiento *analítico* ha tenido gran difusión. Asimismo cabe mencionar la recuperación que en la centuria pasada se ha hecho de la importancia de la *argumentación*.

Se han ido produciendo importantes cambios en normas de referencia, constitutivos de translogización.

26. Las captaciones normativas de los repartos se producen a través de *conceptos* que simultáneamente los *describen* y los *integran*. La integración precisa los alcances de los repartos y les incorpora sentidos que son tenidos como reales hasta que, en su caso, se advierta que son no lo son. La función integradora genera "*materializaciones*" personales y no personales (estudiante, profesor, abogado y diputado; Facultad, moneda, lista de asistencia, etc.). Hay conceptos fundamentales, como los de sujetos, derechos, deberes, objetos, hechos, actos y negocios jurídicos, en base a los que se desarrollan los demás. Existen conceptos más *institucionales*, cargados de ideología e indisponibles para los interesados, y más *negociales*, menos ideológicos y más disponibles.

En el tiempo más relacionado con 1914 los deberes recibían mayor consideración. El pensamiento del siglo que acaba de transcurrir se ha desplazado a la consideración predominante de los *derechos*, con menos atención a los deberes. Los *negocios jurídicos* hicieron avances sobre los espacios de los actos y los hechos jurídicos. De cierto modo,

¹¹⁰ Cabe referir por ej. RECASÉNS SICHES, Luis, "Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX", México, Porrúa, 1963; FARALLI, Carla, "La Filosofía del Derecho actual. De los años setenta a fines del siglo XX", trad. Dr. Juan Antonio Martínez Muñoz, <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0202110133A/20958>, 6-7-2014; asimismo cabe c. FASSÒ, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. José F. Lorca Navarrete, 3ª. ed., Madrid, Pirámide, 1982; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho", 5ª. ed., Madrid, Tébar, 2007. Se puede *ampliar* además en nuestras "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4; "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones..." cit., N° 19, págs. 9 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/464/355>, 22-7-2014.

hay una desinstitucionalización, contractualización y negocialización de la vida.

En las *relaciones conceptuales* se han producido grandes cambios, por ejemplo, en la dominación que ejercía el *matrimonio* sobre la *filiación*, ahora menos calificada por la relación entre los progenitores. La liberación de Eros ha tenido gran influencia al respecto. Una de las expresiones de la crisis de las materializaciones han sido reiterados fenómenos de inflación.

27. En la construcción del objeto jurídico propuesta por el trialismo el *ordenamiento normativo* es la captación lógica¹¹¹ del orden de repartos. El ordenamiento se constituye mediante relaciones *verticales* y *horizontales*¹¹² entre las normas, en cada caso, 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.

El último siglo ha brindado especial atención a la subordinación y, en ese sentido, a la coherencia. Así ha podido permitir la mayor dinámica histórica. Sin embargo, en los últimos tiempos el neoconstitucionalismo y la consecuente referencia directa de los jueces a los contenidos constitucionales han incrementado la realización de la ilación y de la coherencia respectiva.

El ordenamiento normativo se diversifica en *subordenamientos* con una estructura específica y sobre todo con principios propios. Estos subordenamientos tienden a mostrar “ramas jurídicas” propias. En el último siglo se han desenvuelto más subordenamientos específicos, como el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho Agrario, el Derecho Aeronáutico, etc. Algunos subordenamientos, como

¹¹¹ A semejanza de lo que sucede con la norma, se trata de una captación lógica “neutral” del orden de repartos.

¹¹² Consideramos “horizontales” a las relaciones que no son verticales, incluyendo la oblicuidad, por ejemplo, de la relación entre una resolución administrativa o una sentencia civil y la norma penal que las protege.

el del Derecho de Familia, han tenido gran conmoción y seguirán siendo espacios de grandes cambios, tal vez sorprendentes. Quizás a semejanza de los plurales que se utilizan para los nombres del Derecho de las “Obligaciones”, los “Contratos”, los Derechos “Reales” y el Derecho de “Sucesiones” corresponda hoy referirse a Derecho de “Familias”. La tradición metafísica de la sustentación de la familia tradicional ha perdido gran parte de su solidez y eficacia.

Según las actitudes que deban asumir ante las *lagunas* los encargados del funcionamiento normativo los ordenamientos son considerados *meros órdenes*, cuando los encargados han de consultar con los autores, o *sistemas*, cuando deben producir ellos la solución. Los sistemas pueden ser formales, si los encargados deben aplicar una “cláusula de cierre”, por ejemplo absolviendo lo que no esté legalmente tipificado (Derecho Penal liberal) o materiales, cuando deben resolver como lo consideren valioso. En los meros órdenes el poder residual está en los autores del ordenamiento, en los sistemas formales lo tienen los beneficiarios de las reglas de “reserva” y en los materiales lo poseen los encargados del funcionamiento. Las fuentes formales de los meros órdenes son habitualmente *recopilaciones* y las de los sistemas son *codificaciones*. Sin embargo, la inclusión en una recopilación del deber de los encargados de resolver siempre la hace fuente de un sistema, cuyo funcionamiento será, obviamente, dificultoso.

Gran parte del siglo recién transcurrido estuvo inspirada por la voluntad *codificadora* que continuaba la tradición iniciada en el siglo XIX, al punto que cabe mencionar en este sentido al gran monumento del Código Civil italiano. Sin embargo luego se produjo el período denominado “*edad de la descodificación*”¹¹³. La pérdida de conexión con la realidad cambiante impidió la fortaleza de los principios de la codificación. Hoy parece haberse reiniciado la voluntad codificadora, pero a menudo con códigos menos referidos a normas y más a principios. Suele hacerse referencia a la *edad de la recodificación*¹¹⁴.

¹¹³ Es posible c. por ej. IRTI, Natalito, “L’età della decodificazione”, Giuffrè, 1979.

¹¹⁴ La Argentina suele ser víctima de demasiada vocación de “fabricar” realidades con conceptos, por ejemplo, a través de la inflación.

c) Dimensión dikelógica

28. El objeto jurídico construido por el trialismo incluye una dimensión dikelógica, es decir, referida a un *complejo de valores* que culmina en la *justicia*. Además de los valores antes indicados, cabe mencionar también a la *utilidad*, la salud, el amor, la verdad, la santidad, etc. Por sobre los demás valores a nuestro alcance se incluye la *humanidad*, el deber ser cabal de nuestro ser. Los cambios de valores de referencia hacen a la *transestimación*.

El siglo que nos ocupa ha sido escenario del debilitamiento, en cierto sentido crisis, de valores como la santidad y un incremento a menudo arrollador de la utilidad. En términos de las relaciones entre valores cabe señalar que en lugar de una necesaria coadyuvancia con los otros valores la utilidad *secuestra* el material que les corresponde generándose un “hombre unidimensional”¹¹⁵. Esto significa que los avances de la utilidad han producido transestimación hacia ella.

29. Retomando y reelaborando los caminos de las *clases de justicia* planteadas por Aristóteles es posible una clasificación que atienda a las vías para pensar este valor según los elementos de los repartos, en cuanto a éstos y el régimen.

Aunque hubo períodos muy diversos, por ejemplo entre los que vivieron las dictaduras clasistas y racistas y la actualidad, es posible pensar de manera muy general que, en afinidad con el capitalismo, las últimas décadas son tiempo de avances de la justicia *consensual*¹¹⁶ (no extraconsensual), *sin consideración de personas* (de roles; apartando la consideración de las personas), *simétrica* (de fácil comparación de las potencias y las impotencias¹¹⁷), *monologal*¹¹⁸ (con sentido económico;

En la centuria que nos ocupa la Argentina recorrió caminos de descodificación y parece que ha ido comenzando otros de recodificación.

¹¹⁵ Es posible v. por ej. MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969.

¹¹⁶ Pensada por la vía del consenso.

¹¹⁷ Favorecida por la moneda.

¹¹⁸ Con una sola razón de justicia.

no polilokal) y *conmutativa* (con “contraprestación”; no espontánea). Hoy es sumamente difícil presentar un camino de pensamiento de la justicia que no se apoye en una referencia consensual. La remisión extraconsensual suele ser considerada un fundamentalismo inadmisibles.

Asimismo cabe atender a que en este último tiempo han avanzado la justicia “*partial*” (originada en partes; no gubernamental), *sectorial* (referida a partes, no integral)¹¹⁹, *de aislamiento* (no de participación), *relativa* (no absoluta) y *particular* (dirigida al bien de los particulares; no al complejo social, no general). Como en el Derecho Privado predomina la justicia particular y en el Derecho Público lo hace la justicia general, quizás se pueda afirmar que ha sido, al fin, un siglo relativamente privatista.

Pese a no tener siempre fuerte vocación de futuro, tal vez quepa pensar que durante todo el período como conjunto ha habido, de maneras diversas, más referencias a la justicia “*de llegada*” (dispuesta a sacrificar el presente por el futuro) que a la “*de partida*” (donde se proyecta lo existente)¹²⁰.

30. En la propuesta trialista el *material estimativo* del valor justicia en el Derecho es la *totalidad de las adjudicaciones*, pasadas, presentes y futuras, referida a complejos en lo personal, espacial, temporal y material y a las consecuencias. Esto significa que es una categoría *pantónoma*. Como no podemos satisfacerla de manera plena, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla donde no podemos saber o hacer más generando seguridad jurídica. Los desfraccionamientos en unos sentidos producen fraccionamientos en otros¹²¹.

El período que nos ocupa ha sido marco de grandes debates y cambios acerca de los contenidos de la justicia y de enormes desfrac-

¹¹⁹ El predominio de la justicia partial y sectorial parece estar en cierta medida cuestionado.

¹²⁰ Quizás quepa diferenciar la posmodernidad diciendo que a menudo muestra un pensamiento de llegada “*débil*”. En la posmodernidad el *presente* es muy influyente, pero no muy estable.

¹²¹ A veces para realizar lo que consideramos justicia es necesaria la “historiografía dikelógica”, que relata nuevamente la historia con miras a corregir las injusticias del pasado.

cionamientos y fraccionamientos por cuestiones raciales, de clases, etc. Para asegurar a ciertas clases o razas se han recortado relevantes despliegues de dignidad humana. Pese a lo ocurrido en algunas décadas finales del siglo XX, parece que la centuria que concluye ha sido un tiempo de frecuente inseguridad. En las últimas décadas había cierto sentido de seguridad en las potencias centrales¹²², pero la crisis financiera ha vuelto a la inseguridad.

31. La forma de la justicia que hemos referido, considerada en la “Axiología Dikelógica” propiamente dicha ¹²³ (de cierto modo lógica de la justicia) permite razonamientos rigurosos. A nuestro parecer los contenidos permiten rigor si, a semejanza con el planteo rawlsiano, se adoptan puntos de partida no puestos en cuestión. En nuestro caso, proponemos tomar como *construcción básica* acerca del contenido de la justicia el *principio* que Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, propuso con carácter objetivo y natural. Es el *principio supremo* de exigir que se adjudique a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en *persona*. Este principio permite referirse a los repartos aislados y al régimen ¹²⁴. A la luz de esta consideración puede sostenerse en general que, luego de injusticias sorprendentes, la centuria que nos ocupa ha hecho progresos de justicia realmente significativos.

32. En la propuesta de construcción jurídica trialista hay que reconsiderar los elementos de los *repartos* aislados con el interrogante acerca de su legitimidad en términos de justicia.

La legitimidad de los *repartidores* emerge principalmente de la *autonomía*, es decir del acuerdo de todos los interesados. En caso de no alcanzarse la autonomía se presentan figuras afines: la paraautonomía consistente en el acuerdo de los interesados acerca de quiénes han de

¹²² En el sentido de dominantes.

¹²³ Es posible *ampliar* en nuestra “Metodología Dikelógica” cit.

¹²⁴ El análisis puede ser más completo. Es posible v. nuestra “Metodología Jurídica” cit. Los *interrogantes* acerca del contenido de la justicia pueden ser, también, esclarecedores para distintas posiciones materiales.

repartir (según sucede en el arbitraje); la infraautonomía, producida por el acuerdo de la mayoría (como ocurre en la democracia) y la cripto-autonomía que se desenvuelve cuando los repartidores hacen lo que en caso de tener conocimiento los interesados consentirían (según suele ocurrir en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Apoyándose, en parte, en la legitimidad de los objetos se produce la justicia de los repartidores *aristocráticos*, referida a la superioridad científica, técnica o moral. Quienes carecen de legitimación son repartidores dikelógicamente “de facto”.

El período que nos ocupa ha visto grandes avances en las invocaciones de la infraautonomía de la democracia y de la autonomía contractual. Sin embargo, aunque limitados, se mantienen los sentidos de legitimación científica y técnica, incluyendo la destreza económica.

Cabe recordar, por otra parte, el sentido autocrático atribuido a veces a los gobiernos del último Káiser y al último Zar¹²⁵ y, luego del paso por las autocracias que en realidad animaron a los gobiernos totalitarios, la presencia actual de repartidores *plutocráticos* que a veces pese a tener máscaras democráticas son de facto.

La legitimidad de los repartidores trae consigo el problema de su *responsabilidad* por sus propios repartos y por el régimen en su conjunto. Interesa establecer la responsabilidad por los regímenes injustos que puede corresponder a los meros seguidores. El período que nos toca vivir ha presentado varios reclamos por regímenes que consideramos injustos, como los de los tribunales de Nuremberg, de Tokio, de la ex Yugoslavia, Ruanda, etc.¹²⁶ Se ha logrado el relevante establecimiento de tribunales internacionales. No parece legítimo ignorar, sin embargo, que no hubo reclamos de magnitud equivalente por crímenes de los Aliados y sus amigos (v. gr. en Dresde, Hiroshima, Nagasaki, Irak, Gaza, etc.)¹²⁷.

La justicia del carácter de los *recipiendarios* puede referirse a la *conducta* o a las *necesidades*. En el primer caso se habla de *méritos* y en

¹²⁵ Vale recordar las respectivas evocaciones de los Césares romanos.

¹²⁶ Puede interesar v. Categoría: Tribunales internacionales, http://es.wikipedia.org/wiki/Categor%C3%ADa:Tribunales_internacionales, 8-7-2014.

¹²⁷ Merecen consideración los reclamos por crímenes de la última dictadura militar argentina.

el segundo de *merecimientos*. La centuria que abarcamos ha sido escenario de grandes avances en la referencia a los merecimientos. El tiempo actual suele atender a la idea de que donde hay necesidad, al menos extrema necesidad, en principio hay un derecho ¹²⁸.

La legitimidad de los *objetos* de reparto los hace *repartideros*. Entre sus referencias principales se encuentran diversas perspectivas de la *vida* y la *propiedad*. Las posibilidades científicas y técnicas de nuestro tiempo han ampliado de manera sorprendente la viabilidad de objetos a repartir en cuanto a la vida, su comienzo, su desarrollo y su final. La Bioética y el Bioderecho han asumido muchos problemas al respecto. También se han incrementado los despliegues de la propiedad, por ejemplo, de la propiedad inmaterial. Las patentes, las marcas y la propiedad intelectual son expresiones de tensas relaciones de justicia entre los países más centrales o marginales. Un despliegue repartidero de significación en la centuria que consideramos es el del *bienestar* ¹²⁹.

La justicia de la *forma* se concreta en la *audiencia* de los interesados. La jerarquización de la audiencia se ha incrementado, en cierta medida porque se hace más difícil establecer la justicia de los objetos de reparto. Así lo evidencian, por ejemplo, el trámite democrático y el proceso. Sin embargo, la audiencia se hace muy difícil por la necesidad de celeridad en las decisiones, las diversidades culturales, etc. Hay que “vender” productos fabricados rápidamente, también pronunciamientos, por ejemplo decisiones judiciales ¹³⁰.

La legitimidad de las *razones* se concreta en la *fundamentación*. Se trata de un título muy significativo, sobre todo cuando se hace referencia

¹²⁸ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo "Comprensión jusfilosófica del derecho y el estado de necesidad", en "Revista de la Facultad de Derecho" de la UNR, 10, págs. 43 y ss. ; también c. v. gr. BECKER, Víctor A., "Una estrategia de crecimiento para los más pobres", en "La Nación", 2 de julio de 2014, pág. 23, lanacion.com, <http://www.lanacion.com.ar/1706250-una-estrategia-de-crecimiento-para-los-mas-pobres>, 2-1-2014

¹²⁹ En relación con el tema es posible v. por ej. Amartya Sen, Amartya, http://www.amartya.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=136&Itemid=182, 2-7-2014.

¹³⁰ Se puede *ampliar* en nuestro artículo "La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1998-III, págs. 603 y ss.

a la república. También aquí entra a jugar la jerarquización por la debilidad del argumento en cuanto a los objetos. Sin embargo, el gran requerimiento de fundamentación a veces no alcanza la realización necesaria porque, según sucede, también en ella el diálogo es difícil.

33. Según el principio supremo construido precedentemente, para ser justo el *régimen* ha de ser *humanista*, es decir, debe tomar a cada individuo como un *fin*. Si el régimen toma a los individuos como medios es totalitario. El aprendizaje del carácter repudiable del totalitarismo tuvo un cruel y largo recorrido, con rasgos especialmente graves en la centuria que acaba de transcurrir.

El humanismo puede ser *abstencionista* o, subsidiariamente, *intervencionista*. El desborde del abstencionismo puede acabar en el individualismo y el del intervencionismo puede hacerse específicamente totalitario ¹³¹. Los caminos del individualismo, principalmente en el capitalismo radical, y del totalitarismo, en el comunismo, el fascismo y el nazismo, han sido e incluso en parte son desgraciadamente prolongados.

La realización del individuo requiere que sea respetado en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su pertenencia a la *comunidad*. La unicidad requiere especialmente el liberalismo político, la igualdad necesita con particular intensidad la democracia y la pertenencia a la comunidad reclama el “com-partir”¹³². Los tres requerimientos están de cierto modo presentes en el reclamo de “libertad, igualdad y fraternidad” de la Revolución Francesa. Su equilibrio es muy difícil. El siglo que concluye ha ido debilitando la referencia a la unicidad y acentuando la remisión a la igualdad y a veces a la comunidad. Es así como al fundamentarse el matrimonio homosexual se hizo referencia a la igualdad (“matrimonio igualitario”), aunque bien podía haberse invocado la unicidad. La remisión a la comunidad está presente, por ejemplo, en las acciones colectivas.

Para que el régimen de justicia se realice, es necesario *amparar* al individuo contra todas las amenazas: de los *demás individuos* como tales

¹³¹ El totalitarismo en sentido amplio abarca el individualismo y el totalitarismo en sentido específico.

¹³² A menudo como “res publica”.

y como régimen, de *sí mismo* y de *todo* “*lo demás*”. El resguardo respecto de los demás individuos se refiere a lo civil, comercial, laboral, penal, procesal, etc. El amparo frente al régimen se encamina mediante el debilitamiento del gobierno y el fortalecimiento del individuo. El debilitamiento del régimen ha de lograrse dividiéndolo en la materia, el espacio, el tiempo y las personas; el fortalecimiento del individuo ha de obtenerse, en esos mismos enfoques, a través de las declaraciones y las garantías de los derechos. Un tema relacionado con este despliegue es el del amparo de *minorías* contra la *discriminación*. Otro punto de vista es el de los derechos colectivos. Cuestión difícil es la determinación acerca de la legitimidad y en su caso la medida del resguardo del individuo contra sí mismo. El amparo respecto de “lo demás” se refiere a la enfermedad, la miseria, la ignorancia, la soledad, el desempleo, etc. Si el liberalismo se ha ocupado más del resguardo respecto del régimen, el socialismo ha atendido más al amparo de “lo demás”.

La centuria que concluye se ha ocupado de esos diferentes sentidos, asumiendo la herencia de resguardar contra los demás individuos pero incrementando de manera muy considerable el amparo respecto de “lo demás” y de la discriminación de *minorías*¹³³. La protección del individuo en relación consigo mismo resulta frecuentemente cuestionada.

El resguardo del individuo suele concretarse en unos frentes utilizando fuerzas de los otros, por ejemplo, empleando al régimen para amparar contra los demás individuos como tales, el propio individuo o “lo demás”, pero también recurriendo a los demás (incluso como organizaciones no gubernamentales) y los propios individuos para resguardar respecto el régimen.

En nuestro tiempo se ha pasado de la conciencia del Estado de Derecho a la del Estado de Derecho, Democrático y Social. Hay necesidad de una conciencia relativamente afirmada de que los propios individuos deben ser guardianes de sus derechos, pero también se ha avanzado de manera legítima en la protección colectiva¹³⁴.

¹³³ A veces se hace referencia específica a los *grupos* y las *personas* “*vulnerables*”.

¹³⁴ En general se han desarrollado en la Argentina los cauces dialécticos que acabamos de señalar.

2') *Las especificidades materiales, espaciales, temporales y personales*

34. Además de considerar los despliegues sociológicos, normológicos y dikelógicos *comunes* a todo el Derecho es esclarecedor considerar las *especificidades* en la materia, el espacio, el tiempo y las personas.

35. Las especificidades en la *materia* permiten referirse a *ramas* del mundo jurídico, con “*autonomías*” (soluciones propias) originales y derivadas. Las autonomías originales se presentan en las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, al fin con una particular *exigencia de justicia*¹³⁵. En el curso de esas particularidades se presentan autonomías en lo legislativo¹³⁶, judicial¹³⁷ y administrativo¹³⁸. Las autonomías derivadas se refieren a lo científico¹³⁹, académico¹⁴⁰ y pedagógico (o educativo)¹⁴¹. Además de las especificidades diversamente tradicionales, como las del Derecho Constitucional, Administrativo, Civil, Comercial, del Trabajo, Penal, Procesal, etc., en parte por impulso de los derechos humanos la centuria que concluye ha hecho más necesaria la existencia de *nuevas ramas*, de carácter *transversal*, destinadas a “enriquecer” a las tradicionales. Cabe referirse así al Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de los Recursos Naturales, etc.¹⁴².

¹³⁵ Por ejemplo, en los Derechos Reales la humanización de las cosas, en el Derecho del Trabajo el amparo del trabajador, en el Derecho Internacional Privado el resguardo del “elemento extranjero”, etc.

¹³⁶ A través de leyes propias que culminan en códigos.

¹³⁷ Cuando existen tribunales específicos.

¹³⁸ En la medida que hay órganos ejecutivos propios.

¹³⁹ Con investigaciones propias que culminan en tratados e institutos de investigación.

¹⁴⁰ Con cátedras propias.

¹⁴¹ Por la capacidad de formación de la mente del jurista.

Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Tema 13: 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.

¹⁴² Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo”, en “La Ley”, 4 de febrero, 2011-A, págs. 841 y ss.

Las ramas jurídicas plantean relaciones de conjunto e “inter-materiales” que conviene estudiar en la Teoría General del Derecho “*abarcadora*”, incluyendo en ella el estudio de casos abiertos y cerrados, reales e imaginarios. La evidencia de la necesidad de esa Teoría General del Derecho es otra de las características de la centuria que acaba de transcurrir.

36. Las especificidades en el *espacio* se plantean principalmente en el *Derecho Comparado* y en el *Derecho Interespacial*, donde ocupan lugares destacados el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. Cabe atender al *ámbito espacial activo*, es decir a la cuestión de dónde rige el Derecho y al *ámbito espacial pasivo*, referido a dónde deben haber ocurrido los casos para que sea aplicable un Derecho. El Derecho Internacional Privado se ocupa especialmente de dónde deben haber ocurrido los casos.

Los avances en la comprensión de los ámbitos espaciales del Derecho en la centuria que culmina han sido a menudo satisfactorios, por ejemplo en el Derecho Internacional Privado. La tensión entre la nacionalidad, la internacionalidad, la integración y la globalización es una de las características de este tiempo¹⁴³. La globalización, sobre todo en su manifestación financiera, debilita las particularidades. Ha llegado a hacerse referencia a los “no lugares”¹⁴⁴ y a la decadencia del Estado nacional¹⁴⁵.

37. Las especificidades en el *tiempo* se presentan de manera principal en la *Historia del Derecho* y en las cuestiones del *ámbito temporal* activo y pasivo del Derecho. El ámbito activo se ocupa de cuándo rige el Derecho y el pasivo trata el tema de cuándo deben haber ocurrido los casos para que éste se aplique.

¹⁴³ También cabe hacer referencia a la regionalidad y la interregionalidad.

¹⁴⁴ AUGÉ, Marc, “Los “no lugares” espacios del anonimato”, trad. Margarita Mizraji, 5ª. reimp., Barcelona, Gedisa, 2000, <http://designblog.uniandes.edu.co/blogs/dise2609/files/2009/03/marc-auge-los-no-lugares.pdf>, 30-7-2014.

¹⁴⁵ Es posible v. OHMAE, Kenichi, “The End of The Nation State”, Nueva York, The Free Press, 1995.

Aunque hay cierta tendencia a la “ahistoricidad”, la conciencia acerca del problema de la intertemporalidad se ha incrementado. Pese a que hay una orientación a la retroactividad en las sanciones contra las violaciones a los derechos humanos, cabe afirmar en general que la solución de irretroactividad ha logrado mantenerse e incrementarse.

38. Cada *persona* “es” con caracteres propios en cuanto a los rasgos comunes y especificidades jurídicas que permiten hacer al respecto un “*análisis jurídico*”. Así como es viable un análisis psicológico de cada ser humano son posibles un análisis filosófico y un análisis jurídico al respecto. Cada persona vive la historia desde sus propias posiciones acerca de las dimensiones y las particularidades; quizás aclare decir desde su propia “*biografía*”. Cabe atender a la *personalidad* jurídica (quizás pueda decirse el perfil jurídico) y además se puede considerar la *interpersonalidad*, producida en los vínculos entre las juridicidades de las personas. Por ejemplo: se puede considerar la inserción en los pronombres personales. Hay personas que forman o no relaciones jurídicas de yo-tú en cuanto a la pareja, de nosotros en la pareja y la reproducción, de referencia a ellos en el distanciamiento en los Derechos Reales o en las condiciones penales, etc. Cabe referirse a un Derecho Interpersonal donde las personas ocupan diferentes posiciones ¹⁴⁶. Las diversidades biográficas contribuyen a explicar que se pueden hacer *distintas* construcciones históricas.

La personalidad y la interpersonalidad de este tiempo han sido muy accidentadas. Hay sobre todo una tendencia a la disolución del nosotros. Con demasiada frecuencia los demás son o se hacen él o ella, ellos o ellas. Las diversidades biográficas de la posmodernidad fracturada hacen que se puedan producir múltiples construcciones históricas del período que nos ocupa.

¹⁴⁶ Se puede *ampliar*, por ejemplo, en nuestro artículo “Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado – Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho – Afirmación de una sociedad pluralista)”, en “Investigación ...”cit., N° 43, págs. 21/35. Cabe referirse a un pluralismo jurídico en el tiempo.

2) *El horizonte del mundo político*

39. En la propuesta trialista cabe completar el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico con el horizonte del integrativismo tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo político*. El mundo político así propuesto se constituye con actos de coexistencia (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados por el complejo de valores de convivencia (dimensión axiológica)¹⁴⁷. Desde un punto de vista más dinámico se trata de la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar actos de coexistencia captados por normas y valorados por el complejo de valores de convivencia.

El mundo político se diferencia materialmente en *ramas* signadas sobre todo por requerimientos especiales de valores de convivencia o por referencias transversales a ellos. Así aparecen la política jurídica (Derecho; valor justicia), la política económica (valor utilidad), la política sanitaria (valor salud), la política científica (valor verdad), la política artística (valor belleza), la política erótica (valor amor), la política religiosa (valor santidad), la política educacional (desarrollo sistemático de los valores), la política de seguridad (fraccionamiento de los valores), la política cultural (atención general a los valores de convivencia), etc.

El último período de cien años ha evidenciado un gran crecimiento de la importancia de la *política económica*, que de modo muy considerable ha marcado los cauces de las demás ramas.

3) *La integración en la complejidad estratégica*

40. Los despliegues comunes, las especificidades y la integración en el mundo político permiten desarrollos jurídicos en la ordenación de medios a fines constitutiva de la *estrategia jurídica*¹⁴⁸. A su vez, ésta es

¹⁴⁷ Se considera convivencia a la coexistencia valiosa.

¹⁴⁸ Es posible *ampliar* en varios trabajos referidos a la Estrategia Jurídica contenidos en Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 11-7-2014 y Libros de Integrativismo Trialista cit., <http://>

parte de la *estrategia política*. Para el desarrollo de la estrategia son necesarios diversos desenvolvimientos parciales constitutivos de tácticas.

El siglo que acaba de transcurrir ha provocado claros retrocesos en la conciencia estratégica de los hombres de Derecho. Entre las causas respectivas se encuentran la supervivencia aunque más no sea oculta del pensamiento exegético, el logicismo de la teoría pura del Derecho, el pensamiento analítico e incluso el jusnaturalismo apriorista¹⁴⁹. Uno de los grandes desafíos actuales es la *recuperación* y el *nuevo desarrollo* de la estrategia jurídica integrada en la estrategia política general. La *conciencia histórica* puede contribuir a darle respuestas satisfactorias¹⁵⁰.

III. Conclusión

41. La construcción de la complejidad pura del objeto de la ciencia del Derecho según lo propone el integrativismo tridimensionalista trialista es esclarecedora para apreciar las condiciones históricas del siglo que concluye, donde múltiples distribuciones y repartos condicionan las posibilidades de producir repartos captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia. Esos despliegues comunes a lo jurídico se diferencian en sentidos materiales, espaciales, temporales y personales. A su vez, el objeto jurídico se integra en una propuesta de construcción del objeto político trialista. Sobre dichas bases es más viable la construcción de la estrategia jurídica y política. Los resultados históricos así obtenidos evidencian mejor la calidad del objeto trialista.

www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico, 11-7-2014, por ej. en nuestro libro “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011 y el número 46 de “Investigación ...” cit., monográfico sobre Estrategia Jurídica.

¹⁴⁹ A menudo se persiste en un discurso “fraudulento”. No se trata de enderezar lo que es viable corregir y admitir lo que no se puede enderezar sino de ocultarlo.

¹⁵⁰ La recuperación y el desarrollo de la conciencia estratégica jurídica constituyen una de las grandes necesidades argentinas.

INSTITUTO DE ÉTICA Y FORMACIÓN PROFESIONAL *

1. Agradezco las valiosas expresiones de los presentes acerca de sus *expectativas* sobre las tareas a cumplir por el Instituto. La adhesión a un modelo filosófico empirista legítima en especial este procedimiento de la “*audiencia previa*”. Lo que expondremos a continuación tiene como propósito principal promover en cada uno las *preguntas* necesarias para la mejor comprensión de la cuestión.

2. A nuestro parecer, la consideración de la tarea a cumplir por el Instituto requiere atender a los *significados* de las principales palabras que se integran en su denominación¹. Es importante que la *vivencia* del Instituto se produzca de la manera más consciente posible en cada uno de sus integrantes y de las demás personas relacionadas con él

En la acepción que consideramos más apropiada, la palabra “*instituto*” significa institución científica, cultural, etc.² A su vez, una institución es una idea de obra y acción que se realiza y dura en el tiempo³. Es relevante que atendamos a la “idea” que nos inspira y a su realización.

* Bases de la exposición del autor en la reunión inaugural de las actividades anuales del *Instituto de Ética y Formación Profesional* del Colegio de Abogados de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe llevada a cabo el 6 de mayo de 2014.

¹ Se trata de conceptos profundamente relacionados con el resto de la cultura, que “viven” en ella. La ética se desenvuelve en relación con la economía, la religión, la educación, la concepción del mundo, el Derecho, etc.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, instituto, <http://lema.rae.es/drae/?val=instituto>, 3.5.2014.

V. Reglamento Orgánico de los Institutos del Colegio de Abogados de Rosario.

³ Cabe recordar por ej. HAURIUO, Maurice, “La teoría de la institución y de la fundación”, trad. Arturo Enrique Sampay, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968.

3. La palabra “*ética*”, expresiva de una de las más fuertes líneas significativas del nombre de nuestro Instituto, tiene una etimología compleja que proviene de “*ethos*”, la manera de hacer o adquirir las cosas, costumbre, hábito, y de “*ico*”, relativo a ⁴.

⁴ Ética, Ethos, Manera de hacer o adquirir las cosas, costumbre, hábito, Ico, relativo a, <http://etimologias.dechile.net/?e.tica>, 4-5-2014; Moralitas carácter de un hombre y sus actos, <http://etimologias.dechile.net/?e.tica>, 4-5-2014; Ética para abogados, Definición etimológica de Ética, <http://eticadelabogado.blogspot.com.ar/2013/01/definicion-etimologica-de-la-etica.html>, 4-5-2014; FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, actualización del profesor Josep Maria Terricabras, Barcelona, Ariel, 1994, “Ética”, II, págs. 1141 y ss., “Moral”, III, págs. 2469 y ss.; AUDI, Robert (ed. gral.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, 2ª. reimp., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, arts. vs. principalmente DEIGH, John, “Ethics”, págs. 244 y ss.; HESSEN, Johannes, “Tratado de Filosofía”, trad. Juan Adolfo Vázquez, Bs. As., Sudamericana, 1970, págs. 511 y ss.; ARANGUREN, José Luis, “La Ética y su etimología”, en “Arbor”, 113, XXXI, págs. 591 y ss., 174, 687-688, <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/660/666>, 4-5-2014, objeto material de la Ética deben constituirlo los hábitos (virtudes y vicios) y los actos humanos. La problemática ética inscribe en la cuestión de la relación entre ser y deber ser y en el problema de la falacia naturalista (se puede v. por ej. HUME, David, “Tratado de la naturaleza humana”, trad. Vicente Viqueira, Diputación de Albacete, 2001, <http://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>, 4-5-2014 (“Es imposible, por consiguiente, que el carácter de natural y no natural pueda, sea en el sentido que sea, determinar los límites del vicio y la virtud.”, págs. 343/4). También encuentra la cuestión de la ética y la metaética, “rama” de la Ética cuyo centro de interés es el análisis del lenguaje moral (se pueden v. por ej. Metaethics, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/metaethi/>, 4-5-2014; Moore’s Moral Philosophy, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/moore-moral/>, 4-5-2014; George Edward Moore, Encyclopaedia Herder, http://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Volpi:George_Edward_Moore, 4-5-2014; MOORE, George Edward, “Principia Ethica”, trad. Adolfo García Díaz, México, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959 (“...he tratado de descubrir cuáles son los principios fundamentales del razonamiento ético”, pág. IX). Cabe recordar en relación con las polémicas éticas por ej. GUARIGLIA, Osvaldo, “Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico”, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2002; SINGER, Marcus G., “Recent trends and future prospects in ethics”, en “Metaphilosophy”, 12, 3-4, págs. 207 y ss.; MORALES ORDÓÑEZ, Juan Dr., “Ética siglo XXI”, Universidad del Azuay, <http://www.uazuay.edu.ec/estudios/medicina/etica%20siglo%20XXI.pdf>, 5-5-2014.

La Ética se desenvuelve en profunda relación no sólo con el complejo de la Filosofía sino con el Derecho y el resto de la Cultura toda. Durante la Edad Media, “Edad de la Fe”, imperaron las bases metafísicas y esencialistas. El impacto kantiano contra la metafísica tradicional se orientó hacia la universalización, como lo refleja el imperativo categórico de la Moral. La referencia mayor a la particularidad, por ejemplo a través de la Historia, rompió este recurso universalista y dejó de cierto modo “a la deriva”, como sucede en la Ética de la posmodernidad⁵. Los intentos superadores de este “ir a la deriva” donde, si hay criterios de legitimación, todo está “legitimado”, procuran apoyarse en la universalidad y la consensualidad.

Las bases de la Ética pueden ser sobre todo *metafísicas*, *ontologistas*⁶, *universalistas* o *consensualistas*. Pueden adoptarse soluciones *objetivistas*, *subjetivistas* o *constructivistas*. Hay orientaciones éticas *consecuencialistas*, *deontologistas* y *de virtudes*. Las consecuencialistas sostienen que el valor moral de una acción debe juzgarse sólo basándose en si sus consecuencias son favorables o desfavorables (egoísmo, utilitarismo, etc.). Las orientaciones deontologistas afirman que existen deberes que deben ser cumplidos más allá de las consecuencias favorables o desfavorables que puedan traer y que cumplir con esos deberes es actuar moralmente. Las llamadas éticas de las virtudes ponen especial interés en la importancia de desarrollar buenos hábitos de conducta, o virtudes, y de evitar los malos hábitos, es decir los vicios.

Nuestra ubicación en la *Ética de la Abogacía* nos sitúa en relación con la problemática de la *Ética aplicada*, sea con marcos más jurídicos, como la Ética Judicial, de la Legislación, de la Administración, de la

⁵ Es posible ampliar, por ej., en nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4: Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1383/1595>, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1358/1548>, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1358/1548>, 6-5-2014.

⁶ A la pregunta sobre la relación entre la Ética y la Ontología hay respuestas con diversidades importantes. Por ejemplo: para algunos el *ethos* es el ser del hombre, para otros un modo de ser.

Investigación Jurídica, de la Docencia Jurídica, de la Contratación, etc. o con espacios como la Bioética, la Ética Ambiental, etc.⁷

Como toda realidad cultural, la Ética se comprende mejor cuando es construida con alcances *integrativistas*, *tridimensionalistas* y *trialistas*, con una dimensión sociológica de actos éticos, captada en la dimensión normológica por normas y valorada en la dimensión axiológica por un complejo de valores que, en el caso de la Ética de la Abogacía, ha de referirse principalmente a la justicia⁸.

Es relevante el desarrollo de la *conciencia jurisprudencial*⁹ en cuanto a los pronunciamientos éticos acerca de la Abogacía. Sería im-

⁷ En relación con la problemática al respecto, cabe recordar por ej. HOAGLUND, John, "Ethical Theory and Practice: Is there a Gap?", en "Journal of Business Ethics". 3 (3):201 y ss.

⁸ Es posible c. v.gr. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª., reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; Libros de integrativismo trialista, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 5-5-2014; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 5-5-2014.

⁹ Es posible v. Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de Rosario, Reglamento, Colegio de Abogados de Rosario, <http://www.colabro.org.ar/page/autoridades/id/5/title/Tribunal+de+%C3%89tica+-+Reglamento>, 3-4-2014. Un tema relevante es también quiénes han de resolver los problemas de Ética de la Abogacía. Aunque la cuestión es discutida, creemos que han de resolverse en el marco de tribunales de los propios Colegios de Abogados. Es posible v. por ej. Ética Jurídica, Foro de Comportamiento Autorregulado, Abogado y su formación, <http://eticajuridica.es/?cat=5>, 5-5-2014.

Una cuestión ética significativa es asimismo el de la relación de nuestro Instituto con el Tribunal de Ética. Pueden v. algunos pronunciamientos sobre Ética de la Abogacía en Corte Suprema de Justicia. Santa Fe, Causa: A. y S. t. 254, p. 493-49, Autos: Sassani, Luis Jesús s/ Recurso de Queja s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad. Cuestión: Queja. inadmisibilidad. Colegio de Abogados. Tribunal de Ética. Sanción disciplinaria. Notificación. Fecha: 14-feb-2014. http://utsupra.com/php/visorphp?id=A00286587426&base=articulos_penal, 3-5-2014; "Olivera, Alfredo Martín -Tribunal de Ética Colegio de Abogados (Expte. 479/11)" (Expte. C.S.J. N° 581, año 2011), file:///C:/Users/MIGUEL/Downloads/A.%20y%20%20S.%20t.%20249,%20p.%20327-329.pdf, 3-5-2014; "Amelong Juan Daniel s/ rec.de inconstitucionalidad presentado por el Colegio de Abogados en

portante incrementar los repertorios de pronunciamientos, quizás -**d**ado el carácter “sensible” de las cuestiones- denominando a los casos con las iniciales de las partes.

4. Proyectando la complejidad trialista, cabe decir por ejemplo que los *actos* éticos exigen comprender quiénes son sus autores y sus beneficiarios, cuáles son sus objetos, cómo son sus caminos previos y cuáles son sus razones.

Los actos éticos tienen *límites voluntarios y necesarios*, establecidos por la “naturaleza de las cosas”. Es importante que los límites voluntarios aprovechen las posibilidades que dejan los límites necesarios. Hay que lograr la *mayor realización* ética que sea viable.

5. Vale referirse a una *normatividad* ética, de cierto modo a una Lógica de la Ética. Entre Lógica y Ética hay una importante interrelación. La Lógica legitima, quebrarla tiene cierto sentido de falta de Ética. El complejo conceptual Lógica de la Ética puede centrarse más en el sentido específico de la Lógica *de la* Ética o referirse más al comportamiento *lógico ético*.

Sin embargo Lógica y Ética no han de ser confundidas. El objeto de estudio de la Ética es el comportamiento humano, en tanto el de la Lógica son las estructuras del pensamiento. La relación no es fácil, la Lógica es más formal, de cierto modo “hueca”, y la Ética está muy cargada de contenido.

Las consideraciones éticas, sobre todo en casos como el de este Instituto, deben referirse al fin, más que a las formas, a lo que se debe lograr en la *vida concreta* de los seres humanos.

autos: Amelong Juan Daniel s/ can. de matrícula s/ rec.de inconstitucionalidad”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 8-oct-2013, <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/11/08/no-se-da-el-supuesto-de-cancelacion-de-la-matricula-de-manera-directa-aplicada-por-el-colegio-de-abogados-de-rosario/>, 4-5-2014; Denuncia tribunal de ética Colegio de Abogados, Buenos Aires Canalla, <http://www.buenosairescanalla.com.ar/infNoticiasDetalle.php?nid=10363>, 4-5-2014; Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, http://www.cpacf.org.ar/inst_td_deberes_inicio.php#F, 5-5-2014.

6. Es relevante considerar los *valores* hacia los que han de encaminarse los actos y las normatividades éticas. Según nuestra construcción, en el caso de la Ética de la Abogacía han de referirse al complejo axiológico que culmina en la *justicia*.

Más que de la “disciplina” es relevante atender a la *Ética profesional*¹⁰.

7. En la acepción que consideramos preferible, la “*formación*”, superadora de la mera información, significa criar, educar y adiestrar¹¹. Nos informamos para formarnos. En los colegios profesionales esto tiene destacada importancia.

8. Hace muchos años nos interesa el tema de las *profesiones*¹². Consideramos que cada profesión abarca siempre un complejo de valores que incluye la *verdad*, *valores específicos*¹³ y la *utilidad*. Se trata de un complejo de requerimientos a ponderar, con un difícil equilibrio¹⁴. El

¹⁰ Siempre es relevante atender al papel de la virtud y de la Ética en el Derecho. Es posible *ampliar* en nuestro artículo “Meditación sobre la virtud en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 3, págs. 9 y ss., <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/278/199>, 4-5-2014. Es posible v. FRANÇA TARRAGÓ, Omar – GALDONA, Jorge, “Introducción a la ética (profesional)”, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 1992.

¹¹ Formar 4.tr. Criar, educar, adiestrar. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit., formar, <http://lema.rae.es/drae/?val=formar>, 3-5-2014.

¹² V. por ej. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, I, 1982, págs. 229 y ss.; Seminario de Ética Profesional – “Perspectivas de las profesiones en general”, Derecho al Día, 13 de agosto de 2009, <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/seminario-de-etica-profesional-perspectivas-de-las-profesiones-en-general/+3092>, 3-5-2014; GONZÁLEZ MERINO, Raúl S. Dr., “La formación ética del abogado del siglo XXI”, en “Revista Cubana de Derecho”, 21, V|Lex, <http://vlex.com/vid/formacion-etica-abogado-siglo-xxi-50203678>, 3-5-2014.

¹³ En el Derecho la justicia, en la Medicina la salud, etc.

¹⁴ Aunque las nociones no son de fácil diferenciación, a nuestro parecer se dice más expresivamente ética y no moral profesional. Entendemos como Ética profesional el conjunto de reglas o principios morales que rigen la práctica de una actividad

valor justicia ha de ocupar un lugar de especial relevancia, atendiendo a la importancia del papel del abogado para la construcción de la imparcialidad judicial¹⁵. Con excesiva frecuencia se desborda la importancia conferida a la utilidad.

El carácter profesional de la Ética que nos ocupa conduce a la posibilidad de aprovechamiento, en cuidadosa analogía, de los despliegues de otras éticas aplicadas, por ejemplo, recurriendo a los principios de *beneficencia*¹⁶, *autonomía* y *justicia* de la Bioética. Se trata de principios que requieren también cuidadosa ponderación. Asimismo es aprovechable la rica elaboración producida en la Medicina, el Bioderecho y el Derecho de la Salud en cuanto al *consentimiento informado*.

9. Estimamos que la formación ética en el *ámbito académico* es un requerimiento de gran importancia, aunque más no sea a través de la organización de espacios de debate de asistencia obligatoria.

profesional concreta. Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Bases de la integración trialista para la ponderación de los principios”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 29, págs. 9 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/898/721>, 6-5-2014. En cuanto a principios, es posible v. por ej. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, por ej. págs. 72 y ss.; “Taking Rights Seriously”, 2ª. ed., Londres, Duckworth, 1978; ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en “Doxa”, 5, págs. 139 y ss.; ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, en “Doxa”, 10, págs. 101 y ss.; “Doxa”, 12, págs. 327 y ss., Alexander Peczenik, Nota, Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_11.pdf, 6-5-2014; RUIZ MANERO, Juan, “Principios, objetivos y derechos: otra vuelta de tuerca”, en “Doxa”, N° 28, págs. 341 y ss.; BERGEL, Jean-Louis, “Théorie Générale du Droit”, 4ª. ed., París, Dalloz, 2003, págs. 93 y ss.

¹⁵ En relación con el tema v. por ej. REDING VIDANA, Salvador I, “Abogacía, Justicia y Ética Profesional, Catholic. Net, <http://www.es.catholic.net/abogadoscatolicos/435/2862/articulo.php?id=23984>, 6-5-2014; BULAT, Sergio Dr., “La ética en el ejercicio profesional de la abogacía”, <http://sergiobulatdotcom.files.wordpress.com/2013/01/etica-en-el-ejercicio-de-la-abogaacia.pdf>, 3-5-2014.

¹⁶ Y “no maleficencia”.

Consideramos que el Instituto tiene la legítima responsabilidad de contribuir el mejoramiento de la formación profesional, teniendo en cuenta que sus deficiencias son una de las causas de problemas éticos en el desempeño de demasiados colegas, por ejemplo, sometidos a condiciones de aprendizaje mediante el trabajo muy difíciles, encaminados a conductas reñidas con la Ética por necesidad urgente de medios para afrontar los problemas de la vida e incluso por falta de conciencia de las cuestiones éticas que se les presentan.

Una de las necesidades importantes de la Ética en la formación profesional del abogado, a menudo descuidada, es el de la capacitación *estratégica*¹⁷. Vale brindarle adecuada consideración¹⁸.

Miguel Angel CIURO CALDANI

Datos de posible interés:

Colegio de Abogados 2da. Circunscripción Judicial Provincia de Santa Fe, <http://www.colabro.org.ar/>, 3-5-2014; Normas de ética profesional del abogado, <http://www.colabro.org.ar/page/autoridades/id/6/title/Normas+de+%C3%89tica+Profesional+del+Abogado>, 3-5-2014; GONZÁLEZ SABATHIE, Juan Manuel, “Normas de Ética Profesional del Abogado”, <http://www.colabro.org.ar/page/autoridades/id/6/title/Normas+de+%C3%89tica+Profesional+del+Abogado>, 3-5-2014; COUTURE, Eduardo J., “Mandamientos del Abogado”, Colegio de Abogados de Santa Fe, http://www.casf.org.ar/casf_ng/el-colegio/mandamientos-del-abogado, 3-5-2014; OSSORIO, Angel, “El alma de la toga”, 2ª. ed., Madrid, Juan Pueyo, 1922, http://books.google.com.ar/books/about/El_alma_de_la_toga.html?id=DfdcQdom1F8C&redir_esc=y, 3-5-2014; BIELSA, Rafael, “La abogacía”, Universidad Nacional del Litoral, 1945; FALCÓN, Enrique M.,

¹⁷ Es posible ampliar en nuestro libro “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, también en “Investigación y Docencia”, N° 46, ambos en Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social cit.

Cabe c. GARRIDO SUÁREZ, Hilda Ma., “Principios deontológicos y confiabilidad del abogado”, Universidad de Alcalá, <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/8068/Tesis.pdf?sequence=1>, 6-5-2014.

¹⁸ Es importante asimismo, por ejemplo, lograr la mayor comunicación posible dentro del Instituto y hacia su exterior, por ejemplo, vía Internet.

“El ejercicio de la abogacía”, 2ª. ed., Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008; GOLDSCHMIDT, Werner, “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978, págs. 323 y ss.; CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, “Códigos deontológicos de la abogacía”, en “Eunomia”, 5, págs. 194 y ss.; BARCIA LAGO, Modesto, “Abogacía y ciudadanía, biografía de la abogacía ibérica”, Madrid, Dykinson, 2007; Código de Ética para la Abogacía del Mercosur, http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/abc/codigo_etica_abogados_mercosur.pdf, 5-5-2014; Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea y Código Deontológico de los Abogados Europeos, CCBE, http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTC_document/10_11_10_Booklet_Cd3_1290438847.pdf, 6-5-2014; Código de Conducta de Mediadores, Colegio de Abogados de Rosario, <http://www.colabro.org.ar/page/institucional/id/10/title/Normas+%C3%89ticas>, 3-5-2014; Primeras Jornadas Nacionales de Ética de la Abogacía, 12-13-14 de Octubre de 1967m Rosario, 1970. Se puede *ampliar* asimismo en nuestro trabajo “Notas sobre la ética del Martillero”, en “Investigación y Docencia” cit., N° 30, págs. 33 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/278/199>, 5-5-2014.

NECESIDAD DE UN COMPLEJO DEL DERECHO PARA ATENDER A LA COMPLEJIDAD DE LA SALUD

Nuevas reflexiones sobre el Derecho de la Salud *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se muestra que la consideración integral de la compleja problemática de la salud requiere la compleja construcción integrativista tridimensionalista trialista del Derecho de la Salud.

Palabras clave: Salud. Complejidad. Integrativismo. Tridimensionalismo. Trialismo. Derecho de la Salud.

Abstract: In this paper we show that the integral consideration of the complex problematic of health requires the complex construction provided by the three-dimensional integrativist of the trialist theory of the juridical world.

Key words: Health. Complexity. Three-dimensionalism. Trialism. Health Law.

I. Ideas básicas

1. Agradezco la gentileza de la invitación a exponer en estas Jornadas y felicito a sus organizadores especialmente porque están encaminados en un *sendero* que considero de gran trascendencia para atender a las necesidades jurídicas y de salud no sólo del pasado y el

* Ideas básicas de la exposición del autor en las III Jornadas Marplatenses de Derecho de la Salud, organizadas por el Instituto de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados de Mar del Plata, el 20 de agosto de 2014.

** Profesor titular de la UNR. Profesor emérito de la UBA. Correo electrónico: mciuro@fder.unr.edu.ar.

presente sino del *porvenir*. La conciencia acerca de la necesidad de construir modelos *complejos*¹ para referirse a la vida² y a la *salud* hace más evidente la necesidad de que el Derecho sea pensado con un modelo complejo de carácter *integrativista tridimensional* como el que propone la *teoría trialista del mundo jurídico*³. Aunque la *vida* es difícil de

¹ Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. XVII y ss.; BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.); LAPENTA, Eduardo – RONCHETTI, Alfredo Fernando (coord.), “Derecho y Complejidad en Homenaje al Prof. Miguel Ángel Ciuro Caldani”, Tandil, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011; GALATI, Elvio Diego, “La Teoría Trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades” (tesis doctoral Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26 de abril de 2010, Sobresaliente con recomendación de publicación). Expresiones importantes de la búsqueda de la superación de la “simplicidad pura” kelseniana pueden v. por ej. en HABERMAS, Jürgen, “Facticidad y validez”, trad. Manuel Jiménez, Madrid, Redondo, Trotta, 1998; ALEXY, ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, trad. José M. Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 21 (“La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias”; c. asimismo pág. 87).

Se requiere una complejidad pura, que diferencie e integre, superadora de la simplicidad pura (que a menudo mutila) y de la complejidad impura (que mezcla).

² Con destacada relevancia a la vida humana.

³ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, pueden v. por ejemplo GOLDSCHMIDT, op. cit.; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); “Justicia y verdad”, Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Buenos Aires, Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 1986; “La conjetura del

conceptuar, la referencia a ella es imprescindible, según sucede también con la Medicina, porque es una de nuestras realidades básicas: vivimos. La salud es considerada, al menos, como es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁴.

La vida, dentro de ella la salud, y el Derecho han de ser considerados con despliegues *facticos*, *lógicos* y *valorativos*. En la salud hay hechos, lógica que los capta, expresada a menudo en normas y valoraciones por un complejo de valores que culmina en el valor homónimo salud. El trialismo propone referirse a *repartos* de potencia e impotencia⁵ (dimensión sociológica), captados por *normas* (dimensión normológica) y valorados por un complejo axiológico que culmina en la *justicia* (dimensión dikelógica). En gran medida se trata de la integración entre la *salud* y la *justicia*.

funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 20-8-2014; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, Cartapacio, 16-8-2014; “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/DyRenMJ/DyRenMJ1.pdf>, 12-8-2014; “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/bases/Bases.pdf>, 14-8-2014; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 1-8-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 1-8-2014; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 1-8-2014.

⁴ C. v.gr. Constitución de la Organización Mundial de la Salud, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf, 20-8-2014.

La consideración trialista del Derecho es también necesaria para otros despliegues jurídicos relativamente nuevos, como el Derecho de la Educación, el Derecho del Arte, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Ancianidad (o de la Vejez), etc.

⁵ Consideramos potencia a lo que favorece a la vida humana e impotencia a lo que la perjudica.

2. El *derecho a la salud*, frecuentemente reconocido en nuestro tiempo, incluso en nuestro bloque constitucional, puede generar desarrollos desequilibrados, a veces exageradamente radicalizados, por ejemplo, en el difícil ámbito de la adjudicación de recursos. Los reclamos por derecho a la salud individuales pueden contener radicalizaciones contraproducentes respecto de las propias finalidades que se invocan. En cambio el *Derecho de la Salud* ha de superar al derecho a la salud, que suele motorizarlo, desenvolviéndose al fin de manera ponderada con el principio fundamental de protección de las personas de cuya salud se trate⁶. Consideramos que ha de constituirse como una *rama jurídica*

⁶ Cabe *ampliar* en nuestros trabajos “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, cit., N° 28, págs. 19 y ss., Academia de Derecho, http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Revista_del_Centro281.pdf, 15-8-2014; “El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica”, en “Investigación y Docencia”, N° 42, págs. 61 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD42_7.pdf, 10-8-2014; “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011 (“Aportes trialistas a la estrategia en el Derecho de la Salud”), págs. 191 y ss. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>, 10-8-2014; PREGNO, Elian, “Teoría General del Derecho de la Salud” (tesis Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, calificación sobresaliente, 19 de mayo de 2014); Dra. Marisa Aizenberg (y los links allí indicados), <http://marisaaizenberg.blogspot.com.ar>, 22-8-2014; GALATI, Elvio, “Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley argentina de derechos del paciente”, en “eä”, vol. 2, n° 3, págs. 1 y ss., <http://www.ea-journal.com/art2.3/Un-cambio-paradigmatico-en-la-salud.pdf>, 20-8-2014. BENTOLILA, Juan José, “El Derecho de la Salud como rama transversal del complejo jurídico”, en “Investigación ... ” cit., N° 48, págs. 7 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD48/IyD483.pdf>, 20-8-2014.

La Comisión N° 9, Derecho Interdisciplinario; Derechos de los pacientes, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil emitió, con una sola disidencia, un despacho que dice: “Debe considerarse integralmente la problemática de la salud desde una perspectiva transversal llamada a enriquecer las divisiones jurídicas tradicionales. En este sentido, el Derecho de la Salud se constituye como una rama dentro del ordenamiento jurídico conformando un subsistema con principios propios. Los derechos de los pacientes deben ser comprendidos dentro de esta rama.”.

En diversos ámbitos se dictan cursos y se realizan reuniones académicas sobre el Derecho de la Salud.

“*transversal*” llamada a enriquecer, no negar, las ramas jurídicas tradicionales, como el Derecho Administrativo, Comercial, del Trabajo, Procesal, etc. La existencia y la organización de un espacio de salud hospitalario o sanatorial no son sólo determinables por el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial o el Derecho del Trabajo. El desarrollo de la salud suele exigir trámites más expeditos que los de otros ámbitos jurídicos, como el espacio patrimonial. El Derecho de la Salud tiene también áreas de parcial coincidencia con otras ramas relativamente nuevas, como el Derecho de la Seguridad Social. La Seguridad Social incluye exigencias de salud más públicas; el Derecho de la Salud **con-tiene** exigencias de salud por medios privados que exceden al Derecho de la Seguridad Social. En el campo de las frecuentes relaciones entre Derecho y Moral se advierte que si se admite ampliamente la *Bioética* han de aceptarse el Bioderecho y en general el Derecho de la Salud que coincide, sin carácter total, con diversos ámbitos muy importantes de éste.

La salud se encuentra inmersa en uno de los problemas más importantes de nuestro tiempo, que es la tensa relación entre la *economía* y el *capitalismo* y la *democracia* y los *derechos humanos*⁷. Las tensiones entre los beneficios y los desvíos de la industria farmacéutica y entre las prestaciones necesarias y la comercialización de la salud son ejemplos al respecto.

Dado que se vive una *nueva era* con enormes desafíos científicos, técnicos y morales que en gran medida se refieren a la vida y la salud humanas y a su organización (por ej. en la genética y la neurociencia), resulta imprescindible atender a estos problemas con *todos los recursos de la cultura*, incluyendo al *Derecho*. La reducción del planteo jurídico a

⁷ Ya Spengler, desde una posición relativamente conservadora, se refería al problema. En la actualidad son especialmente interesantes, por ejemplo, las consideraciones de Habermas. Es posible c. v. gr. SPENGLER, Oswald, “La decadencia de Occidente”, trad. Manuel G. Morente, 13ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe, t. 2, 1983, págs. 586/7, asimismo [http://www.abrelosojos.yolasite.com/resources/Libros/La%20decadencia%20de%20occidente%20\(TOMO%20II\).pdf](http://www.abrelosojos.yolasite.com/resources/Libros/La%20decadencia%20de%20occidente%20(TOMO%20II).pdf), 30-7-2014; HABERMAS, Jürgen, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, trad. José Luis Etcheverry, Madrid, Cátedra, 1999; cabe c. también http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/teoria_crisis.htm, 27-6-2014.).

sólo normas, consideraciones axiológicas aprioristas o hechos resulta a nuestro parecer insuficiente.

Los grandes problemas que se han tratado interdisciplinariamente en estas Jornadas muestran que los juristas no deben quedar silenciosos o inmovilizados ante ellos.

II. El mundo jurídico

1) En general

a) Dimensión sociológica

3. Según la construcción que proponemos, la salud se constituye con despliegues de la naturaleza, la cultura y quizás también del azar. Conforme a la construcción trialista, el mundo jurídico ha de incluir un complejo de adjudicaciones de potencia e impotencia que son *distribuciones* o *repartos*. Las distribuciones son producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas (provenientes de seres humanos indeterminados, de cierto modo más culturales) y el azar. Los *repartos* son originados por la conducta de seres humanos determinables. Las distintas vertientes de adjudicación se presentan con frecuencia interrelacionadas, de modo que es difícil diferenciarlas pero resulta esclarecedor y casi imprescindible procurarlas. Las influencias humanas difusas abarcan habitualmente enormes cantidades de repartos. Las categorías básicas de la dimensión sociológica trialista poseen gran relevancia para la consideración de la salud. El tiempo actual ha tomado conciencia de los caracteres humanos difusos de la salud, por su origen y desarrollo. Se sabe cada vez más que la salud es, también, una *realización colectiva* de una especie quizás única, que existe con fragilidad en un pequeño planeta frágil de un Universo infinito. Sin embargo, a veces la búsqueda del lucro y la producción de enfermedades y otros ataques a la salud adquieren características repartidoras asombrosas.

La salud requiere el difícil despliegue formal del *consentimiento informado*, en ciertos casos desviado en el sentido de la mera protección de los servidores de la salud, y el trialismo puede recibirlo en la forma de los repartos (caminos previos a los repartos) y las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales).

3. La salud es habitualmente un gran desarrollo del *poder*. La noción de normalidad⁸, el confinamiento de la enfermedad, el encerramiento de la locura y la vergüenza y negación de las anomalías son expresiones de poder que coinciden con la referencia excluyente del Derecho a él. El trialismo considera en el modelo jurídico repartos autoritarios, desarrollados por imposición y realizadores del valor poder, pero incluye, con carácter también jurídico, a los repartos *autónomos*, desenvueltos por acuerdo de los interesados, donde se satisface el valor cooperación. A nuestro parecer, la juridicidad de la autonomía desenmascara el sentido autoritario de la remisión exclusiva al poder. El planteo complementario de la autonomía es uno de los grandes avances de la consideración de la salud en los últimos tiempos. La inclusión de la autonomía contribuye a desenmascarar el poder en la salud.

4. La salud depende de despliegues *planificados* y de la *conciencia social* y el trialismo brinda las categorías de planificación y ejemplaridad, donde respectivamente se indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y se desenvuelve la relación entre los repartos mediante su razonabilidad. La ejemplaridad incluye costumbres, usos, jurisprudencias, etc. Cuando la planificación está en marcha realiza el valor previsibilidad; la ejemplaridad satisface el valor solidaridad. La planificación de la salud ha ido logrando crecientes realizaciones. La razonabilidad social es uno de los

⁸ Se puede *ampliar* en nuestro artículo "Acerca de la normalidad, la anormalidad y el Derecho", en "Investigación..." cit., N° 19, págs. 5 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/176/538>, 17-8-2014; también en FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela, "Los anormales y el Derecho. Acerca del anciano, el Derecho Privado y la Posmodernidad", en "Trabajos del Centro", segunda serie, N° 8, <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/103/142>, 20-8-2014.

desarrollos importantes para un sistema de salud. Los desempeños de los profesionales de salud y los pacientes suelen responder en medidas considerables a costumbres y usos.

Hay situaciones de salud más *ordenadas* o *desordenadas*. Para comprender el orden de salud cabe atender a la noción jurídica de orden de repartos. Este orden, denominado también régimen, se constituye por planificación y ejemplaridad y realiza el valor orden. El desorden en la salud puede entenderse como desorden de los repartos, que es denominado anarquía y realiza el “disvalor” arbitrariedad. Cuando se denuncia que los servicios sanitarios llegan con demasiado atraso, superior a lo planificado y a la costumbre, hay anarquía y arbitrariedad.

5. La salud se desenvuelve ante *límites necesarios*, donde se llega al querer y no poder. La propuesta trialista atiende a los límites necesarios de la realidad social. Es cierto y muy importante que esos límites a la salud son crecientemente vencidos, pero al final existen⁹ y negarlos puede contribuir al desvío de la medicalización de la vida. Los servidores de salud no son omnipotentes. El trialismo brinda la categoría de límites necesarios de los repartos, donde incluye obstáculos generales, de carácter físico, psíquico y lógico, sociopolíticos y socioeconómicos, y límites especiales de los repartos proyectados en cuestiones vitales, donde al momento del cumplimiento lo proyectado se replantea, con resultados de cumplimiento o modificación.

b) Dimensión normológica

6. La consideración de la salud requiere *conceptos* abiertos, no “enclaustrados” ni totalmente ajenos a la voluntad de las personas referidas en ellos. No hay que remitirse en abstracto a “la salud” sino atender a la salud de cada individuo, integrado en la sociedad. El trialismo brinda la posibilidad de atender a esas conceptualizaciones. Se refiere, por ejemplo, a conceptos más institucionales o negociales, más o menos cargados de ideas e indisponibles.

⁹ Es más, somos mortales.

7. La problemática de la salud requiere diferentes *jerarquías* en las soluciones, distintas *modificabilidades* en las respuestas, diversas *elasticidades* según las situaciones y diferentes *participaciones* de los interesados. En concordancia, el trialismo considera a las *fuentes* de las normas en sus jerarquías, su flexibilidad o rigidez, su elasticidad o inelasticidad y la participación que tengan los interesados en su elaboración. Da cuenta de la gran cantidad de fuentes de normas que se han producido en el Derecho de la Salud (partes del bloque constitucional, leyes, sentencias, ordenanzas administrativas, contratos, testamentos vitales, etc.¹⁰). Es también relevante la consideración de la complejidad de la salud que se muestra en la complejidad trialista de las fuentes. Si el Derecho se considerara sólo normas, también existiría una prueba de la existencia del Derecho de la Salud por su presencia en las características de las fuentes normativas.

8. La salud es un *proceso*, no una inmovilidad. Se va siendo sano, como se va viviendo. El trialismo se abre con especial riqueza al proceso de *funcionamiento* de las normas con la referencia a las tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, síntesis, etc. El funcionamiento es a veces formal y a menudo conjetural y es permanentemente renovado. La gran movilidad de las cuestiones y las soluciones de salud de nuestro tiempo encuentra clara recepción en el funcionamiento de las normas. El razonamiento por principios y los neoconstitucionalismos, desenvueltos prudentemente y sin desconocer el riesgo que pueden significar la introducción oculta del jusnaturalismo y el protagonismo excesivo de los jueces, pueden contribuir a la mejor solución jurídica de los problemas de salud.

9. La salud se resuelve con *principios propios*, donde cabe destacar el de protección de la persona de cuya salud se trate, la beneficencia, la no maleficencia, la autonomía, la justicia, etc. El trialismo presenta al Derecho de la Salud como un *subordenamiento normativo*, donde rigen esos principios.

¹⁰ En el campo más tradicional son también fuentes de normas las *recetas médicas*.

c) *Dimensión axiológica*

10. La problemática axiológica de la salud es muy compleja. Exige, por ejemplo, *integraciones* del valor salud con la utilidad, la justicia, el amor, quizás la santidad y la plenitud del valor humanidad (el deber ser pleno de nuestro ser). El trialismo brinda su complejo axiológico culminante en la justicia donde la salud puede desenvolverse de ese modo.

11. La salud es considerada un “concepto límite” a cuya realización nos acercamos permanentemente sin poder alcanzarla en su totalidad. Esta referencia es afín a la idea de “*pantomía*” de la justicia¹¹, referida a la totalidad de sus manifestaciones que, como nos es inalcanzable, nos vemos en la necesidad de fraccionar donde no podemos saber o hacer más. La salud y la justicia se satisfacen cuando las consideramos en la mayor medida posible en el pasado, el presente y el porvenir, en los complejos material, espacial, temporal y personal y en las consecuencias. Los cortes en la salud y la justicia generan *seguridad*. Como nos valemos de fraccionamientos y no realizamos la salud y la justicia en plenitud, nunca podemos estar totalmente seguros de estar sanos o ser justos.

12. La salud se plantea en términos de superioridad científica de los profesionales dedicados a ella (relacionada con la beneficencia), de autonomía de las personas de cuya salud se trata, de ordenación democrática y de justicia. El trialismo dispone de las categorías de *legitimación* de¹² los repartidores en la *autonomía* de los interesados, la *infraautonomía* del consenso de la mayoría (democracia), la *criptoautonomía* del acuerdo que brindarían los interesados y la *aristocracia* por superioridad moral, científica y técnica. De esta manera las difíciles relaciones entre las exigencias de legitimación en la salud tienen un ingreso satisfactorio en la juridicidad.

Entre los requerimientos de salud, más allá de la *conducta* de los interesados impera la *necesidad*. Todos los seres humanos, por ser tales,

¹¹ Pan=todo; nomos=justicia.

¹² Que consideramos construidas.

tienen en principio derecho a las prestaciones de salud. El trialismo dispone de las categorías respectivas de méritos y merecimientos, dirigidas respectivamente a la conducta y la necesidad. La salud es considerada un *derecho humano* fundamental y el trialismo brinda destacada consideración a los derechos humanos y al derecho a la salud. El problema de la *asignación de recursos*, tan relevante en el ámbito de la salud, posee en el trialismo gran posibilidad de desenvolvimiento. Los despliegues complejos de la vida hallan significativa presencia en la legitimidad de los objetos de reparto.

2) *En especial*

13. La salud requiere consideraciones de *materia, espacio, tiempo y personas*. Además de los desarrollos comunes socio-normo-axiológicos¹³ el mundo jurídico cuenta con especificidades materiales, espaciales, temporales, y personales.

Complementando sus contenidos *materiales*, la salud requiere despliegues de investigación, docencia y formación. El trialismo está en condiciones de atender al Derecho de la Salud en todos estos despliegues. Las referencias materiales llevan a referirse a su *autonomía propia*, con despliegues tridimensionales específicos, sobre todo de justicia, donde se exige la protección del individuo de cuya salud se trate, y desarrollos legislativos en sentido amplio, judiciales y administrativos. Es necesario que el Derecho de la Salud sea desarrollado con conciencia especializada, integrada en el conjunto del mundo de la juridicidad. Por ejemplo, que su funcionamiento esté en manos de jueces y administradores especializados y que se cuente con Comités de Derecho de la Salud¹⁴ (v. gr., en los espacios tribunales). No es aconsejable que los jueces de competencia amplia, a menudo no formados en la materia de salud, deban resolver en soledad sobre pedidos a veces desbordados firmados por especialistas en salud. El trialismo cuenta asimismo con las nociones de *autonomías*

¹³ Específicamente dikelógicos, por la referencia destacada a la justicia. Diké era una de las divinidades griegas de la justicia.

¹⁴ Relativamente análogos a los Comités de Bioética.

derivadas, en lo científico (referida a proyectos e institutos de investigación, obras de doctrina, etc.), lo docente (consistente en ámbitos académicos específicos) y lo educativo (por la apertura mental que brinda la materia). El Derecho de la Salud, uno de los desarrollos *humanistas* del Derecho, obtiene de manera creciente esas autonomías. Cuenta con amplia aptitud para el desenvolvimiento de nuevas perspectivas en la conciencia del jurista.

III. Conclusión

14. La salud humana es una *compleja* realización, en gran medida colectiva, que requiere comprensión jurídica también *compleja*, como la que brinda el integrativismo tridimensionalista *trialista* a través de la referencia a la rama “transversal” del Derecho de la Salud.

15. Se cuenta que una vez, recorriendo los caminos, Francisco de Asís, quizás el santo que todas las religiones canonizarían, encontró a un leproso que le pidió caridad. No teniendo qué darle, en un tiempo en que se consideraba a la lepra enfermedad altamente contagiosa, Francisco le besó las llagas. Con un acto de amor, el Santo le brindó la dimensión de salud de reintegrarlo de alguna manera a la sociedad¹⁵. Los juristas deben tener en cuenta, con esa amplitud, el problema general del Derecho de la Salud¹⁶.

¹⁵ Pese a nuestra posición agnóstica, a veces cercana al ateísmo, creemos que puede tener valor humano la referencia franciscana. Entre los relatos de las actitudes de Francisco con los leprosos cabe señalar, en un marco literario, el que hizo Juana de Ibarbourou (IBARBOUROU, Juana, “Relato del beso de San Francisco al leproso”, en “Obras Completas”, Madrid, Aguilar, 1953, págs. 295 y ss.; “Relato del beso de Francisco al leproso”, FrateFrancesco.org, <http://www.fratefrancesco.org/lit/poesia/ibarbouro.htm>, 20-8-2014; también v. “Florecillas”, XXIV, en “Florecillas del glorioso señor San Francisco y de sus hermanos”. trad. C. Rivas Cherif, 4ª. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 104 y ss.

¹⁶ La salud posee asimismo *exigencias políticas*. Importa el integrativismo tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo político*, en cuyo complejo desarrollo el

Derecho de la Salud guarda especial relación con la política jurídica y la política sanitaria.

Además son relevantes la *estrategia de la salud* y la posibilidad de su desenvolvimiento en la *estrategia jurídica* y la *estrategia política* trialistas.

En relación con el tema es posible c. asimismo, por ej., MALDONADO, Carlos Eduardo, “Complejidad de la salud: interacciones entre Biología y sociedad” publicado como “La complejidad de la salud. Interacciones entre lo biológico y lo social”, en MORALES, María Carolina (ed.), “Repensando la naturaleza social de la salud en las sociedades contemporáneas. Perspectivas, retos y alternativas”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008, págs. 96 y ss., <http://www.carlosmaldonado.org/articulos/COMPLEJIDAD%20DE%20LA%20SALUD.pdf>, 10-8-2014.

UN DESPLIEGUE DE COMPLEJIDAD PURA DEL DERECHO EN EL ARTE

Las artes representativas, el Derecho y la Filosofía en obras de Miguel Angel Buonarroti *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: En el campo de la “parajuridicidad” se consideran los significados jurídicos y filosóficos del arte representativo en la “Creación de Adán”, “Moisés”, los Esclavos, “David” y el “Juicio Final” de Miguel Angel Buonarroti. Se hace referencia específica a la Creación, las diversas posibilidades de significación jurídica de la Biblia, la opresión, la vulnerabilidad y la “pantomía” de la justicia.

Palabras clave: Parajusticia. Parajuridicidad. Creación de Adán. Moisés. Biblia. Esclavos. Opresión. David. Vulnerabilidad. Juicio Final. Pantomía. Justicia. Miguel Angel Buonarroti. Trialismo.

Abstract: In the field of "parajuridicity" we considered legal and philosophical meanings of representational art at the "Creation of Adam", "Moses", the "Slaves", "David" and the "Last Judgment" by Michelangelo Buonarroti. We make specific reference to Creation, diverse possibilities of juridical signification at the Bible, oppression, vulnerability and justice "pantomony".

* Líneas básicas de la exposición del autor en la Reunión Abierta de la Cátedra C de Filosofía del Derecho y la Cátedra Interdisciplinaria Profesor Doctor Werner Goldschmidt de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, que sesionó el 19 y el 24 de septiembre de 2014 considerando el tema “Las artes representativas, el Derecho y la Filosofía en obras de Miguel Angel Buonarroti” en conmemoración de los 450 años de la muerte del artista.

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

Keywords: Parajustice. Parajuridicity. Creation of Adam. Moses. Bible. Slaves. Oppression. David. Vulnerability. Judgment. Pantomia. Justice. Michelangelo Buonarroti. Trialism.

I. Ideas básicas

1. La construcción del objeto de la ciencia del Derecho en una *complejidad pura* según lo propone el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico abre caminos para la *integración*, también en *complejidad pura*, del *Derecho* con el resto de la *cultura*¹. En

¹ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico cabe c. v. gr. GOLDSCHMIDT, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas", 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>, 12-9-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 10-9-2014; "Metodología Dikelogía", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 10-9-2014; "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 9-9-2014; "Estudios Jurídicos del Bicentenario", Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, 10-9-2014; "Bases del pensamiento jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 10-9-2014; "Complejidad del funcionamiento de las normas", en "La Ley", t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 12-9-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones

este caso, nos ocuparemos especialmente de esa integración en la relación del *objeto jurídico* con el *objeto artístico* en un despliegue muy específico: el de los contenidos mínimos de Derecho presentados en algunas de las obras de *arte representativo* de *Miguel Angel Buonarroti*².

La oportunidad de haberse cumplido en 2014 cuatrocientos cincuenta años del fallecimiento del gran artista nos parece valiosa para tener presente que, quizás más allá de lo que él pensara, sus obras muestran contenidos jurídicos de gran claridad, algunos de los cuales trataremos básicamente en este caso. Cabe referirse a una “*parajusticia*” y una “*parajuridicidad*”³ en los contenidos predominantemente estéticos y religiosos de las obras buonarrotianas.

Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 12-9-2014; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 12-9-2014.

- ² En cuanto a la vida de Miguel Angel (Buonarroti o Buonarrotti) es posible v. por ej. KOCH, Heinrich, “Miguel Angel”, trad. Rosa Pilar Blanco Santos, Barcelona, Salvat, 1985; también Michelangelo, Historia del Arte, Arte del Renacimiento, <http://www.historiadelartemgm.com.ar/biografiamicheangelobuonarroti.htm>, 10-9-2014. V. asimismo, por ej., Historia del Arte, Google, https://www.google.com.ar/search?q=Historia+del+arte+Michelangelo&biw=1366&bih=667&tbm=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ei=POodVLasD8mKsQSf_oKACA&ved=0CCcQsAQ, 10-9-2014; Indexarte, Miguel Angel Buonarroti, <http://www.indexarte.com.ar/artistas/11/miguel-angel-buonarroti.htm>, 12-9-2014.

Acerca del Derecho del Arte se puede *ampliar* por ej. en nuestro trabajo “Derecho del Arte”, en “Jurisprudencia Argentina”, 2009- II, págs. 1368 y ss. Asimismo es posible c. GALATI, Elvio, “Notas jurídico-dikológicas del Derecho del Arte. Hacia una armonía entre Arte, Religión y Filosofía”, en “Investigación y Docencia”, 43, págs. 107 y ss., Cartapacio, [http://www.cartapacio.edu.ar/ojs.antes.patch/index.php/iyd/article/view/1281/%7B\\$ur1%7D](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs.antes.patch/index.php/iyd/article/view/1281/%7B$ur1%7D), 10-0-2014.

En otras oportunidades el grupo de la Cátedra y el Centro se ha ocupado ampliamente de la presencia del Derecho en la Literatura. Cabe c. ya por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984. También se puede recordar v. gr., “El “Coro Di Schiavi Ebrei” de Nabucco” y su significación jurídica”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 14, págs. 42 y ss. y la reunión respectiva (Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/399/309> , 8-9-2014).

- ³ Es posible *ampliar* en nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica ...” cits. , t. II, 1984, págs. 168 y ss.; también DABOVE, María Isolina, “El tango y su mensaje jurídico y político”, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/>

2. La producción de Miguel Angel que nos ocupa se inscribe en sentido amplio dentro del marco del *arte representativo*, expresión ésta con la que se indica que el arte hace presente, “re-presenta”, un contenido externo a la obra misma que se pretende reproducir con relativa fidelidad⁴. Sin embargo, como a veces muestra realidades que no están realmente presentes, quizás quepa referirlo, como en los casos que nos ocuparán, como arte específicamente *figurativo*⁵.

Consideramos que el arte, como el Derecho y el resto de la cultura, han de ser construidos en *integraciones tridimensionales* de hechos, lógica y valores. Los contenidos representados o figurados en las obras de arte están fuera de las obras mismas. Según la propuesta integrativista trialista, también las *normas jurídicas* han de ser construidas como *representaciones* de la realidad social de los repartos de potencia e impotencia⁶.

443/339, 12-9-2014.

⁴ Se dice que en el arte representativo predominan las funciones referenciales, cuya misión consiste en crear dos condiciones con respecto a lo representado. En primer lugar, la obra representativa plantea un juego de sustituciones, es decir, hace *las veces de la cosa representada*; sin embargo, no se limita a esto, ya que se presenta también como una realidad de la representación *distinta de la realidad* de lo representado. Se afirma que, por ejemplo, el paisaje reconocible de un cuadro no sólo es diferente del real, sino que la manera como se realiza la reproducción también lo es. Las tensiones entre ambas realidades actúan como impulsoras de la evolución del arte representativo. Se expresa que en la manera de representar algo - incluso en los casos extremos, como en los verismos fotográficos o el hiperrealismo contemporáneo-, el arte juega con la distancia que existe entre la reproducción y lo reproducido, y reflexiona acerca de la identidad o no identidad de estas dos esferas. – Se sostiene que la representación es, en segundo lugar, un juego de semejanzas, es decir, reproduce ciertos rasgos de los objetos que, gracias a los instrumentos de la percepción humana y mediante unas convenciones gráficas o estilísticas, se convierten en otras tantas claves de reconocimiento. Se reconoce, no obstante, que la obra representativa no es un mero sustituto ni una simple semejanza, sino que deja un amplio margen a la manipulación artística. (MARCHAN FIZ, Simon, “El universo del arte”, en SALVAT Editores. Barcelona, 1985. <http://www.mty.itesm.mx/dhcs/deptos/ri/ri95-801/lecturas/lec116.html>, 11-9-2014).

⁵ Miguel Angel presentó sus motivos como los pensaba un hombre de su tiempo.

⁶ Como captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde puntos de vista “neutrales” (ajenos a los protagonistas).

Las construcciones representativas en el arte se diferencian de las construcciones artísticas *abstractas*, distanciadas en la mayor medida posible de la representación y la figuración. Las obras artísticas abstractas tienen sentidos en sí mismas, sin referencia exterior. No es sin motivo que la producción inicial del posible fundador del arte abstracto⁷, Wassily Vasílievich Kandinsky (1866-1944), fue inicialmente rechazada porque no era “comprendida”. Es que el arte abstracto no suele ser hecho para ser “comprendido”⁸ sino para ser apreciado. Propone una nueva realidad, distinta a la “natural”. En interesante analogía, el normativismo jurídico de la teoría pura del Derecho, fundada por Hans Kelsen (1881-1973), es más forma que comprensión. En lo posible, no incorpora una referencia externa a la norma.

⁷ Es posible v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, arte abstracto, (... 1. m. Modalidad artística que transcribe lo expresado acentuando los aspectos formales, estructurales o cromáticos, sin atender a la imitación material.), <http://lema.rae.es/drae/?val=arte>, 12.9.2014).

El arte figurativo y la abstracción total son casi recíprocamente excluyentes. Pero se sostiene que el arte figurativo y el representativo (o realista) contiene a menudo algo de abstracción parcial. Creemos que en el caso de las obras que comentamos hay más figuración que representación, en el sentido de que lo expresado no existe fuera de la imaginación del artista. A menudo el arte abstracto ha tendido hacia dos polos: uno, cuyos orígenes se remontan al fauvismo, es libre y lírico; el otro, inspirándose más en el cubismo, es rigurosamente geométrico.

⁸ Wassily Kandinsky, EcuRed, http://www.ecured.cu/index.php/Wassily_Kandinsky, 10-9-2014; ORELLANA, Juan, “Wassily Kandinsky, maestro fuente de creatividad Una estrategia de inspiración para el cambio”, en “Reflexión Académica en Diseño y Comunicación”, VIII, págs. 239/40, Universidad de Palermo, Facultad de Diseño y Comunicación, http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/vista/detalle_articulo.php?id_articulo=1481&id_libro=10, 8-9-2014; GARCÍA, Mariano, “IV. Por la vía de la racionalización”, Solesdigital, <http://www.solesdigital.com.ar/artes-visuales/EspecialKandinsky-Cap4.html>, 9-9-2014. KANDINSKY, Vassily, “De lo espiritual en el arte”, trad. Elisabeth Palma, 5ª. ed., Puebla, Premia, 1989, <http://wiki.ead.pucv.cl/images/a/af/De-lo-espiritual-en-el-arte.pdf>, 7-9-2014. En cuanto a la relación con la música, puede c. por ej. Analogías Musicales, Kandinsky y sus contemporáneos, <http://www.museothyssen.org/microsites/exposiciones/2003/AnalogiasMusicales/esp.htm>, 8-8-2014. V. no obstante MONTILLA, Cristóbal G., “La pintora secreta que inventó la abstracción”, en El Mundo, Martes 22/10/2013, http://www.elmundo.es/elmundo/2013/10/21/andalucia_malaga/1382379662.html, 8-9-2014.

La abstracción artística es más “espiritual” que la abstracción jurídica normativista, pero ambas se aíslan cuanto pueden de la “exterioridad”, de cierto modo, de la humanidad concreta. Algunos afirman, quizás no sin cierta razón, que la abstracción provino del rechazo del carácter terrible del mundo, otros señalamos no obstante que lo terrible del mundo fue viabilizado por lo abstracto. Es cierto que Kandinsky fue profundamente creyente en la Teosofía, pero su obra está lejos de la referencia al hombre “de carne y hueso” cuya vida y muerte deben conmover. Tal vez en esas abstracciones -próximas a la de la música de autores como el atonalista Schönberg (1874-1951)- esté, más allá de las voluntades de los autores, la raíz de la desvalorización de la humanidad concreta que de cierto modo viabilizó la violencia del siglo XX, pero también hoy quizás se abren así caminos a la nueva era que incluye el replanteo genético de la humanidad del porvenir⁹.

II. Planteo jusfilosófico central

3. En el caso de esta Reunión, hemos seleccionado en la obra de Miguel Angel la “*Creación de Adán*”¹⁰, “*Moisés*”¹¹, la serie de los *Esclavos*¹², “*David*”¹³ y el “*Juicio Final*”¹⁴.

⁹ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Teorías Jurídicas e Historia”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, “Ponencias en Santiago I”, págs. 97 y ss.

¹⁰ Creación de Adán, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/obras/4410.htm>, 10-9-2014.

¹¹ Moisés, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/obras/27288.htm>, 10-9-2014; Análisis del “Moisés” de Miguel Angel, Historia del Arte, <http://tom-historiadelarte.blogspot.com.ar/2011/02/analisis-del-mois-es-de-miguel-angel.html>, 10-9-2014.

¹² Fundación Caja Duero, Escuela de Arte, Los esclavos de Miguel Angel, <http://talleresartesplasticas.wordpress.com/2012/12/26/los-esclavos-de-miguel-angel/>, 10-9-2014 (se trata de seis “esclavos” -rebelde, moribundo, joven, despertándose, barbudo y atlante-, entre los que nos referimos en especial al Esclavo Rebelde); v. asimismo por ej. El joven esclavo, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/obras/26747.htm>, 10-9-2014; Esclavo barbudo, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/obras/26751.htm>, 10-9-2014; El esclavo despertándose, ArteHistoria,

Abrimos así, por ejemplo, los siguientes posibles temas, de carácter no excluyente, para la reflexión respecto del Derecho:

- a) la “Creación de Adán” invita a tratar la influencia del Dios *único, persona y creador* ¹⁵;
- b) “Moisés”, sugiere considerar la influencia de un *Libro Sagrado*, que puede ser religioso y jurídico, como se suele sostener en el judaísmo ortodoxo y sobre todo en el Islam, o sólo religioso, según se entiende en el cristianismo ¹⁶;
- c) los Esclavos, invitan a pensar en la *opresión* ¹⁷.
- d) “David” sugiere considerar la *vulnerabilidad* ¹⁸, y

<http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/obras/26748.htm>, 10-9-2014. ¿Por qué Miguel Angel dejó inacabados sus esclavos?, UNED, <http://www.youtube.com/watch?v=Hg1HSKpacUM>, 10-9-2014; ACOSTA AZUAJE, Carlos, Los esclavos de Miguel Angel, <http://www.youtube.com/watch?v=wCPOvGO4kQs>, 10-9-2014.

Asimismo se puede v. Miguel Angel arquitecto, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/contextos/4389.htm>, 9-9-2014.

Si se cree que Dios creó al mundo, el Derecho como parte de éste ha de tener una importante relación con su Creador. Se abre incluso espacio para el debate entre la referencia a la razón y la voluntad divinas y su proyección humana. Si se sostiene que Dios es Persona creadora distinta de la creación que incluye a la naturaleza, el hombre hecho a su imagen y semejanza puede ser pensado más fácilmente en estos términos.

¹³ David, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/obras/11042.htm>, 10-9-2014. Cabe c. asimismo por ej. Las esculturas del joven Miguel Angel, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/contextos/4378.htm>, 10-9-2014. Miguel Ángel (Michelangelo) Buonarroti, Profesor en línea, <http://www.profesorenlinea.cl/biografias/MiguelAngel.htm>, 12-9-2014.

¹⁴ Juicio Final, ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/obras/94.htm>, 12-9-2014.

¹⁵ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo "El trialismo y la ampliación de las posibilidades del Derecho Natural", en "Investigación ..." cit., N° 10, págs. 9 y ss.

¹⁶ Es posible *ampliar* en nuestro artículo “La religión como respuesta jurídica (Significados jurídicos de la religión – Aportes a la “Jurirreligiosidad”)”, en “Revista de Filosofía Jurídica y Social”, págs. 147 y ss.

¹⁷ Se afirma que los Esclavos están hoy entre las realizaciones más admiradas, ya que permiten apreciar cómo el artista « extraía » de los bloques de mármol figuras que parecían estar ya contenidas en ellos. Se ha sostenido, asimismo, que los Esclavos inacabados son “pura angustia petrificada” (KOCH, op. cit., pág.180).

¹⁸ Aunque la obra -de clara influencia griega- representa la célebre *historia bíblica* de David y Goliath, la independencia de Florencia, una *república débil* frente a sus

vecinos y el *respeto al artista*, que legitima la exhibición en ese medio de una figura desnuda, optamos por referirnos a la *vulnerabilidad*. Pese a la actitud desafiante que suele percibirse en el David de Miguel Ángel, la cultura en general valora al personaje como un vulnerable que puede vencer al poderoso (v. Sagrada Biblia, Antiguo Testamento, Primer Libro de Samuel, 17.-. David y Goliat, Catholic.net, <http://biblia.catholic.net/home.php?option=versiculo&id=255>, 10-9-2014).

La palabra “vulnerabilidad” se contiene una raíz que significa herida. Con miras a su mejor comprensión, la expresión vulnerabilidad puede ser relacionada con otras relativamente “afines”, como riesgo, peligro, crisis, situación, daño, minorías, marginalidad, “desafiliación”, exclusión, explotación, atención, prevención, preparación, predicción, precaución, resistencia, composición, reparación, resiliencia, etc. (es posible c., v. gr., BECK, Ulrich, “La sociedad del riesgo”, trad. Jorge Navarro, Daniel Jimenez, Ma. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001; SHORT, J. F., “The social fabric of risk: towards the social transformation of risk analysis”, en “American Sociological Review”, 1984, vol. 49, diciembre, págs. 711 y ss. La globalización es una gran generadora de marginalidad y vulnerabilidad.).

Es posible v. por ej. SEN, Amartya K., “Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation”, Oxford: Clarendon Press, 1981, abstract en University Press Scholarship Online, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198284632.001.0001/acprof-9780198284635>, 7-9-2014 (cabe c. un detalle de su producción. en Amartya Sen, http://es.wikipedia.org/wiki/Amartya_Sen, 7-9-2014); KNECHT, Alban, “El concepto de la vulnerabilidad: ¿una teoría para los problemas de mañana?”, Goethe Institut, <http://www.goethe.de/ges/umw/prj/kuk/the/kul/es6332210.htm>, 12-9-2014; Entrevista a Robert Castel, <http://www.topia.com.ar/articulos/entrevista-robert-castel>, 12-9-2014; PÉREZ SOSTO, Guillermo (coord.), “Las manifestaciones actuales de la cuestión social”, Bs. As., Instituto Di Tella, 2005, <http://www.unesco.org.uy/shs/fileadmin/templates/shs/archivos/manifestaciones.pdf>, 12-9-2014; SOJO, Ana, “Los desafíos de la medición de la vulnerabilidad”, <http://www.cepal.org/dds/noticias/paginas/5/44945/Medici%C3%B3n.vulnerabilidad.pdf>, 8-9-2014, BUENO SÁNCHEZ, Eramis, “Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social”, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>, 7-9-2014. Un panorama de autores interesantes para el tema, incluyendo a John Rawls, puede v. por ej. en JONES-PAULY, Christina, “Loosening the Bounds of Human Rights: Global Justice and the Theory of Justice”, reseña de O’NEILL, Onora, “Bounds of Justice”, Nueva Cork, Nueva York: Cambridge University Press, 2000, <https://www.du.edu/korbel/hrhw/volumes/2001/1-3/jones-oneill.pdf>, 7-9-2014.

Se puede tener en cuenta además, por ej., ¿Qué es la vulnerabilidad”, Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, <http://www.ifrc.org/es/introduccion/disaster-management/sobre-desastres/que-es-un-desastre/que-es-la-vulnerabilidad/>, 12-9-2014. La vulnerabilidad indica a menudo posición “periférica” en el sistema.

e) el “Juicio Final” promueve la atención a la “*pantomía*” de la justicia¹⁹ y la referencia a premios, absoluciones y castigos²⁰.

En cuanto al sentido de su circunstancia política y bíblica, cabe c. por ej. TRAVIESO, J. M., “Visita virtual: el David de Miguel Angel, una exaltación política con simbología bíblica”, Domus Pucelae, <http://domuspucelae.blogspot.com.ar/2013/06/visita-virtual-el-david-de-miguel-angel.html>, 9-9-2014.

¹⁹ Pan=todo; nomos=ley que gobierna. Se suele considerar que el Juicio Final, hecho por Alguien omnisciente, omnipotente y omnipresente, contribuye a salvar las deficiencias de la justicia humana.

Es posible *ampliar* en nuestra “Metodología Dikelógica” cit.; también en “San Agustín, polémico defensor de la pantomía de la justicia”, en “Investigación...” cit., N° 17, págs. 109 y ss.

²⁰ El Juicio Final tiene afinidades con otras obras artísticas, como la “Divina Comedia”. El castigo se refiere frecuentemente a actitudes individuales, aunque también se suele considerar un sentido colectivo de pecado original. El Juicio Final acentúa la *solidez* de la cultura con la que se relaciona.

En cuanto al Paraíso, es posible v. por ej. Teología del Paraíso, <http://digi-lander.libero.it/monast/paradiso/spa/tommaso.htm>, 10-9-2014; <http://es.wikipedia.org/wiki/Para%C3%ADso>, 10-9-2014.

Junto al perdón institucionalizado, el Purgatorio es un instrumento de poder. Cabe c. Teología del Purgatorio, tomada de POZO, Cándido, SJ, “Teología del más allá”, Madrid, BAC, 1980, págs. 515 y ss. http://www.apologetica.org/site/index.php?option=com_content&task=view&id=250, 9-9-2014.

Se puede c. un panorama acerca del Infierno en Enciclopedia Católica on line, <http://ec.aciprensa.com/wiki/Infierno>, 10-9-2014; Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Infierno>, 10-9-2014.

Es interesante considerar la vinculación del Paraíso, el Purgatorio y el Infierno con la unicidad, la igualdad y la sociedad (quizás comunidad) que, según nuestra construcción trialista, requiere la justicia. Tal vez la igualdad tienda a la exclusión del castigo, aunque quizás ésta haya de ubicarse sólo en el comienzo (en relación con el tema, es posible v. por ej. ROSANVALLON, Pierre, “La société des égaux”, París, Seuil, 2011; GÉRADIN, Paul, “La société des égaux, de Pierre Rosanvallon”, en “La Revue Nouvelle”, Abril 2012, http://www.revuenouvelle.be/IMG/pdf/079-087_Le_Livre_Ge_radin.indd.pdf, 12-9-2014; CORRADINI, Luisa, “Pierre Rosanvallon, La gente pasa su vida en una multitud de pequeños guetos; no sólo guetos de pobres, también de ricos”, <http://www.lanacion.com.ar/1524431-la-gente-pasa-su-vida-en-una-multitud-de-pequenos-guetos-no-solo-guetos-de-pobres-tambien-de-ricos>, la nacion.com, ADN cultura, Viernes 09 de noviembre de 2012, 12-9-2014; FEBBRO, Eduardo, “El mundo. Entrevista al historiador francés Pierre Rosanvallon, profesor del Collège de France. La desigualdad se mundializó”, Página/12, Domingo, 2 de

III. *Comprensión jusfilosófica ampliada*²¹

1) *El mundo jurídico en general*

a) *Dimensión sociológica*

4. La dimensión sociológica del mundo jurídico se desenvuelve en *adjudicaciones* de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana. Las adjudicaciones son distribuciones, producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, y repartos originados por la conducta de seres humanos determinables. La “parajuridicidad” de las obras referidas en esta Reunión se expresa de manera primaria en el campo de las influencias humanas difusas de la religión, aunque Miguel Angel y sus comitentes adoptaron papeles de “pararrepartidores”, es decir, de quienes a través de su conducta producían efectos jurídicos tal vez no del todo conscientes. Las obras asignaban potencias al artista y los comitentes. La forma del diálogo entre ellos fue a menudo difícil.

Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos. Las obras muestran marcos de *autoridad*, realizadores del valor poder, pero su construcción se produjo también en el logro de acuerdos generadores de *autonomía*, con el consiguiente valor cooperación.

5. Las distribuciones tienen efectos en los órdenes de repartos, llamados también regímenes. Un orden de influencias difusas religioso como el que aquí se expresa contribuye a sostener un *orden de repartos* acorde con él. El Juicio Final consolida de modo especial el régimen que aplica. Lo que suceda en la Tierra será al fin parte de un orden omnisciente, omnipotente y omnipresente en el Cielo.

diciembre de 2012, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-209039-2012-12-02.html>, 12-9-2014).

²¹ Nos referimos a los significados de las obras y al marco en que se produjeron.

El orden nace de la planificación y la ejemplaridad. El orden que aseguraba allí la existencia de la Iglesia exhibía una relativa pero importante *planificación*²². De la marcha de ésta emergía cierta previsibilidad. De todos modos, la planificación lograba y ha logrado *ejemplaridad*²³ realizadora de solidaridad. Se procuraba y obtuvo que el orden generara seguimiento.

Los repartos pueden presentarse en situaciones de desorden denominadas anarquía. El que orden en que se desenvolvió la creación de Miguel Angel vivía importantes *tensiones*, por ejemplo entre las ciudades, el Pontificado, los Estados modernos en cierta medida nacientes y el Imperio en decadencia; incluso en la periferia no ausente se desarrollaban conflictos relacionados con la Reforma. Los propios cambios en el Pontificado reflejaban y generaban grandes tensiones²⁴. Miguel Angel vivió estados de paz y conflicto con los Papas. Luego de su muerte, se animaron a agraviar su obra con la grosera tarea encomendada al Braghettone²⁵.

En los órdenes son posibles cambios revolucionarios²⁶, evolutivos²⁷ o de meros golpes²⁸. Las variaciones en el poder de los Pontífices, expresadas en importantes modificaciones a veces desestabilizadoras en las vidas de las personas, producían *golpes*. Si se pensara en obras de Miguel Angel como denuncias, aunque fueran marginales, de la opresión

²² La planificación indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto.

²³ La ejemplaridad se desarrolla mediante el seguimiento de modelos considerados razonables.

²⁴ Se pueden v. Lista de Papas en la Historia (orden cronológico), Conferencia Episcopal Española, <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/lista-papas.html>, 10-9-2014; Wikipedia, Anexo: Papas, <http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Papas>, 10-9-2014, Siglo XV, http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Papas#Siglo_XV, 10-9-2014, siglo XVI, http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Papas#Siglo_XVI, 10-9-2014

²⁵ V. por ej. Siete apuntes romanos, <http://sieteapuntos.wordpress.com/2012/12/06/il-braghettone/>, 9-9-2014.

²⁶ Donde cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto.

²⁷ Cuando varían sólo los supremos criterios de reparto.

²⁸ Donde cambian sólo los supremos repartidores, aunque sea produciendo importantes alteraciones en las vidas de las personas. Suele hacerse referencia a “golpes de Estado”.

y la vulnerabilidad, se haría referencia en cambio a cierto curso “revolucionario”, con cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. Evidenciar, en este caso la opresión y la **vulnerabilidad**, es de alguna manera poner en *consideración*, quizás cuestionar.

6. Los repartos y sus órdenes pueden encontrar límites necesarios surgidos de la naturaleza de las cosas. Pese a diversas interrupciones, la obra de Miguel Angel suele mostrar cómo su gran destreza podía vencer *límites* que el material utilizado imponía a otros artistas. Sin embargo, la grandeza de su producción no logró ser siempre espetada por la pequeñez del fanatismo.

Los repartos son exitosos cuando la finalidad subjetiva de los repartidores logra concretarse sobre todo en la causalidad, la finalidad objetiva de los acontecimientos, la posibilidad y la realidad. La asombrosa destreza de Miguel Angel obtuvo *éxitos* donde muchos otros fracasaron o fracasarían.

b) Dimensión normológica

7. En la dimensión normológica la construcción trialista presenta a las *normas* como captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros²⁹. Las obras que nos ocupan expresan una gran significación para la teoría de las *fuentes formales*. Si las fuentes tienen origen divino, como sobre todo podría llegar a considerarse en Moisés³⁰, no son humanamente modificables. No obstante, avanzaría la idea del carácter simbólico del lenguaje bíblico. Además, el Reino no es de este mundo y hay que dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios.

Para que los repartos proyectados se hagan repartos realizados, es necesario que las normas funcionen. El carácter divino influye también en el *funcionamiento* de las normas, ya que esa autoría tiende a someter a los encargados humanos de su desarrollo. Cuestionar una norma a la que se asigna origen divino no es una posibilidad legítima humana. La

²⁹ Para poder asegurar su cumplimiento.

³⁰ E incluso en diversas corrientes jusunaturalistas.

producción de carencias dikelógicas, donde se rechazan las normas consideradas injustas, resulta inadmisibile. Es más, en el catolicismo sólo la Iglesia es considerada encargada del funcionamiento de las normas religiosas. No obstante, la atención brindada a la opresión y la vulnerabilidad fuera un “anticipo” del rechazo de las normas que las sustentaban.

Las normas describen e integran los repartos a través de conceptos. Los *conceptos* considerados de origen divino, como los que aparecen en varias de estas obras, suelen resultar muy institucionales es decir cargados de ideología y poco disponibles para las partes. La evolución de histórica de los conceptos se evidencia, por ejemplo, en las diferentes captaciones que en el tiempo ha tenido la obra clásica de Miguel Angel.

8. Los ordenamientos normativos son captaciones lógicas de órdenes de repartos hechas desde el punto de vista de terceros. La obra de Buonarroti está inserta en la idea de que el *ordenamiento* tiene al fin su cúspide en la ordenación divina ³¹, pero esto se atenúa en el ordenamiento humano.

c) Dimensión dikelógica

9. En la propuesta trialista que efectuamos ³², la justicia es el valor jurídico más elevado, en frecuentes relaciones con la utilidad, la verdad, el amor, etc. y al fin con la humanidad, que es el más alto de los valores a nuestro alcance. La producción artística que nos ocupa presenta una importante vinculación entre los *valores belleza, santidad, justicia, utilidad y humanidad* ³³.

³¹ Por ejemplo, no mucho después se escribiría la obra de Francisco SUÁREZ (s.j.) “Tratado de las leyes y de Dios legislador”, trad. Jaime Torrubiano Ripoll, Fundación Ignacio Larramendi, <http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=5330>, 12-9-2014.

³² En parte diferenciada de la de Werner Goldschmidt, el jurista germano-hispano-argentino fundador de la teoría trialista.

³³ Consideramos al valor humanidad como el deber ser cabal de nuestro ser. En ese tiempo había una fuerte referencia suprema al valor divinidad, entendido como la plenitud del ser que debe ser.

Según las jerarquías que se les atribuyan, los valores pueden presentarse en relaciones de coadyuvancia, siempre legítimas, o de oposición, sea ésta legítima, por sustitución, o ilegítima, por secuestro. Cabe considerar si la fuerte presencia de la belleza al relativo servicio de la santidad constituía una *coadyuvancia* con la justicia, la utilidad y la humanidad o *secuestraba* los espacios que correspondían a estos valores³⁴.

10. Proponemos adoptar como principio supremo de justicia la exigencia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para personalizarse. Este principio se puede aplicar a los repartos aislados y su orden.

La extraordinaria calidad artística de las obras e incluso las referencias religiosas significan cierta concepción *aristocrática* de la legitimidad de los repartidores. Sin embargo, la consideración de los oprimidos y los vulnerables contribuye al planteo de la legitimidad de los repartidores *autónomos*.

Además aparecen importantes interrogantes sobre los títulos de los beneficiarios y los objetos de reparto. Miguel Ángel era un beneficiario especialmente calificado, cuya obra le asignaba *méritos*³⁵ muy poco comunes. En la penumbra quedan los merecimientos³⁶ de los oprimidos y los vulnerables. La obra poseía una calidad extraordinaria, idónea para la adjudicación de enormes potencias.

11. Un régimen es justo cuando toma a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, es humanista y no totalitario. Aunque algunos cuestionan en qué medida habría que sacrificar vida humana para conservarla, consideramos que la extraordinaria calidad de la obra de Buonarroti lleva a adjudicar legítimamente muchos recursos con ese fin. A nuestro parecer, se trata de uno de los mayores tesoros *humanizantes* de toda nuestra especie.

³⁴ Durante la vida de Miguel Ángel, quizás en una dialéctica de negación relacionada con la gran afirmación, se produjo la crisis de la representatividad artística religiosa en la Reforma.

³⁵ Los méritos se refieren a la conducta.

³⁶ Los merecimientos se relacionan con la necesidad.

12. Un régimen humanista ha de respetar a cada individuo en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su pertenencia a la *sociedad*. La grandeza de personajes como Miguel Angel plantean de manera descollante la necesidad de respetar la *unicidad* de cada ser humano.

13. Para ser justo, un régimen ha de *proteger* a los *débiles* contra los fuertes. La grandeza de la obra de Miguel Angel puede ser utilizada como instrumento de poder, pero también ampara contra él, como ocurrió, por ejemplo, en sus relaciones con los Papas. De cierto modo, Miguel Angel contribuyó en el tiempo a denunciar la opresión y la vulnerabilidad.

2) *Especificidades del mundo jurídico*

14. En cuanto a las diversidades materiales, que se expresan en ramas jurídicas, la obra de Miguel Angel se produce en un marco donde el *Derecho Canónico* tiene destacada significación. Con el tiempo, avanzarían ramas del Derecho estatal, como sucedió, en el campo publicista, con el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo y en el espacio privado con el Derecho Civil y el Derecho Comercial. Hoy se hace especialmente notoria la necesidad del *Derecho del Arte*.

IV) *Horizonte histórico*

15. Más allá de la conciencia que tuvieran los protagonistas, el regocijo en las *formas humanas* que manifiestan las obras comentadas expresa el avance del *Renacimiento del mundo grecorromano*³⁷ y un

³⁷ Algunos renacentistas tuvieron clara conciencia del « renacer ».

Miguel Angel estudia y aplica conocimientos de *anatomía humana*, pero en él hay ya ciertos avances «manieristas».

Se pueden v. DURANT, Will, “El Renacimiento (Historia de la Civilización en Italia de 1304 a 1576)”, trad. C.A. Jordana, Bs. As., Sudamericana, 1958; DURANT, Will y Ariel, “La Edad de la Razón: sus comienzos. Historia de la

nuevo sentido de lo humano y consecuentemente al fin de lo jurídico. En ese renacer grecorromano fue concluyendo la Edad de la Fe³⁸, que los renacentistas denominaron “Media”³⁹, y fue comenzando la Edad de la Razón y la Experiencia cuya conclusión corresponde a la Revolución donde se declararon los derechos del hombre y del ciudadano⁴⁰. Miguel Angel, arquitecto, pintor y sobre todo escultor⁴¹, produce su gigantesca obra durante más de siete décadas en un tiempo al fin crecientemente *antropocéntrico*⁴².

Suele sostenerse, a nuestro parecer con acierto, que la figura de Miguel Angel está en la base de la concepción del artista como un *ser excepcional*, que excede con amplitud las convenciones ordinarias. Se trata de la grandiosidad de lo humano, al fin quizás artísticamente desproporcionada. Se dice que el Papa Julio II⁴³ se refirió a Miguel Angel como un hombre “terrible” y se recuerda que la grandiosidad y potencia de sus obras, por ejemplo David y Moisés, fue denominada “*terribilità*”. Sus contemporáneos lo llamaron a veces “El Divino” Miguel Angel. Refiriéndose al David, un comentarista ha exclamado

Civilización europea en el período de Shakespeare, Bacon, Montaigne, Rembrandt, Galileo y Descartes”, trad. Miguel de Hernán, Bs. As., Sudamericana, 1964; BURCKHARDT, Jacob, “La civilisation en Italie au temps de la Renaissance”, trad. M. Schmitt, Paris, Plon-Nourrit, 1885. También es posible c. por ej. VALVERDE, José M^a., “Renacimiento”, en GONZÁLEZ PORTO – BOMPIANI, “Diccionario Literario”, 2^a. ed., Barcelona, Montaner y Simón, t. I, 1967, págs. 464 y ss.

³⁸ V. DURANT, Will, “La Edad de la Fe”, trad. C. A. Jordana, 2^a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1960.

³⁹ Cabe c. asimismo, por ejemplo, arteguias, La Edad Media, <http://www.arteguias.com/edadmedia.htm>, 10-9-2014.

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

⁴¹ Se suele hacer referencia a la “pintura escultórica de Miguel Ángel” (VALVERDE, op. cit., pág. 470).

⁴² Se dice a veces que lo divino es “revisado” desde la perspectiva de lo humano.

⁴³ Puede resultar interesante c. Lista de los Papas de la Iglesia Católica por orden cronológico, classora, <http://es.classora.com/reports/s90102/lista-de-los-papas-de-la-iglesia-catolica-por-orden-cronologico>, 14-9-2014; Julio II, en “Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, Etc.”, Barcelona, Buenos Aires, etc., Montaner y Simón – Sociedad Internacional, t. XII, 1912, pág. 284; El Papa Julio II (1443-1513), Historia, <http://www.mgar.net/var/julio2.htm>, 14-9-2014.

¡Quién podría imaginar que aquel bloque amorfo de mármol arrinconado guardaba en su interior este prodigio que palpita e impresiona! ⁴⁴ Podría creerse que la grandeza de Miguel Angel le permitió hacer su obra sin esfuerzo. Por el contrario, el maestro vivió una gran angustia creadora. Fue un hombre grande al estilo vasto del Renacimiento, de cierto modo polifacético como Leonardo da Vinci.

Se ha dicho de Buonarroti que “Sus concepciones artísticas llevan el sello de la grandeza monumental; son la expresión de una energía enteramente primitiva, de una poderosa e incontrastable voluntad, de una fuerza avasalladora.” ⁴⁵ A nuestro parecer se trata, de manera muy notoria, de una grandiosidad muy superior a las características de otros tiempos, de modo especial del hombre “light” de la posmodernidad ⁴⁶. La dimensión de la persona y la obra del artista hacen necesariamente presente la necesidad permanente de proteger a los débiles, a veces débiles por su propia grandeza.

Tal vez no carezca de significación que los comitentes de Miguel Angel pertenecieron a la *burguesía* ⁴⁷ y a la *Iglesia*. En el Renacimiento convivieron la continuidad del poder de la Iglesia, en parte acosada por la Reforma, y el incremento del papel de la burguesía, que pasaría de una creciente grandeza a la oquedad financiera y globalizada de nuestros días. Quizás la tensión histórica contribuyó a la magnitud de la persona y la obra del artista.

⁴⁴ TRAVIESO, J. M., “Visita virtual ...” cit.

⁴⁵ “Buonarrotti, Miguel Angel”, en “Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano ...” cit., t. III, 1912, pág. 1040.

⁴⁶ Cabe c. por ej. ROJAS, Enrique, “El hombre light”, 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996; también LYOTARD, Jean-François, “La condición posmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991.

⁴⁷ Según ya indicamos, el David fue hecho por encargo de la Cooperativa de Mercaderes de la lana de Florencia, encargada del mantenimiento y realización de obras para los lugares religiosos de la ciudad. Es relevante que gran parte de la vida de Miguel Angel se haya desarrollado en esa ciudad y en Roma.

V) Horizonte político general

16. La propuesta del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico se inscribe en otra de integrativismo tridimensionalista de teoría trialista del mundo político. En éste se incluyen actos de coexistencia (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados por el complejo de valores de la convivencia (dimensión axiológica). El mundo político se diversifica en ramas, signadas por valores específicos o por su consideración de conjunto. Entre las ramas signadas por valores específicos se encuentran la política artística (valor belleza), la política religiosa (valor santidad), la política jurídica (o Derecho, valor justicia), la política económica (valor utilidad), etc. Las perspectivas de conjunto incluyen la expansión de los valores en la política educacional y su recorte en la política de seguridad. La obra de Miguel Angel pone en fuerte relación a la *política religiosa, artística y jurídica*.

VI) Horizonte filosófico general

17. Las obras comentadas revelan una fuerte relación con la *Metafísica* y la *Religión*, muy influyentes en la cultura de la época. Miguel Angel se orientó hacia la recuperación del pensamiento griego a través del *neoplatonismo*⁴⁸. En el marco neoplatónico se buscaba conciliar las ideas del gran filósofo griego con el cristianismo en la búsqueda de un Dios verdadero para todas las religiones. Se solía entender que la belleza tenía su máximo estadio en Dios⁴⁹.

⁴⁸ Por las características del Moisés se afirma que es una escultura neoplatónica (es posible v. por ej. Wikipedia, Moisés de Miguel Angel, http://es.wikipedia.org/wiki/Mois%C3%A9s_de_Miguel_%C3%81ngel , 11-9-2014). Se puede c. KOCH, op. cit., págs. 134 y ss.

⁴⁹ Creía Miguel Angel que la idea está encerrada en un bloque de mármol y simplemente hay que limitarse a liberarla, permitiendo que surja la belleza del

En concordancia con lo ya expuesto, cabe recordar que esos despliegues metafísicos y religiosos suelen fortalecer el poder y la aristocracia ⁵⁰, aunque la obra refleja también conciencia de la opresión y la vulnerabilidad. El cristianismo llevaba en su profundidad un rechazo de la opresión y la vulnerabilidad que la Revolución Industrial en cierta medida permitió concretar. La democracia tiene en su patrimonio histórico, a conservar y enaltecer, la presencia de gigantes como Miguel Angel. El gran renacentista fue uno de los mayores exponentes de la cultura de Occidente y de la humanidad toda.

18. Miguel Angel escribió respecto de la pintura “A mi juicio la pintura que copia la obra de Dios merece el calificativo de sublime y divina, ya represente hombres, animales salvajes desconocidos aquí, un humilde pez, un pájaro o cualquier otra criatura. ... Dibujar cada uno de estos asuntos de acuerdo con su propia naturaleza es, en mi opinión, recrear la obra de Dios inmortal y creador, y la obra resultante será tanto más noble y perfecta cuanto más correcta y sabiamente sepa reflejar esa realidad.” ⁵¹ En lo que él entendía obra de Dios también está la vida humana concretada en el Derecho. El arte, sobre todo cuando es representativo, es una expresión del Derecho.

19. Dijo Arnold Hauser que “Las obras de arte son provocaciones. ... Las interpretamos de acuerdo con nuestros propios fines y aspiraciones, trasladamos a ellas un sentido cuyo origen se encuentra en nuestras propias formas de vida y hábitos mentales; en una palabra, de todo arte con el que nos hallamos en una auténtica relación, hacemos un arte moderno.” ⁵² Es diversa, por ejemplo, la significación de las obras en

interior (v. Domus Pucelae cit.; asimismo ECO, Humberto (enc.), “Historia de la belleza”, trad María Pons Irazazábal, 2ª. ed., Barcelona, Debolsillo, 2013, pág. 401).

⁵⁰ Cabe *ampliar* en nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

⁵¹ KOCH, op. cit., pág. 174.

⁵² HAUSER, Arnold, “Introducción a la Historia del Arte”, trad. Felipe González Vicén, 3ª. ed., Madrid, Guadarrama, 1973, pág. 13.

tiempos en que recién iban naciendo las Ciencias Naturales en días de gran despliegue de las Ciencias Sociales desenvueltas en la Edad Contemporánea o en la actual “postmodernidad”. Nos cabe contemplar las obras de Miguel Angel como *hombres de Derecho* de nuestra propia *circunstancia histórica*.

VII) Despliegue estratégico

20. En el horizonte estratégico, que los juristas de hoy deben recuperar⁵³, la obra de Miguel Angel se inscribe en una concepción *estratégico religiosa-artística* muy notoria en las ciudades y sobre todo en el Pontificado de ese tiempo. Más allá de lo que esa estrategia tenía especialmente consciente, hay una fuerte proyección jurídica que nos interesa especialmente en esta Reunión.

El trabajo de evaluación de la asignatura “El enfoque integrador” de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires del maestrando Héctor Gonzalo Ana Dobratinich se refiere al tema “Iusars”.

⁵³ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://talleresartesplasticas.wordpress.com/2012/12/26/los-esclavos-de-miguel-angel/>, 11-9-2014.

Normas Editoriales

1. Tipos de trabajos o contribuciones

La *Revista de Filosofía Jurídica y Social* 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/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 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 mfernandez21@gmail.com

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”, N° 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”, 6ª ed., 4ª 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, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. 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 “Id.”, 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 referato 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 Septiembre de 2014
en los Talleres Gráficos de
Librería Social Universitaria
Urquiza 2031 - Tel. (0341) 4259361
(2000) Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: libreriasocial@hotmail.com